

Ata v Jordan Kararı Kapsamında Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Bazı Meseleler

Certain Issues Concerning International Investment Arbitration within The Context of The *Ata v Jordan* Award

Miray Azaklı Köse^{*}, Melis Avşar^{**}

Öz

Ata v Jordan kararı, uluslararası yatırım tahkimi bağlamında birçok hususa ilk olarak yer vermesi bakımından oldukça ilginç bir karardır. Bu karar ile tahkim anlaşması ve bu anlaşma uyarınca tahkime başvurma hakkı ilk kez bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmiştir. Yine hakem heyetinin davalı devletin yargı teşkilatına yönelik olarak belirli bir eylemi yapması doğrultusunda karar vermiş olması, kararı oldukça dikkat çekici kılmıştır. Hatta bu karar ile ilk kez bir hakem heyeti davalı devletin iç hukukundaki yargı sürecinin sonlandırılmasına hükmetmiştir. Bu karar bakımından incelenmesi gereken temel meselelerden birini, ticari tahkimden alınan bir kararın yatırım olarak kabul edilip edilemeyeceği konusu oluşturmaktadır. Ancak bunun yanı sıra karar, yatırım tahkimi bağlamında teorik açıdan tartışmalı pek çok konuya değinmesi bakımından da araştırmacılar için zengin bir kaynaktır. Özellikle hakem heyetinin neyin yatırım teşkil ettiğine ilişkin, diğer bir ifadeyle konu bakımından yetkiye ilişkin (*ratione materiae*) değerlendirmeleri, zaman bakımından yargı yetkisinin (*ratione temporis*) tespitinde belirleyici olmuştur. Bu bağlamda çalışmada zaman bakımından yargı yetkisi üzerine değerlendirmeler ve zamana yayılan ihlal ile bileşik eylemden oluşan ihlal kavramları üzerinde durulmuştur. Yine karar, uyumsuzluğun tanımlanması ve uyumsuzluğun doğduğu tarihin tespiti gibi temel meselelerin bile oldukça karmaşık süreçler içerebileceğini göstermektedir. Karar vesilesiyle üzerinde durulan bir diğer husus ise genel uluslararası hukuka ait bir kavram ve onarım biçimi olan eski hâle iadenin yatırım tahkimi bağlamında uygulandığında icrası bakımından karşılaşılan zorluklardır. ICSID Konvansiyonu'nun 54. maddesi her ne kadar devletlerin hakem mahkemesi kararlarına uymakla yükümlü olduklarını öngörmüş ise de doğrudan o devletin milli mahkemesinin kararı gibi uygulanma kabiliyeti yalnızca parasal yükümlülükler bakımından tanınmıştır. Burada devletlerin egemenliğine müdahaleden kaçınma kaygısı ön planda olsa da genel uluslararası hukuk uyarınca kararın icrası için başvurulabilecek yolların oldukça sınırlı olduğu ve takdir yetkisinin yatırımcıda değil, devlette olduğu görülmektedir. Çalışmanın son bölümünde işletilebilecek bu mekanizmalara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası yatırım hukuku, ICSID, *ratione temporis*, tahkim anlaşması, tahkime başvurma hakkı, *Ata v Jordan*, iki taraflı yatırım anlaşması, diplomatik koruma

Abstract

The award in *ATA v Jordan* is important as it raised various issues in investment arbitration. The award is the first where an arbitral tribunal decided that an arbitration agreement and accordingly a claimant's right to arbitration were a separate investment under a Bilateral Investment Treaty (BIT) and ordered the respondent state's judicial authorities to perform

* Sorumlu Yazar: Miray Azaklı Köse (Arş. Gör. Dr.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: miray.kose@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0002-9723-8618

** Melis Avşar (Arş. Gör. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: melis.avsar@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-7957-6851

Atf: Azaklı Köse M, Avşar M, "Ata v Jordan Kararı Kapsamında Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Bazı Meseleler" (2021) 41(2) PPIL 605. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.950359>

certain acts. Moreover, the award is also noteworthy for being the first investment arbitral award to order the termination of judicial proceedings performed in accordance with internal law of the respondent state. The question of whether an award issued by a commercial arbitration tribunal could be deemed an investment is one of the main issues in the award of the tribunal in *ATA v Jordan*. Additionally, *ATA v Jordan* is a rich academic source for researchers as it refers to several theoretically controversial subjects of investment arbitration. This study particularly focuses on the tribunal's assessment of what constitutes an investment (i.e., assessments on jurisdiction *ratione materiae*) and how it determined whether the tribunal has jurisdiction *ratione temporis*. In this regard, this study considers the tribunal's assessment of temporal jurisdiction, the concept of a breach that extends in time, and a breach consisting a composite act. Further, the award reveals that prominent issues such as characterization of the conflict and determination of the time when the conflict arises might be subject to complex procedures. The study also examines in detail the inherent difficulties with regard to the enforcement of restitution—a concept and a form of reparation that belong to general international law—within the context of investment arbitration. Article 54 of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention stipulates that Contracting States are obliged to recognize an award rendered by an ICSID tribunal; however, it only imposes an obligation of enforcement of the pecuniary obligations as if it were a final judgment of a court in the state concerned. While a hesitation of any infringement to the sovereignty of the states is at the forefront here, available means provided by general international law for the enforcement of the awards are also quite limited; moreover, the power of discretion belongs to the states, not to investors. In the last section of this study, the available means of general international law are mentioned.

Keywords

International investment law, ICSID, *ratione temporis*, arbitration agreement, right to arbitration, *ATA v Jordan*, bilateral investment treaty, diplomatic protection

Extended Summary

In this study, certain issues in investment arbitration are examined within the context of the *ATA v Jordan* award. In other words, besides reviewing the award, some theoretically controversial issues are evaluated in terms of doctrine and jurisprudence. The *ATA v Jordan* award has some interesting and noteworthy features. For instance, in the award, the arbitration agreement and the claimant's right to arbitration were considered as a distinct investment by an investment arbitral tribunal for the first time. Interestingly, the investment arbitral tribunal also ordered the respondent state's judicial authorities to perform certain acts. The tribunal's assessments regarding jurisdiction *ratione temporis* are also controversial because the primary reason for the lack of a temporal jurisdiction decision by the tribunal was that an award rendered by a commercial arbitration tribunal cannot be deemed as a separate investment. Conversely, we argue that such a determination only refers to the tribunal's jurisdiction *ratione materiae* and should not have been decisive on the matter of jurisdiction *ratione temporis*. This is because a violation of a contract is not the same as a violation of an investment treaty. Moreover, the decisions of the Jordanian courts allegedly constitute a denial of justice, as they were rendered after the Turkey–Jordan Bilateral Investment Treaty (BIT) came into force; this BIT covers and protects investments that existed before its entry into force.

However, the tribunal decided that if an award rendered by the commercial arbitration tribunal could be accepted as an investment, then they would have

jurisdiction *ratione temporis*, as in the decision of *Saipem v Bangladesh*, where it was stated that awards rendered by commercial arbitration tribunals regarding the disputes arising within the scope of the investment activity in the host state are accepted as investments within the scope of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention. The scope of the investment was not considered limited only to the capital brought to the host state but a broader approach was also adopted by the tribunal.

The *ATA v Jordan* tribunal found jurisdiction *ratione temporis* regarding claims based on the right to arbitration because it held that the right to arbitration is a distinct investment. However, while examining this issue, the tribunal did not evaluate whether there should be any objective criteria for considering the right to arbitration as an investment. Conversely, the tribunal's finding on jurisdiction *ratione materiae* indicates that the right to arbitration is deemed as an investment under Article 25 of the ICSID Convention. This shows that the tribunal applied subjective criteria while defining the concept of investment. Consequently, the tribunal held that the Jordanian Court of Cassation's extinguishment of the claimant's right to arbitration is a violation of the Turkey–Jordan BIT. In contrast, the non-enforcement of a commercial arbitral award and the nullification of the right to arbitration cannot be regarded as an investment violation. The ICSID cannot be treated as a Court of Appeal that can decide on the legality of certain acts of national courts claimed to be unlawful under the New York Convention. However, if such alleged unlawful acts also form a violation of an investment treaty, the ICSID can find jurisdiction in that case.

In ICSID arbitration, compensation is generally concluded as a form of reparation. However, in *ATA v Jordan*, the tribunal ordered the restoration of the claimant's right to arbitration and the termination of the ongoing Jordanian court proceedings immediately and unconditionally. In this regard, the *ATA v Jordan* award is an example of an application for restitution, which re-establishes the situation that existed before the wrongful act was committed while providing freedom to tribunals to identify various forms of solutions. Thus, restitution provides ICSID tribunals with extensive powers to decide on the form of reparation to resolve conflicts.

When the *ATA v Jordan* tribunal decided to revive ATA's right to arbitration, a disagreement arose between the parties concerning how this should be perceived. Thereupon, a decision was made by the tribunal regarding the interpretation of its decision. In its decision, the tribunal clearly stated that the revival of ATA's right to arbitration should be understood as validating the arbitration clause contained in the contract between ATA and Arab Potash Company. It was stated that the establishment of a new arbitration agreement between the parties based on the court decision would exceed the tribunal's jurisdiction.

Nevertheless, under Article 54 of the ICSID Convention, Contracting States are obliged to recognize awards rendered by an ICSID tribunal. Article 54 of the ICSID Convention also imposes an obligation of enforcement of pecuniary obligations only, as if it were a final judgment of a court in the state concerned. Therefore, when restitution is awarded by an arbitral tribunal, like in the case of *ATA v Jordan*, enforcing such an award may be problematic. Although non-enforcement of the award of the ICSID tribunal by the respondent state constitutes a violation of the investment treaty in question, general international law remedies to compel a state to comply with its obligations are quite limited. By means of diplomatic protection, bringing an application to the International Court of Justice under Article 64 of the ICSID Convention or seeking a solution under Article VIII of the Turkey–Jordan BIT may provide means of ensuring state compliance. However, none of these means assure the enforcement of the award compared to those envisaged in Article 54 of the ICSID Convention.

***Ata v Jordan* Kararı Kapsamında Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Bazı Meseleler**

Giriş

Bu çalışmada inceleme konusu yapılan ve Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (*International Center for Settlement of Investment Disputes*–“ICSID”) hakem heyetince 2010 senesinde verilen *Ata v Jordan*¹ kararı, ticari hakem kararlarının ve ticari tahkime gitme hakkının, ICSID Konvansiyonu² ve iki taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında yatırım olarak değerlendirilebilmesi meselesini tartışan önemli kararlardan biridir. Ticari hakem kararlarının yatırım olarak nitelendirilmesi ve akabinde Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 tarihli New York Konvansiyonu’na³ aykırı uygulamaların yatırım hukuku bakımından bir ihlal olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği bu kararda incelenme konusu yapılmıştır.

Ata v Jordan kararı, bazı yönleri ile ICSID içtihatlarında bir ilk olarak değerlendirilmektedir. Bu kararla ilk defa, “tahkime gitme hakkı” bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmiştir. Ayrıca ICSID hakem heyeti ilk defa, ev sahibi devletin ülkesindeki yargı teşkilatının belirli bir eylemi yapmasına ilişkin bir karar vermiştir.

Bu çalışma kapsamında, ICSID içtihatları arasında bu ayırt edici yönleri ile kendine yer bulan *Ata v Jordan* kararını ve karar bağlamında gündeme gelen yatırım tahkimi meselelerini üç bölüm altında inceleyeceğiz. İlk bölümde, karara konu uyuşmazlığın esası ve ICSID hakem heyetinin bu uyuşmazlık hakkında ne şekilde karar verdiği özetlenecektir.

İkinci bölümde kararın esasına ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır. Kararın esasının birkaç temel husus üzerinde düğümlendiğinin söylenmesi mümkündür. Bunlar; konu ve zaman bakımından yargı yetkisine ilişkin problemler ile ev sahibi devlet tarafından yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin verilen ticari hakem kararının icra edilmemesinin ve tahkime gitme hakkının ortadan kaldırılmasının yatırım ihlali oluşturması bakımından meydana gelen bazı problemlerdir.

Çalışmanın son bölümünde ise, ICSID hakem heyetinin olayda tazminat yerine hükmettiği eski hâle iade kararı çerçevesinde, hakemlerce tazminat dışında hükmedilebilecek kararların türleri ve tazminat dışı hükmedilebilecek kararların icrasının doğurabileceği bazı problemler ortaya konulup bu problemlerin uluslararası hukuk mekanizmalarıyla ne şekilde çözülebileceği araştırılacaktır.

1 *ATA Construction, Industrial and Trading Company v The Hashemite Kingdom of Jordan*, Award, ICSID Case No ARB/08/2 (18 May 2010) <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0043.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

2 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (1965, Washington). Türkiye, ICSID Konvansiyonu’na 3460 sayılı Onaylamayı Uygun Bulma Kanunu ile taraf olmuştur. (RG 19830-06.12.1988)

3 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). Türkiye, New York Konvansiyonu’na 3731 sayılı Onaylamayı Uygun Bulma Kanunu ile taraf olmuştur. (RG 20877-21.5.1991) Konvansiyona çok sayıda devlet taraf olmuştur. Bu devletlerin listesi için bkz <<http://www.newyorkconvention.org/list+of+contracting+states>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

I. *Ata v Jordan* Kararına Konu Olan Uyuşmazlığın Esası

Davacı Türk şirketi ATA Construction, Industrial and Trading Company (“ATA”) ile Arab Potash Company (“APC”) arasında Lut Gölü’nde bir baraj inşası için 02.05.1998 tarihinde bir FIDIC⁴ Tip Sözleşmesi⁵ akdedilmiştir. Sözleşmeye göre bir uyuşmazlık çıktığında bunun Ürdün hukukuna göre ve uyuşmazlığın Ürdün Tahkim Kanunu’na uygun olarak birer hakemin taraflarca ve üçüncü hakemin ortaklaşa seçilmesi ile belirlenecek üç hakem tarafından oluşturulacak hakem heyetince çözüleceği kararlaştırılmıştır.⁶ Davalı APC şirketi Ürdün devleti kontrolündedir.⁷

Baraj, ATA tarafından inşa edildikten sonra, su doldurulması işlemi için APC’ye teslim edilmiştir. Ancak su doldurma işlemi esnasında barajın bazı kısımlarında çökmeler meydana gelmiştir. Oluşan bu zarardan kimin sorumlu olacağı konusunda ATA ve APC arasında bir uyuşmazlık çıkmıştır.⁸ APC, FIDIC Tip Sözleşmesinde yer alan tahkim kaydına dayanarak, ATA’ya karşı Ürdün’de bir ticari tahkim yargılaması başlatmıştır. Bunun üzerine ATA da ticari tahkim yargılamasında karşı dava açmıştır. Hakem heyeti, 30.09.2003 tarihinde nihai olarak APC’nin tüm iddialarını reddederek ATA’nın taleplerini kabul etmiştir. Bunun üzerine APC, 29.10.2003 tarihinde Amman İstinaf Mahkemesi’ne başvurarak Ürdün Medeni Kanunu’nun yanlış uygulandığı gerekçesi ile hakem kararının iptalini talep etmiştir. Mahkeme, 24.01.2006 tarihli kararında APC’nin iptal sebeplerini haklı bularak hakem kararının iptaline ve ayrıca taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının sona erdiğine hükmetmiştir. Bunun üzerine ATA, üst derece mahkemesi olan Ürdün Temyiz Mahkemesi’ne başvurarak kararın bozulmasını talep etmiştir. Ancak temyiz mahkemesi de kararı 16.01.2007 tarihli kararı ile onamıştır.⁹ İptal kararının temyiz mahkemesi tarafından da onanmasından sonra APC, daha önce ticari tahkimde görülen ve nihai olarak karara bağlanan aynı uyuşmazlıkla ilgili Ürdün devlet mahkemelerinde bir dava açmıştır.

ATA, FIDIC Tip Sözleşmesindeki tahkim kaydına istinaden yapılan yargılama neticesinde verilen hakem kararı (“FIDIC hakem kararı”) ile lehine hükmedilen tazminatın hukuka aykırı olarak kamulaştırıldığı ve adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlal edildiği gerekçeleri ile Türkiye-Ürdün arasındaki İki Taraflı

4 FIDIC, 1913 senesinde “*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*” adıyla kurulmuş olup günümüzde “*International Federation of Consulting Engineers*” (Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu) adıyla faaliyet gösteren bir meslek kuruluşudur. <<https://fidic.org/history>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

5 FIDIC tarafından sektörde faaliyet gösteren aktörler tarafından kullanılmak üzere hazırlanan, sözleşmenin teknik koşullarıyla birlikte uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin düzenlemeler içeren standart (form) sözleşmelerdir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz Axel Volkmar Jaeger and Götz Sebastian Hök, *FIDIC-A Guide for Practitioners* (Springer 2010) 125.

6 *Ata v Jordan* (n 1) para 31.

7 *Ibid* para 61.

8 *Ibid* para 32.

9 *Ibid* para 35, 36.

Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Anlaşma'nın¹⁰ ("Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması") ihlal edildiğini öne sürerek ICSID yargılamasını başlatmıştır.¹¹

II. Kararın Uluslararası Yatırım Tahkimi Bağlamında Ortaya Çıkardığı Bazı Meseleler

A. ICSID Hakem Mahkemesinin Konu Bakımından Yargı Yetkisine İlişkin Bazı Değerlendirmeler

1. FIDIC Hakem Kararının Bir Yatırım Olarak Kabul Edilmesi

Uluslararası ticari faaliyetlerin önemli bir kısmını oluşturan yabancı yatırımlarda, yatırımcı, ev sahibi devlet veya devlet kuruluşları ile akdedeceği sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde, ev sahibi devletin mahkemeleri yerine milletlerarası tahkimi tercih etmektedir. Yabancı yatırımcı açısından "tahkim sözleşmesi" büyük bir önem taşımaktadır. Bir ülkede yatırım yapmanın maliyeti hesaplanırken ayrıca ülkedeki hukuk güvenliği de belirleyici bir faktör olmaktadır.¹²

Tahkim sözleşmesi ile taraflar aralarındaki uyuşmazlığı (veya olası uyuşmazlıkları) bir hakem kararı ile nihai ve bağlayıcı olarak çözmeyi amaçlarlar.¹³ Tahkim sözleşmesinin ve buna bağlı olarak hakem kararının hukuki niteliği hakkında çeşitli görüşler vardır.¹⁴ Bu görüş farklılıklarının temelinde tahkim sözleşmesinin maddi hukuka ait bir sözleşme veya usul hukukuna ait bir sözleşme olarak nitelendirilmesi yatmaktadır. Ancak her hâlükârda yapılacak nitelendirmeden bağımsız olarak, hakem kararının resmî yargıda mahkeme kararına benzer bir fonksiyona sahip olduğu aşikârdır.¹⁵ Hakem kararının üzerinde anlaşmaya varılmış bir tanımı da yoktur. Ancak yapılan çeşitli tanımlardan ortaya çıkan ortak özelliklere göre hakem kararı; hakemler tarafından, önüne gelen uyuşmazlığı bütün yönleriyle bağlayıcı bir şekilde çözen kararlardır.¹⁶ Hakem kararı ile uyuşmazlık bağlayıcı olarak çözüldüğü için, kararın aynı zamanda bir ekonomik değeri de olmaktadır. Çünkü kararın icra edilmesi ile karar lehine olan taraf ekonomik bir kazanç elde edecekken, icra edilmemesi hâlinde

10 Türkiye söz konusu anlaşmaya 4098 sayılı Onaylamayı Uygun Bulma Kanunu ile taraf olmuştur. (RG 22234-21.3.1995) Anlaşmanın Türkçe metni için ayrıca bkz Ergin Nomer, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar Cilt II* (2. Bs, Beta 2014) 798-805.

11 Ata v Jordan (n 1) para 37.

12 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. Bs, Beta 2019) 574.

13 Margaret L Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008) 179.

14 Bu görüşler için bkz Hong-Lin Yu, 'A Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration' (2008) 1(2) *Contemporary Asia Arbitration Journal* 257 vd.

15 Loukas A. Mistelis, *Award as an Investment: The Value of an Arbitral Award or The Cost of Non-Enforcement* (Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No 129, 2013) 4.

16 Emmanuel Gaillard and John Savage (eds), *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999) 737-738.

ise yine bunun da ekonomik sonuçları olacaktır.¹⁷ Ayrıca kararın yerine getirilmemesi, kamulaştırılma kapsamında görülebileceğinden, bu durum da kararın zımnen ekonomik bir değere sahip olduğunu gösterir niteliktedir. Bu nedenlerle hakem kararı aynı zamanda ekonomik bir değer de ifade ettiği için, bunun yatırım kavramı kapsamında olup olmadığı tartışılabilir bir mesele hâline gelmektedir.

Yatırımcı, ev sahibi devlette yaptığı yatırımdan doğan bir ticari uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözdüğünde hakem kararını ev sahibi devlette icra ederek yatırımını korumak ister. Ev sahibi devletin, yatırımcıya ICSID Konvansiyonu ve varsa yatırımcının uyuğunda olduğu devlet ile aralarındaki iki taraflı yatırım anlaşması ile sağlamayı taahhüt ettiği standartlar arasına “ticari hakem kararının ev sahibi devlette icra edilmesi”nin girip girmeyeceği ICSID kararlarına konu olmuş bir durumdur.¹⁸

Yatırımcının ev sahibi devletin ülkesinde “yatırım” olarak nitelendirilen faaliyetlerini sürdürürken herhangi bir uyuşmazlığa düşülmesi durumunda bu uyuşmazlığın çözümü için yatırım sözleşmesinde tahkim usulü öngörölmüş olabilir. Yani ortada yatırımdan kaynaklanan ticari bir uyuşmazlık söz konusu olabilir. Ancak bu durum, her koşulda bütün ticari uyuşmazlıkların ICSID ve/ya iki taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında yatırım olarak kabul edilmesi anlamına gelmemektedir.¹⁹ ICSID’in konu bakımından yetkisi sadece yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsar, yoksa yatırımcı ile ev sahibi devletin ülkesinde sözleşme akdettiği kişi ile aralarından doğan salt sözleşmesel uyuşmazlıkları kapsamaz.²⁰

Ata v Jordan davasında, hakemler her ne kadar kendilerini zaman bakımından (*ratione temporis*) yetkisiz bulmuş olsalar da FIDIC hakem kararının yatırım kapsamında kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin birtakım değerlendirmelerde bulunmuşlardır.

Kararda özetle hakemlerce şu noktalar üzerinde durulmuştur:

- i) ICSID Konvansiyonu m. 25/1’de yatırım kavramının tanımı yapılmamıştır. Bu tanımın yapılması, devletlerin kendi aralarında imzalayacağı iki veya çok

17 Mistelis (n 15) 9.

18 Bu konunun etrafıca tartışıldığı ilk karar olması bakımından önem arz eden bir karar *Saipem v Bangladesh* kararıdır. Karara konu uyuşmazlık, İtalyan şirketi Saipem ile Bangladeş devletine ait Petrobangla Şirketi arasında doğalgaz boru hattı inşasından doğan uyuşmazlığın ICC tahkiminde görülürken Bangladeş mahkemelerinin tahkime müdahale etmesinden çıkmıştır. Saipem, yerel mahkemelerin bu müdahalesinin İtalya-Bangladeş arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına aykırılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Hakemler, tahkime gitme hakkı ve hakem kararı ile tanınan hakların prensip olarak kamulaştırmaya konu olabilecek hususlar olduğunu kabul etmiştir: Bkz *Saipem SpA v The People’s Republic of Bangladesh*, Award, ICSID Case No ARB/05/07 (30 June 2009) para 122 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0734.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021). Ayrıca bkz Ionna Chaika, *The Non-Enforcement of International Commercial Awards as a Violation of Bilateral Investment Treaties* (International Hellenic University LLM Thesis 2015) 8.

19 Chaika (n 18) 17.

20 Yuval Shany, ‘Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions On Multisourced Investment Claims’ (2005) 99 *The American Journal Of International Law* 835, 843-844; ticari tahkim-yatırım tahkimi arasındaki farklar hakkında genel bilgi için bkz İnci Ataman Fıganmeşe, ‘Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar’ (2011) 31(1) *MHB* 91, 93 vd.

tarafli yatırım anlaşmalarına bırakılmıştır.²¹ Türkiye-Ürdün İki Tarafli Yatırım Anlaşması'nın I/2/(a) maddesinde²² yatırım kavramının tanımı yapılmıştır. Buradaki tanımında yer alan "alacak hakkı" kapsamına hakem kararının girip girmeyeceği konusunda ise taraflar arasında anlaşmazlık vardır.²³

- ii) FIDIC hakem kararının yatırım olarak kabul edilmesi konusunda ICSID hakem heyeti, *Saipem v Bangladesh* davasında kullanılan kriterin olaya uygulanması neticesinde birtakım tespitlerde bulunmuştur. Buna göre, ATA'nın Ürdün'deki bütün faaliyetlerinin (*entire operation*) yatırım olarak kabul edilmesi gerektiğine ve ticari hakem kararının da bu kapsamda yer aldığı sonucuna varılmıştır.
- iii) Bu kabul ile birlikte hakem kararının bağımsız bir yatırım olmadığı ortaya konmuştur. FIDIC hakem kararının iptalinden doğan uyuşmazlık, esas uyuşmazlıktan ayrılamaz nitelikte görülmüştür. Bu yüzden hakemlerin zaman bakımından yetkisini belirlemek için esas uyuşmazlık, yani ATA ve APC arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlık için FIDIC tahkimine başvurulması tarihi (06.09.2000) esas alınmıştır.²⁴ Türkiye-Ürdün İki Tarafli Yatırım Anlaşması esas uyuşmazlığın gerçekleştiği tarihten sonra yürürlüğe girdiği için (23.01.2006 tarihinde), ICSID'in bu uyuşmazlık hakkında karar vermeye zaman bakımından yetkisi olmadığı tespit edilmiştir.²⁵

Yatırım kavramı, çoğunlukla iki tarafli yatırım anlaşmalarında sadece ev sahibi devlete getirilen sermaye olarak değil daha geniş kapsamlı olarak yatırımcının ev sahibi devletin ülkesinde sahip olduğu ya da kontrol ettiği değerler şeklinde tanımlanmaktadır.²⁶ Türkiye-Ürdün İki Tarafli Yatırım Anlaşması'nda da bu akıma uygun olarak yatırım kavramının kapsamı geniş tutulmuştur. Bu açıdan hakem kararının, Türkiye-Ürdün İki Tarafli Yatırım Anlaşması kapsamında kabul edilen yatırımlar kapsamına girdiğinin tespiti hakkında bir problemle karşılaşmamaktayız.²⁷

21 Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd edn, Cambridge University Press 2009) 116.

22 Maddeye göre; "Yatırım" terimi, ev sahibi tarafın kanunlarına ve nizamlarına uygun olarak, her türlü malvarlığını ve bunlarla kısıtlı olmamak koşuluyla, özellikle aşağıdakileri içerir: (i) ... ; (ii) Yeniden yatırımlarda kullanılan gelirler, para alacakları veya mali değeri olup kanunen ifa edilebilen bir yatırımla ilgili diğer haklar, ..." olarak tanımlanmaktadır. Bkz Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, *Cilt II* (n 10) 800.

23 Ata v Jordan (n 1) para 111-112.

24 İbid para 95.

25 İbid para 103. Bu tespitin eleştirisi için bkz aşağıda s. 619.

26 *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking* (United Nations Publication 2007) 7.

27 Ticari tahkimde verilen hakem kararlarının ICSID Konvansiyonu m. 25 ve iki tarafli yatırım anlaşmaları bakımından yatırım olarak kabul edilemeyeceğine örnek önemli bir karar *GEA v Ukraine* kararıdır (bkz *GEA Group Aktiengesellschaft v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/08/16 (31 March 2011) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0356.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021. Karara konu olayda, ICC hakem kararının Ukrayna devlet mahkemelerince tenfizi reddedilmiştir ve bunun üzerine GEA, ICSID tahkimine başvurmuştur. ICSID hakem heyeti, ICC hakem kararının GEA'nın Ukrayna'daki yatırımından doğan hakları ve borçlarını karara bağlıyor olmasını, bunun bir yatırım olarak kabulü için yeterli bulmamıştır. ICC hakem kararının, ev sahibi devlete herhangi bir katkısı (*contribution*) olmadığı veya bunun bir ekonomik faaliyet olmadığını gerekçe göstermiştir (bkz *GEA v Ukraine*, para 161-162).

Bu karar ile birlikte hakemler önemli bir tespitte bulunmuş olmaktadır. Yatırımcının ev sahibi devlette yaptığı faaliyetler kapsamında bir uyuşmazlık çıktığında, âkit devletler arasındaki yatırım anlaşmasında buna ilişkin dayanak olması şartıyla, bu uyuşmazlığı çözen hakem kararı bir yatırım olarak kabul edilecektir.²⁸ Buna dayanak olarak hakem heyeti, FIDIC hakem kararının, taraflar arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlığa hukuken eşit olduğunu gerekçe göstermiştir. Gerçekten de FIDIC hakem kararına konu olayda taraflar arasındaki esas uyuşmazlık olan 19 numaralı barajda meydana gelen hasardan kimin sorumlu olduğuna karar verilmiştir.

Hakemlerin vardığı bu sonuç bakımından yapılacak bir diğer tespit ise yatırım kavramının tanımlanmasında ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesi çerçevesinde birtakım objektif şartların sağlanmasının aranmamış olduğudur. Yatırım kavramının sübjektif olarak tanımlanması kabul edilmiş, taraflar arasındaki yatırım anlaşmasındaki tanımın kapsamına giren bir yatırım olmasının, ICSID'in yargı yetkisinin doğması bakımından yeterli olacağı kabul edilmiştir.²⁹

2. Tahkime Gitme Hakkının Yatırım Olarak Kabul Edilmesi

Tahkim anlaşması, mevcut bir uyuşmazlığın veya ileride doğabilecek bir uyuşmazlığın tarafların kendi seçecekleri hakemler vasıtası ile ve yine kendi belirleyecekleri kurallara dayanılarak çözümlenmesini öngören, bunun için de milli mahkemelerin yetkisini ortadan kaldıran anlaşmalardır.³⁰ Milli mahkemelerce verilen kararların yerine getirilmesi devletlerin kendi icra organları vasıtası ile gerçekleştirilmesine rağmen, ticari tahkimde hakemlerin vereceği kararın icrası için böyle bir sistem öngörülmediği için kararın taraflarca rızaen yerine getirilmemesi hâlinde problemler ortaya çıkmaktadır.³¹ Bu problemlerin önüne geçmek için 1958 tarihinde yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin New York Konvansiyonu birçok devletin katılımı ile imzalanmıştır.

New York Konvansiyonu'nun II. maddesine göre âkit devletlerden her biri, tarafların aralarındaki belirli bir hukuki ilişkiden doğan veya doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi konusunda yaptıkları tahkim anlaşmalarını geçerli kabul edeceklerdir. Âkit devletler bu madde ile kendi iç hukuk düzenlemeleri ile getirecekleri kurallarla mahkemelerinin tahkim anlaşmalarını geçerli kabul etmelerini temin etme yükümlülüğü altına girmiştir.³²

28 Deyan Draguiev, 'State Responsibility for Non-Enforcement of Arbitral Award' (2014) 8(4) World Arbitration & Mediation Review 577, 591.

29 ICSID Konvansiyonu 25. madde çerçevesinde yatırım kavramının sübjektif olarak ne şekilde tanımlanacağı hakkında detaylı bilgi için bkz Brigitte Stern, 'The Contours of the Notion of Protected Investment' (2009) 24(2) ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 534, 538.

30 Gaillard and Savage (n 16) 381; Moses (n 13) 17.

31 Şanlı (n 12) 388.

32 Herbert Kronke, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (Kluwer Law International 2010) 49.

Bu bağlamda taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının, ev sahibi devlet mahkemeleri eliyle New York Konvansiyonu'na aykırı olacak şekilde iptal edilmesi/yok sayılması, yatırım hukuku kapsamında da değerlendirilmesi gereken bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu değerlendirme ICSID hakem heyetince *Ata v Jordan* davasında şu şekilde yapılmıştır:

- i) 2001 yılında yürürlüğe giren Ürdün Tahkim Kanunu'nun 51. maddesi; hakem kararının iptali hakkındaki nihai kararın, karara dayanak teşkil eden tahkim anlaşmasını da ortadan kaldıracığını düzenlemektedir.³³
- ii) Hakemlerce tahkime gitme hakkı, Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması m. I(2)(a)(ii) kapsamında bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmiştir. İhlalin, 2001 tarihli Ürdün Tahkim Kanunu ile değil ama bu kanunu uygulayan Ürdün Temyiz Mahkemesi tarafından gerçekleştirildiği ve bu yüzden uyuşmazlığı çözümede ICSID'in zaman bakımından yargı yetkisi olduğu sonucuna varılmıştır. Zira ATA ile APC arasındaki tahkim anlaşmasının geçerliliği üzerine bir uyuşmazlık Ürdün Temyiz Mahkemesi tarafından tahkim anlaşmasının ortadan kaldırılması ana kadar henüz mevcut değildir.³⁴
- iii) Hakemler uyuşmazlığı görmede zaman bakımından kendilerini yetkili bulmalarının ardından şu tespitlerde bulunmuştur: Öncelikle devletler hukukunda kabul gören genel kurala göre, bir devletin kendi iç hukukunu uyguladığı gerekçesi ile uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği iddia edilemeyecektir.³⁵ Ancak taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının ortadan kaldırılması, Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın hem lafzına hem de ruhuna aykırılık teşkil etmektedir.³⁶
- iv) New York Konvansiyonu m. II uyarınca âkit devletler, taraflar arasındaki yazılı şekilde meydana getirilmiş tahkim anlaşmasını geçerli kabul etmelidir. New York Konvansiyonu'nda tahkim anlaşmasının hangi durumlarda geçersiz ve uygulanamaz olacağı da düzenlenmiştir. Tarafların tahkim yeri olarak Ürdün'ü seçmesi ve uygulanacak hukuk olarak da Ürdün hukukunu seçmeleri karşısında, Ürdün Tahkim Kanunu m. 51'in uygulanmasının New York Konvansiyonu'na bir aykırılık teşkil edip etmeyeceği tartışma konusu yapılabilir. Ancak Ürdün Tahkim Kanunu, ATA ile APC arasındaki tahkim anlaşmasının akdedilmesinden sonra yürürlüğe girmiştir ve prensipte kanunların geçmişe yönelik olarak uygulanması yasaktır.³⁷

33 “*The final decision nullifying the award results in extinguishing the arbitration agreement.*” Bkz *Ata v Jordan* (n 1) para 116.

34 *Ibid* para 117-118.

35 *Ibid* para 122.

36 *Ibid* para 125.

37 *Ibid* para 128.

Ata v Jordan kararının bu bölüm kapsamında özellik arz ettiği konuların başında “tahkim anlaşması”nı bağımsız bir yatırım olarak kabul etmesi gelmektedir. Tahkim anlaşmasının/tahkime gitme hakkının bağımsız bir yatırım olarak kabulü ise Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması’na dayandırılmaktadır. Madde I(2)(a)(ii)’deki düzenleme şöyledir: “... *Para alacakları veya mali değeri olup kanunen ifa edilebilen bir yatırımla ilgili diğer haklar*,” yatırım olarak kabul edilmektedir. Bu maddede yer alan “*kanunen ifa edilebilen bir yatırımla ilgili diğer haklar*” kapsamına tahkime başvurma hakkının da girdiği kabul edilmiştir. Ancak bu noktada şu husus eklenmelidir. Bir görüşe göre, iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında bir yatırım olarak kabul edilen her husus aynı zamanda ICSID Konvansiyonu kapsamında bir yatırım olarak kabul edilmeyebilir.³⁸ Zira devletlerin kendi arasında yaptıkları iki taraflı yatırım anlaşmaları ile kabul ettikleri yatırım kavramı, ancak ICSID Konvansiyonu anlamında objektif olarak da yatırım olarak nitelendirilebilirlerse ICSID’in yetkisi doğabilir.³⁹ Yatırım kavramının tanımlanmasında bu şekilde objektif kıstasların aranması gerektiği yönünde görüşler bulunmakla birlikte, Konvansiyonun 25. maddesinde herhangi bir yatırım tanımına yer verilmediği için bu şekilde objektif kriterler aranmasına gerek olmadığı, nelerin yatırım olarak kabul edileceğinin taraf iradeleri ile sübjektif olarak belirlenebileceği yönünde içtihatlar da bulunmaktadır. Örneğin; *Generation Ukraine v Ukraine* davasında,⁴⁰ Konvansiyonun 25. maddesinde bilinçli olarak yatırım kavramının tanımına yer verilmediği, yatırımın kapsamına nelerin girdiğinin tarafların iradesi ile belirleneceği, bu iradenin de iki taraflı yatırım anlaşmalarının yorumlanmasıyla anlaşılacağı yönünde karar verilmiştir.⁴¹

Tam tersi olasılıkta ise yani ICSID Konvansiyonu kapsamında bir yatırımın varlığından bahsedebilmemize rağmen, devletler arasındaki iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında bir yatırım mevcut değilse bu takdirde ev sahibi devletin zaten ICSID’e gitme konusunda rızası olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır.⁴² *Ata v Jordan* davasında hakemler Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması kapsamında bir yatırım olup olmadığını incelemesini yaparak, anlaşma kapsamında bir yatırımın varlığını tespit etmekle yetinmiş, ICSID Konvansiyonu m. 25 kapsamında bir değerlendirme ise yapmamıştır.⁴³ Ancak hakemlerin kendilerini uyumsuzluğu görmede yetkili bulmaları,

38 İlhan Yılmaz, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID* (1. Bs, Beta 2004) 155; Zeynep Çalışkan, ‘Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı’ (2009) 29(1-2) PPII 85, 108.

39 Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair (n 21) 117.

40 *Generation Ukraine INC v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/00/9 (16 September 2003) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

41 Melis Avşar, ‘ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı’ (2017) 37(2) MHB 95, 126.

42 Yılmaz (n 38) 156. Ancak bu kabul her zaman için doğru olmayabilir. Ev sahibi devletçe ICSID’in yargı yetkisine rıza gösterilmesi başka şekillerde de mümkün olabilir. Ev sahibi devletin ICSID’in yargı yetkisine ne şekillerde rıza gösterebileceği konusunda detaylı bilgi için Şanlı (n 12) 537 vd.

43 Bir uyumsuzluğu ICSID Konvansiyonu kapsamında bir yatırım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin genellikle ICSID hakemleri önüne gelen uyumsuzluklarda Salini Testi olarak adlandırılan kriterler çerçevesinde bir inceleme yapmaktadır. Detaylı bilgi için bkz Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair (n 21) 129; Alex Grabowski, ‘The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini’ (2014) 15(1) *Chicago Journal of International Law* 289, 295.

Konvansiyon m. 25 kapsamında bir yatırımın varlığını da kabul ettikleri anlamına gelmektedir. Böylelikle bu karar bakımından hakemlerin yatırım kavramını subjektif olarak tanımlamayı seçtiği ve yatırım kavramını oldukça geniş bir kapsamda ele aldığı tespiti yapılabilir.⁴⁴ Hakemlerin bu kabulü, hem tahkime gitme hakkının bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmesi bakımından hem de yatırım kavramının subjektif olarak tanımlanması bakımından emsal olabilecek niteliktedir.

B. Ticari Hakem Kararının İcra Edilmemesinin ve Tahkime Gitme Hakkının Ortadan Kaldırılmasının Yatırım İhlali Oluşturması Bakımından Bazı Değerlendirmeler

Ev sahibi devletin, yatırımı ihlal etmesi daha önce pek çok ICSID kararına da konu olduğu üzere; ihkak-ı haktan imtina edilmesi,⁴⁵ hukuka aykırı kamulaştırma,⁴⁶ adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü⁴⁷ ve etkili başvuru yolları sağlama (*effective means*) standardına aykırılık şeklinde meydana gelebilmektedir.⁴⁸ Örneğin; *White Industries v India* davasında⁴⁹ White, ICC hakem kararının tenfizi için Hindistan mahkemelerinde dava açmıştır. Ancak aradan sekiz yıl geçmesine rağmen hâla tenfiz kararı alamadığı için bu durumun Avustralya-Hindistan arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına aykırılık oluşturduğu iddiası ile yatırımcı UNCITRAL tahkimine başvurmuştur.⁵⁰ Hakemler, Hindistan'ın kararın tenfizi için etkili yöntemler sunmadığı gerekçesi ile iki taraflı yatırım anlaşmasını ihlal ettiği sonucuna varmışlardır.⁵¹

Bu şekilde bir ihlal söz konusu olmasa da ev sahibi devlet ile yatırımcının uyuğunda bulunduğu devlet arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmalarına aykırılık, eğer bir yatırımdan kaynaklanmaktaysa ICSID önüne götürülebilecek bir yatırım ihlalini oluşturacaktır.

44 Doktrinde *Ata v Jordan* kararıyla tahkime gitme hakkının yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmesel ilişkiden bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmesi, yatırımdan kaynaklanmayan ancak tahkim şartı içeren tüm sözleşmesel ilişkilerde ICSID'in yargı yetkisi olacağı anlamına gelebilecek yönde olduğu için eleştirilmektedir. Bkz Berk Demirkol, 'Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements and Awards in Investment Treaty Arbitration' (2015) 30(1) ICSID Review 56, 61-62.

45 İhkak-ı haktan imtina edilmemesi kuralı, yatırım hukukundaki adil ve eşit davranma yükümlülüğünün bir görünümüdür ve bir hakkın yerine getirilmesinden kaçınma anlamına gelmektedir. Bkz Ali İbrahim Akkutay, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi* (Adalet Yayınevi 2013) 37.

46 Bu konuda detaylı bilgi için bkz Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2. Bs, Beta 2013) 84; H Zeynep Nalçacıoğlu Erden, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma* (On İki Levha 2015) 11 vd.

47 Bu konuda detaylı bilgi için bkz Rumeysa Partalçı, 'Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü' (2016) 36(2) MHB 131.

48 Claudia Priem, 'International Investment Treaty Arbitration as a Potential Check for Domestic Courts Refusing Enforcement of Foreign Arbitration Award' (2013) 10(189) NYU Journal Of Law & Business 189, 218 vd; Chaika (n 18) 20 vd.

49 *White Industries Australia Ltd v Republic of India*, Final Award, UNCITRAL (30 November 2011) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

50 Priem (n 48) 210; Mistelis (n 15) 21; Chaika (n 18) 12.

51 Priem (n 48) 213; Mistelis (n 15) 24.

Bunlar dışında, ICSID kararlarında açıkça kabul edilmemiş olmakla birlikte doktrinde tartışılmakta olan bir konu da New York Konvansiyonu'na aykırılığın bir yatırım ihlali oluşturup oluşturmayacağıdır.⁵² Bu tartışmanın kaynağını esasında ticari bir hakem kararının ev sahibi devlette tenfiz edilmemesi hâlinde, yatırım tahkimini başvurulabilecek yeni bir hukuki yol olarak geliştirme amacı oluşturmaktadır.⁵³

Ata v Jordan davasında, hakemler ilk olarak, kendilerini zaman bakımından yetkili görmedikleri için esas hakkında bir karar vermemiş olsalar da ev sahibi devletin mahkemesi eylemleri ile, yatırımcının iki taraflı yatırım anlaşması kapsamındaki haklarını ihlal edebileceğini prensipte kabul edilmiştir. Karar bu yönüyle oldukça önem arz etmektedir.⁵⁴ Çünkü çoğu zaman devlet mahkemeleri eliyle gerçekleştirilen ihlaller, sadece ihkak-ı haktan imtina⁵⁵ kapsamında değerlendirilmektedir. Bu karar ile devlet mahkemeleri tarafından gerçekleştirilen ihlallerin ihkak-ı haktan imtina oluşturmaya bile genel olarak iki taraflı yatırım anlaşmalarından doğan yükümlülüklerin ihlali kapsamında olabileceği kabul edilmiştir.⁵⁶ Zira bir yatırım ihlalinin bahsedilmemesi için bu ihlalin mutlaka ihkak-ı haktan imtina şeklinde gerçekleşmesi gerekmez. Devlet mahkemeleri eylemleri ile devletin uluslararası hukuktan (iki taraflı yatırım anlaşması) doğan diğer yükümlülüklerini doğrudan ihlal etmesi de mümkündür.⁵⁷

İkinci olarak kararda, “tahkime gitme hakkı” bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmiş olmakla birlikte, bu hakkın ev sahibi devlet tarafından yok sayılmasının/ ortadan kaldırılmasının, ne şekilde bir yatırım ihlali oluşturacağı ifade edilmemiş; hakemler Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın hangi maddesinin ihlal edildiğine ilişkin ya da hangi standartlar⁵⁸ gerekçe gösterilerek ev sahibi devletin bir ihlalde bulunduğunu özel olarak belirtmemişlerdir. Kararda Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın başlangıç bölümündeki adil ve eşit davranma yükümlülüğünden bahsedilerek, Ürdün mahkemelerince gerçekleştirilen eylemin,

52 Brian King and Rahim Moloo, 'Enforcement after the Arbitration: Strategic Considerations and Forum Choice' (Arbitrate Atlanta, 2013) 27 <<http://arbitrateatlanta.org/wp-content/uploads/2013/04/Enforcement-After-the-Arbitration.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021; Friedrich Rosenfeld, *Bridging the Gap between Investment and Commercial Arbitration* (Global Fellows Forum, New York University School of Law 2014) 2.

53 Chaika (n 18) 35; Priem (n 48) 220.

54 Joanna Dingwall and Hussein Haeri, 'Jordan: ICSID Tribunals finds Jordan in Violation of its Investment Treaty Obligations' (2010) 4 International Arbitration Law Review 1, 2.

55 Bu hakkın ihlali sıklıkla; yerel mahkemenin tarafların herhangi bir talebi hakkında inceleme yapmayı reddetmesi veya inceleme yapmayı haksız yere erteleme, kötü niyetle ve açıkça hukuku yanlış uygulaması veya mevcut yargı sisteminde adaletin sağlanmasının ciddi olarak yetersiz olması hâllerinde gündeme gelmektedir. Bkz Michael D Goldhaber, 'The Rise of Arbitral Power Over Domestic Courts' (2013) 1(2) Stanford Journal of Complex Litigation 373, 383.

56 *Saipem v Bangladesh* kararında ise Bangladeş mahkemelerinin ICC tahkimine müdahale etmesi ve nihayetinde ICC tahkimi sonucu verilen kararı yok hükmünde kabul etmesi kamulaştırma kapsamında değerlendirilmiştir. Bkz Francesco Francioni, 'Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law' 2009 20(3) The European Journal of International Law 729, 737; Goldhaber (n 55) 394; Nalçacıoğlu Erden (n 46) 98.

57 Felipe Mutis Tellez, 'Does the Annulment of Arbitral Awards by National Courts Engage State Responsibility Under International Law' (2013) 16(CAR) CEPMLP Annual Review 1, 7.

58 Örneğin bir kamulaştırma mı olduğu, ihkak-ı haktan imtina mı edildiği ya da adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı bir eylemin mi olduğuna ilişkin bir nitelendirilme yapılmamıştır. İhlale ilişkin bu standartlar hakkında geniş bilgi için bkz Christoph Schreuer, 'Investments, International Protection' (2010) Encyclopedia of Public International Law 48 vd.

tarafklar arasındaki anlaşmanın lafzına ve ruhuna aykırılık teşkil ettiği tespitinde bulunulmuştur. Hakemlerin New York Konvansiyonu m. II'den bahsetmeleri ve buna aykırılığın taraflar arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasının lafzına ve ruhuna aykırılık oluşturacağını ifade etmeleri, New York Konvansiyonu'nun altında yatan felsefe ile paralel bir yaklaşım benimsendiğini göstermektedir.⁵⁹ Ancak yatırım tahkiminde hakemler, hiçbir koşulda New York Konvansiyonu'nu bizzat kendileri uygulayarak ev sahibi devletin yerel mahkemelerinin yerine geçip bir tenfiz kararı veremez.⁶⁰

Son olarak hakemler, Ürdün Tahkim Kanunu m. 51'in geçmişe yönelik uygulanmasını, Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nı ihlal edici nitelikte bulmuşlardır. Eğer kanunun uygulanması bakımından böyle bir problem olmasaydı, tahkime gitme hakkını ortadan kaldıracı nitelikte olan 51. madde, tek başına yatırım anlaşmasına bir aykırılık olarak kabul edilemeyebilecekti. Ancak hakemler bu tespiti yaparken, bir yandan New York Konvansiyonu II. maddesi çerçevesinde tarafların yazılı olarak tahkime gitme konusunda anlaştıkları tahkim anlaşmalarını âkit devletlerin geçerli kabul edeceğini belirtmiş, sonra FIDIC Tip Sözleşmesinde yer alan tahkim şartına tarafların seçtiği hukuk ve *lex arbitri* olan Ürdün hukukunun uygulanacağı, Ürdün mahkemelerinin tarafların seçtiği hukuku uygulamasının bir yatırım ihlali oluşturmayabileceği ifade edilmiştir.⁶¹ Kanımızca hakemlerin yapmış oldukları bu tespitten, New York Konvansiyonu'na aykırılığın bir yatırım ihlali oluşturmayacağını kabul ettikleri sonucunun anlaşılması gerekmektedir.

C. ICSID Hakem Mahkemesinin Zaman Bakımından Yargı Yetkisine İlişkin Değerlendirmeler

1. Genel Olarak

ICSID hakem heyetince verilen *Ata v Jordan* kararındaki bir diğer temel meseleyi, hakem mahkemesinin zaman bakımından yargı yetkisi oluşturmaktadır. Kararda hakem heyetince, zaman bakımından yargı yetkisi incelenirken ikili bir ayırım yapılmıştır. FIDIC hakem kararının iptal edilmesine ilişkin uyuşmazlık, 19 numaralı barajın inşasına ilişkin esas uyuşmazlıktan ayrılamaz nitelikte görülüp Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın yürürlüğe girmesinden önce meydana geldiği için hakemlerce zaman bakımından yargı yetkisi bulunmadığı yönünde karar verilmiştir. Tahkime gitme hakkının ortadan kaldırılmasına ilişkin uyuşmazlık bakımından ise zaman bakımından yargı yetkisinin bulunduğu yönünde karar verilmiştir.⁶²

⁵⁹ Rosenfeld (n 52) 14.

⁶⁰ Chaika (n 18) 39.

⁶¹ *Ata v Jordan* (n 1) para 128.

⁶² *Ata v Jordan* (n 1) para 103.

Uluslararası anlaşmaların uygulanmasına dair temel prensiplerden biri, anlaşmaların yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen olaylara uygulanması, diğer bir ifadeyle “geriye yürüme yasağı”dır (*non-retroactivity*). Uluslararası yatırım tahkiminde de âkit devletler arasında yatırım anlaşması ile aksi kararlaştırılmadıkça 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi⁶³ (“Viyana Sözleşmesi”) m. 28 uyarınca bir anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen durumlara/uyuşmazlıklara uygulanmayacağı kuralı kabul edilmiştir.⁶⁴

Birleşik Devletler ile Hollanda arasındaki Palmas Adası davasında⁶⁵ uygulanan ve uluslararası hukukta *intertemporal law* doktrini olarak bilinen yaklaşıma göre sonradan oluşan uluslararası hukuk kurallarının kendinden önce gerçekleşen olay ve durumlara uygulanması mümkün değildir.⁶⁶ Bu nedenle bir anlaşmanın uygulanması bakımından davaya konu uyuşmazlığın nitelendirilmesi son derece önemlidir. Çünkü uyuşmazlığın doğduğu tarih anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten öncesine tekabül ediyorsa, mahkeme uyuşmazlığı görmede zaman bakımından yetkisiz olacaktır.

Burada öncelikle kısaca ICSID’in zaman bakımından yargı (*ratione temporis*) yetkisinin ne olduğunu ifade etmek gerekir. ICSID tahkimine başvuru için üç şart aranmaktadır. Bunlar; taraflar arasında ICSID tahkimine gitmek için yazılı bir anlaşma olması, hem ev sahibi devletin hem de yatırımcının uyuşmazlığında olduğu devletin ICSID Konvansiyonu’na taraf olması ve uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanmasıdır.⁶⁷ ICSID’in zaman bakımından yargı yetkisine sahip olup olmadığı, taraflar arasında ICSID tahkimine gitme konusunda ne zaman yazılı bir anlaşma yapılmış olduğunun tespit edilmesine bağlı olarak cevaplanabilecek bir sorudur. Zira rıza şartı olarak da adlandırılan bu şartın gerçekleşmiş sayılması için genelde devletler iki taraflı yatırım anlaşmaları akdetmektedirler. Uyuşmazlık çıktığında ev sahibi devlet ile yatırımcının uyuşmazlığında bulunduğu devlet arasında ICSID’e gitme konusunda karşılıklı rızaları, yatırımın korunması ve teşviki anlaşması ile sağlandığı için bu anlaşmanın taraflar arasında ne zaman ve hangi şartlarla yürürlükte olacağını tespit etmek, ICSID’in zaman bakımından yargı yetkisini de belirlemektedir.⁶⁸

63 Vienna Convention on the Law of Treaties (1969, Vienna) Türkiye Viyana Sözleşmesi’ne taraf değildir. Ancak Viyana Sözleşmesi’nde yer alan kurallar ört ve âdet kuralı niteliğinde oldukları için devletler bu kurallara geçmişten beri uymaktadır. Bkz Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (9. Bs, Beta 2015) 19; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (14. Bs, Turhan Kitabevi 2015) 43.

64 John P Gaffney, ‘The Jurisdiction Ratione Temporis of ICSID Tribunal’ (2007) 22(7) MEALEY’S International Arbitration Report 1.

65 Island of Palmas Case (Netherlands v USA) (1928) RIAA vol II, 829.

66 Ibid 845.

67 Şanlı (n 12) 576; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (4. Bs, Vedat Kitapçılık 2016) 40 vd; Ergin Nomer, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I* (5. Bs, Beta 2016) 134; Bilgin Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayındarlı 2003) 148 vd; Nuray Ekşi, *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfiz ve İcrası* (Beta 2009) 29 vd.

68 ICSID Konvansiyonu’nda ise özel olarak ICSID’in zaman bakımından yargı yetkisine ilişkin herhangi bir şart aranmamaktadır. Bkz Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair (n 21) 95.

Pek çok iki taraflı yatırım anlaşması, anlaşmanın zamansal bakımdan uygulanması konusunda özel hüküm içermektedir ve bunlardan bazıları anlaşmanın, yalnızca yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılacak yatırımlara değil; yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan yatırımlara da uygulanacağı yönündedir. Diğer bir ifadeyle, anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan yatırımlar da anlaşmanın koruması altına alınmaktadır. Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması da bu yönde bir hüküm içermektedir. Madde IX(1)'e göre: “Anlaşma, yürürlüğe giriş tarihinde mevcut yatırımlar yanında, bu tarihten sonra yapılan veya gerçekleşen yatırımlara da uygulanacaktır.” Ancak mevcut yatırımları da içerecek şekilde yatırım anlaşmasının koruma kapsamını genişleten böyle bir hükmün varlığı, anlaşmanın, yürürlüğe girdiği tarihten önce mevcut *uyuşmazlıklar* bakımından da uygulanacağı anlamına gelmemektedir.⁶⁹ Çünkü söz konusu hüküm anlaşmanın koruması kapsamında olan yatırımların *hangileri* olduğuna ilişkin olup, anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce mevcut olan *uyuşmazlıklara* anlaşmanın uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir belirlemede bulunmamaktadır. Daha açıkça ifade etmek gerekirse, söz konusu anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan bir yatırımın anlaşma çerçevesinde korunabilmesi için de *uyuşmazlığın* yine anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra doğmuş olması gerekir. Yatırım anlaşmasının uygulanması bakımından iki taraflı yatırım anlaşmasında aksi yönde bir hükme yer verilmedikçe, anlaşmanın yürürlüğünden önce mevcut olan *uyuşmazlıklara* uygulanmaması esası hem ICSID hem de UNCITRAL tahkiminde⁷⁰ hâkim olan uygulamadır.⁷¹

Kıscacası hüküm, yalnızca konu bakımından anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan yatırımların korunacağını ifade etmektedir. Uyuşmazlık ve uyuşmazlığın doğduğu tarih ise farklı bir meseledir. O hâlde, ICSID’in zaman bakımından yargı yetkisinin belirlenmesinde taraflar arasındaki yatırımın teşviki anlaşması esas alınacak olup, bu doğrultuda anlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce meydana gelmiş olan *uyuşmazlıklar* kapsam dışında kalacaktır.⁷²

69 *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v The United Mexican States*, Award, ICSID Case No ARB (AF)/00/2 (29 May 2003) para 53-68 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>>; *SGS Société Générale de Surveillance SA v Republic of the Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/6 (29 January 2004) para 166 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021. Ayrıca bkz Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012) 41-42.

70 *MCI Power Group LC and New Turbine, Inc v Republic of Ecuador*, Award, ICSID Case No ARB/03/6 (31 July 2007) para 136 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0500.pdf>>; *Societe Generale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, SA v The Dominican Republic*, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, UNCITRAL, LCIA Case No UN 7927 (19 September 2008) para 78 vd <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0798.pdf>>; *Impregilo SpA v Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/3 (22 April 2005) para 300 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0422.pdf>>; *Generation Ukraine INC v Ukraine* (n 40) para. 11.2 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

71 Andrea Gattini, ‘Jurisdiction *ratione temporis* in International Investment Arbitration’ (2017) 16(1) *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 139, 142 vd; James Crawford and Simon Olleson, ‘The Application of the Rules of State Responsibility’ in Marc Bungenberg and Jörn Griebel (edn) *International Investment Law* (Beck, Hart, Nomos 2015) 440.

72 Mistelis (n 15) 16.

Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın VII. maddesi ise bir taraf devlet ile diğer taraf devletin uyuşundaki yatırımcısı arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkindir ve tahkim kaydı içermektedir. Buna göre, taraflardan biri ile diğer tarafın bir yatırımcısı arasındaki o yatırımcının yatırımı ile ilgili olarak doğan uyuşmazlıklar altı ay içinde iyi niyetle karşılıklı görüşmeler ve müzakereler yoluyla çözümlenemezse, yatırımcı tarafından ICSID'in de dahil olduğu belirli tahkim mercilerine sunulabilecektir. Söz konusu hüküm zaman bakımından yargı yetkisi açısından, taraflar arasındaki “uyuşmazlık”ın ne olduğunun tespitini ve daha da önemlisi söz konusu uyuşmazlığın “doğduğu tarih”in belirlenmesini gerekli kılmaktadır.

Ancak uyuşmazlığın nitelendirilmesi ve uyuşmazlığın doğduğu tarihin belirlenmesi her zaman kolay olmamaktadır. ICSID hakem heyetlerinin karara bağladığı çeşitli davalarda, uyuşmazlığın doğduğu tarihe ilişkin farklı içtihatlarla rastlanmaktadır. Örneğin, *Maffezini v Spain* davasında hakem heyeti, uyuşmazlık konusu olayların Arjantin-İspanya arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten önce başlamasının, hukuki uyuşmazlığın da bu tarihte doğduğu anlamı taşımadığına hükmetmiştir.⁷³ Diğer bir ifadeyle, uyuşmazlık konusu olayların gerçekleşmeye başladığı tarih ile uyuşmazlığın doğduğu tarih birbirinin eş değeri olarak kabul edilmemektedir.

Jan de Nul v Egypt davasında ise, uyuşmazlık iki taraflı yatırım anlaşması 2002 yılında yürürlüğe girdiği sırada henüz İsmailiye İdare Mahkemesi önünde görülmektedir. Mahkeme nihai kararını 2003 yılında vermiştir. Uyuşmazlık ICSID önüne taşındığında hakem heyeti davacının ICSID önündeki uyuşmazlığın, idare mahkemesi önündeki uyuşmazlıktan farklı olduğu iddiasını haklı bulmuştur. Çünkü Mısır mahkemeleri önündeki dava, sözleşme (*contract*) ve Mısır hukukunun yorumu ile ilgili meselelere ilişkin iken; ICSID hakem heyeti önündeki dava iki taraflı yatırım anlaşmalarının ihlali iddialarına ilişkindir.⁷⁴ Hakem heyeti, kararının gerekçesini şu şekilde açıklamıştır:

“Yeni bir aktör olan İsmailiye Mahkemesi'nin müdahalesi, uyuşmazlığın yeni bir uyuşmazlık olup olmadığının belirlenmesinde belirleyici faktör olarak ortaya çıkmaktadır. Başvurucuların davası doğrudan İsmailiye Mahkemesi'nin hukuka aykırılığı öne sürülen eylemine dayandığından, hakem heyeti orijinal uyuşmazlığın, İsmailiye Mahkemesi karar verdiği anda yeni bir uyuşmazlık olarak yeniden kristalleştiği kanaatindedir.”⁷⁵

Ata v Jordan kararında ise hakem heyeti yukarıdaki iki kararda benimsenen yaklaşımdan farklı bir yaklaşımı tercih etmiştir. Belirtelim ki, davada taraflar arasındaki

73 *Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/97/7 (25 January 2000) para 91-98 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

74 *Jan de Nul NV and Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/04/13 (16 June 2006) para 117 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0439.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

75 *Ibid* para 128.

temel uyuşmazlık noktalarından biri uyuşmazlığın nitelendirilmesine ilişkindir. Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nı ihlal ettiği öne sürülen eylemlerden biri FIDIC hakem kararının iptali olduğundan; bu iddialara ilişkin olarak uyuşmazlığın doğduğu anın tespit edilmesi gerekmektedir. Hakem heyetine göre, davacının iddialarının temeli olan uyuşmazlık, FIDIC hakem kararının iptalini onaylayan Ürdün Temyiz Mahkemesi kararının verildiği 16.01.2007 tarihinde kristalleşmiştir ve hukuken sözleşmeden doğan uyuşmazlığa eşittir.⁷⁶ Sözleşmeden doğan uyuşmazlığın tarihi olarak ise FIDIC tahkim sürecinin başlatıldığı 06.09.2000 tarihi kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle FIDIC hakem kararının iptaline ilişkin tüm iddialar bakımından uyuşmazlığın doğduğu tarih olarak 06.09.2000 tarihi esas alınmıştır.⁷⁷

Hakem kararının iptal edilmesi yüzünden ortaya çıkan uyuşmazlığın esas uyuşmazlıktan yani barajdaki kısmı çökmeden hangi tarafın sorumlu olacağına ilişkin olan uyuşmazlıktan ayrılamaz nitelikte olduğu için bu tarihin esas alınması gerektiği kabul edilmiştir.⁷⁸

FIDIC hakem kararının iptaline ilişkin bu uyuşmazlığı esas uyuşmazlığa bağlamanın en önemli sonucu, ICSID hakem heyetinin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olup olmadığını tespitinde baz alınacak tarih bakımından doğmaktadır. FIDIC hakem kararının bağımsız bir yatırım olarak değerlendirilmesi⁷⁹ ile esas uyuşmazlıktan ayrılamaz, ona bağlı bir uyuşmazlık olarak değerlendirilmesi arasındaki fark, ICSID'in zaman bakımından yargı yetkisinin tayininde büyük önem taşımaktadır. *Ata v Jordan* davasında FIDIC hakem kararı, bahsettiğimiz ikinci olasılıktaki gibi değerlendirilmiş olup, esas uyuşmazlık tarihi, tarafların FIDIC tahkimine başvurmaları anı olarak kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak ICSID hakem heyeti kendisini zaman bakımından yetkisiz bulmuştur. Hakemler, FIDIC hakem kararının yatırım kavramı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlerken sıklıkla *Saipem v Bangladesh*⁸⁰ kararına da atıfta bulunmuşlardır. *Saipem v Bangladesh* kararında, ICC hakem kararından doğan hakların uyuşmazlığa konu olan sözleşmeden kaynaklandığı bu kapsamda da yatırım niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.⁸¹ Ancak burada önemle vurgulamak isteriz ki, hakem kararının yatırım olarak kabul edilmesinin ardında yatan sebep, onun sözleşme ile korunan “yatırım”ın kendisinden ayrılamaz oluşudur. Gerçekten de kararın Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nda yatırım kavramı içinde sayılan alacak hakkı kapsamında değerlendirilebilmesinin sebebi, 19

76 *Ata v Jordan* (n 1) para 95.

77 *Ibid.*

78 *Ibid* para 103.

79 İki taraflı yatırım anlaşmalarında genellikle yatırım kavramının kapsamı “bütün değerler” gibi ibarelerle geniş tutulmaya çalışılmıştır. Ancak buna karşın uygulamada ICSID hakem heyetince esas uyuşmazlığa/yatırıma bağlı bir uyuşmazlık olarak değerlendirilmiştir. Bkz King and Moloo (n 52) 21.

80 *Saipem SpA v The People's Republic of Bangladesh*, Award, ICSID Case No ARB/05/07 (30 June 2009) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0734.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

81 Nalçacıoğlu Erden (n 46) 97.

numaralı barajın yıkılmasından ötürü alacak hakkı sahibi olan tarafın tespit edilmesidir. Eğer hakem kararına konu uyuşmazlık, bir yatırım uyuşmazlığı olmasa idi ICSID önünde dava konusu edilebilecek bir “yatırım”dan da bahsedilemeyecek ve hakem heyeti *ratione materiae* yetkisiz olacaktı. O hâlde FIDIC hakem kararının, ATA’nın Ürdün’deki bütün yatırım faaliyetleri çerçevesinde ve bu faaliyetler içinde yer alan bir “değer” (*value*) olarak kabul edilmesi ve konu bakımından yargı yetkisi kapsamında değerlendirilmesi yerindedir.

Ancak uyuşmazlığa ilişkin hakem heyetinin yukarıda özetlediğimiz değerlendirmesi karşısında bazı hususların tartışılması gerekmektedir: Öncelikle ICSID önündeki uyuşmazlık yatırımcı-devlet arasındaki bir uyuşmazlıktır ve iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanmaktadır. Ayrıca bu anlaşmanın akdedilmesi iki devlet arasında ATA ile APC arasındaki sözleşmesel ilişkiden farklı, yeni bir hukuki ilişki kurulduğu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu hukuki ilişki kurulduktan sonra meydana gelen ihlallerin yatırım anlaşmasını ihlal eden yeni bir uyuşmazlık oluşturmaya yeterli olup olmadığı incelenmelidir. Üzerinde durulması gereken husus ise APC ile yatırımcı arasındaki sözleşmenin bir iç hukuk enstrümanı olması ve Viyana Sözleşmesi bağlamında bir uluslararası andlaşma niteliği taşıması sebebiyle uluslararası sorumluluk doğurmaya elverişli olmamasıdır. Devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmeler, en itibatlı oldukları hukuk olan ev sahibi devlet hukukuna tabi olduklarından ve dolayısıyla bu sözleşmelerde yer alan yükümlülüklerin ihlaline ilişkin yatırım ihtilafları ev sahibi devlet hukuku uyarınca çözümleneceğinden, taraflar aksini kararlaştırmadıkça prensip olarak uluslararası hukuka tabi değildirlir.⁸²

Bu durum yatırım tahkiminde temel bir ayrıma, sözleşmenin ihlalinden doğan sorumluluk ile yatırım anlaşmasının ihlalinden doğan sorumluluk ayrımı yapılmasına yol açmıştır.⁸³ Her ne kadar sözleşmenin ihlali şemsiye kaydı, adil ve hakkaniyetli muamele esası ya da ihkak-ı haktan imtina gibi normlar bağlamında yatırım anlaşmasının koruması kapsamına dahil edilebilirse de bu durum, yatırım anlaşması bağlamında ortaya çıkan uyuşmazlığın hukuken APC ile yatırımcı arasındaki uyuşmazlığa eş değer olduğu anlamına gelmek zorunda değildir. Çünkü bu halde dahi uyuşmazlık, yatırım anlaşmasının kendisinde yer alan bir kural sebebiyle anlaşmanın kapsamına alınmaktadır. Dolayısıyla artık iddiaların dayanağı ve hukuki ilişkinin temeli sözleşme değil, yatırım anlaşması olmaktadır. Bu noktada sorulması gereken soru uluslararası anlamdaki ve yatırım anlaşması temelindeki uyuşmazlığın hangi

82 Miray Azaklı Köse, *Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu (BM Uluslararası Hukuk Komisyonu Tasarısı Kapsamında)* (Adalet Yayınevi 2021) 179-180.

Yatırım anlaşmasının ihlalinden doğan sorumluluk ile yatırımcı-devlet arasında akdedilen sözleşmenin ihlalinden doğan sorumluluk arasındaki ayrım hakkında bilgi için ayrıca bkz. Azaklı Köse (n 82) 175-186.

83 Yatırım tahkimi alanında yatırım anlaşmasına dayanan iddiaların sözleşmeye dayanan iddialardan izole edilmesini savunanlar ile bu iki tür iddianın ilişkilendirilmesini savunanlar arasında bir çekişme olduğu ve bu durumun hakem mahkemeleri tarafından birbirine aykırı kararlar verilmesine yol açtığı belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle söz konusu ayrım tartışmalıdır. Bkz. James Crawford, ‘Treaty and Contract in Investment Arbitration’ (2008) 24(3) *Arbitration International* 351, 351.

tarihte doğduğudur. *Ata v Jordan* hakem heyeti ise hakem kararının iptaline ilişkin uyuşmazlığın, barajın yıkılmasından kaynaklanan ve dolayısıyla sözleşmeye dayanan uyuşmazlığa eş değer olduğu kanısındadır.

Yatırım anlaşmasının ihlalinden kaynaklanan uyuşmazlığın ortaya çıktığı an barajın çökmesine ilişkin uyuşmazlıktan farklı olarak, hakem kararı ile iddiasını ispat etmiş olan ATA'nın elde ettiği hakka Amman İstinaf Mahkemesi'nin iptal kararı ile müdahale edildiği ve böylece yatırım anlaşması bağlamında ihkak-ı haktan imtina edildiğine ilişkin uyuşmazlığın doğduğu tarih olarak da değerlendirilebilir. Bu tarihe dek, yatırım anlaşmasının ihlaline ilişkin taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Çünkü yatırım anlaşması bağlamındaki uyuşmazlık barajda meydana gelen hasardan kimin sorumlu olduğu değil; yatırımı oluşturan operasyonun bir parçasını teşkil ettiği kabul edilen hakem kararının ev sahibi devlet mahkemelerince iptal edilmesi ile yatırım anlaşması uyarınca üstlenilen yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğidir.

Ata v Jordan hakem heyeti ise uyuşmazlığın Ürdün Temyiz Mahkemesi'nin iptal kararını onayladığı 16.01.2007 tarihinde kristalleştiği tespitini yapmıştır (ancak bunu sözleşmeden doğan uyuşmazlığa eş değer kabul etmektedir); ki bu tespit kabul edildiği takdirde de söz konusu tarih yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten sonrasına tekabül etmektedir.

Amman İstinaf Mahkemesi'nin hakem kararının iptaline ve ayrıca taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının sona erdiğine hükmettiği 24.01.2006 tarihli kararı ise iki taraflı yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihin 1 gün sonrasında verilmiştir. Burada dikkati çeken bir diğer husus uyuşmazlık konusu her iki olay da aynı tarihte gerçekleştiği hâlde, tahkim anlaşmasının bağımsız bir yatırım olduğu gerekçesiyle tahkime gitme hakkının ortadan kaldırılmasına ilişkin uyuşmazlığın söz konusu tarihte doğduğunun kabul edilmesi ve böylece bu uyuşmazlık bakımından hakem heyetinin kendisini zaman bakımından yetkili görmesi;⁸⁴ FIDIC hakem kararının iptaline ilişkin uyuşmazlığın ise hakem kararının bağımsız bir yatırım olmadığı gerekçesiyle zaman bakımından yargı yetkisi dışında kabul edilmesidir.⁸⁵ Burada da ICSID'in konu (*ratione materiae*) ile zaman bakımından yetkisine (*ratione temporis*) ilişkin değerlendirmeler birbirine karışmış görünmektedir.

Öncelikle şu soruyu sormak gerekir: FIDIC hakem kararının, yatırımı oluşturan bütün operasyona bağlı bir yatırım olarak kabul edilmesi hangi sonucu doğurur? Kanaatimizce bu belirleme yalnızca konu bakımından yetkiyi ilgilendirmektedir; çünkü burada esas önemli olan hakem kararının bir yatırım teşkil edip etmediği, yani konu bakımından ICSID'in yargı yetkisi kapsamında olup olmadığıdır. Somut olayda hakem heyetinin, FIDIC hakem kararının yatırımı teşkil ettiğini belirlemesi

84 *Ata v Jordan* (n 1) para 120.

85 *Ibid* para 103.

yeterli idi; çünkü Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın IX. maddesi hem anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce mevcut olan yatırımların hem de sonrasında yapılacak yatırımların koruma altına alınacağını kabul etmektedir. Eğer anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce mevcut olan yatırımlar koruma altına alınmamış olsa idi; bu takdirde hakem heyetinin FIDIC hakem kararının önceki yatırıma bağlı olduğu ve bağımsız bir yatırım teşkil etmediği belirlenmesi önem kazanacaktı. Çünkü bu takdirde FIDIC hakem kararına ilişkin uyuşmazlık konu bakımından yargı yetkisinin dışında kalacaktı. Mevcut durumda ise FIDIC hakem kararının bağımsız bir yatırım oluşturmaması, uyuşmazlığın doğduğu tarihin ve yukarıda belirttiğimiz üzere bizce yerinde olmayarak zaman bakımından (*ratione temporis*) yetkinin tespitinde de belirleyici olmuştur.

Sonuç olarak Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması 23.01.2006'da yürürlüğe girdiğinden ve uyuşmazlık tarihi anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihin öncesine tekabül ettiğinden, hakem heyeti ATA'nın FIDIC hakem kararının iptaline ilişkin bütün iddiaları bakımından kendisini zaman açısından yetkisiz bulmuştur.⁸⁶ İhkak-ı haktan imtina edildiği iddiaları hakkında da hakemler kendilerini zaman bakımından yetkisiz bulmuşlardır.⁸⁷

Aslında davacı ATA, ihkak-ı haktan imtina yasağının ihlalinin iki taraflı yatırım anlaşmasının diğer uyuşmazlıktan bağımsız bir ihlali olarak zaten öne sürmüştü ve ihlalinin iki taraflı yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana geldiğini iddia etmişti.⁸⁸ Ancak hakem heyeti, bu iddiaları da yerinde bulmamış; söz konusu ihlallerin de anlaşmanın yürürlüğe girmesinden önceki uyuşmazlığın bir parçası olduğunu belirterek zaman bakımından yetkisiz olduğuna hükmetmiştir. Hakem heyeti bu yöndeki kararına gerekçe olarak ihkak-ı haktan imtinaya ilişkin ihlal iddialarının karara bağlandığı *Mondev v United States*⁸⁹ kararını emsal göstermektedir:

*“Mondev hakem heyeti Massachusetts mahkemelerinin vereceği nihai karar haricinde, uyuşmazlığa konu olayların tamamının davada söz konusu olan anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelmesi nedeniyle kendisini ratione temporis bakımından yetkisiz bulmuştur. Bu davada başvuru iç hukuk yolları tüketilmeden ihkak-ı haktan imtinaya ilişkin bir iddianın tamamlanamayacağını ve iç hukuk yollarının NAFTA yürürlüğe girdikten sonra da tüketilmemiş olduğunu öne sürmüştür.”*⁹⁰

Oysa bu davada başvuru Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması'nın (“NAFTA”)⁹¹ yürürlüğe girdiği tarihten (01.01.1994) önceki eylemleri, devam

86 Ibid.

87 Ata v Jordan (n 1) para 108.

88 Ibid.

89 *Mondev International Ltd v United States of America*, Award, ICSID Case No ARB(AF)/99/2 (11 October 2002) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

90 Ibid para 109.

91 The North American Free Trade Agreement (1992, Washington).

eden ihlal kavramına dayanarak ve ihlalin tamamlanmadığını öne sürerek *ratione temporis* bakımından NAFTA koruması kapsamına almaya çalışmıştır.⁹² Davalı ABD ise zaten 01.01.1994 sonrasında Massachusetts mahkemelerinin verdiği kararların yürürlük öncesi eylemlerden ayrı olarak tek başına NAFTA'nın ihlaline yol açtığı iddiaları bakımından hakem heyetinin zaman bakımından yargı yetkisi kapsamında olduğunu kabul etmektedir.⁹³ Hakem heyeti de aynı hususu ifade ederek ilgili mahkeme kararlarının kendisi NAFTA'ya aykırı olmadıkça, 1994 öncesi eylemlerle ilişkili olmalarının NAFTA'nın ihlali anlamına gelemeyeceğini belirtmiştir.⁹⁴ Massachusetts mahkemelerinin kararlarının (NAFTA'nın 1105. maddesi 1. fıkrası uyarınca) ihkak-ı haktan imtina teşkil edip etmediği iddialarını incelemek bakımından kendisini yetkili görmüş⁹⁵ ve detaylı bir biçimde bu incelemeyi yapmıştır.⁹⁶ Dolayısıyla *Ata v Jordan* hakem heyetinin de yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten sonra verilen mahkeme kararları bakımından kendisini yetkili kabul etmesi ve bunların ihkak-ı haktan imtina teşkil edip etmediğini incelemesi mümkündür. Ancak hakem heyeti bu husus kabul edildiği takdirde dahi, FIDIC hakem kararının bağımsız bir yatırım olmaması ve yatırım teşkil eden operasyonun bir parçası olması nedeniyle mümkün olmayacağını ifade etmiştir.

Bu noktada *ratione temporis* yetki bakımından önemli olan ve *Mondev v United States* davasında da başvuruçunun iddiasının temellerinden birini oluşturan “ihlalin zamana yayılması” hâline ve ayrıca “bileşik eylemden oluşan ihlal” hâline değinmenin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

2. İhlalin Zamana Yayılması

Yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarih hem sorumluluğun doğması hem de zaman bakımından yargı yetkisi açısından belirleyicidir. Ancak bazı hâllerde devletin, yatırım anlaşmasının ihlalinin teşkil eden eylemleri anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarih öncesinde mevcut olduğu gibi, yürürlük tarihi sonrasında da devam etmekte, yani zamana yayılmaktadır.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (“ILC”) devletlerin uluslararası sorumluluğu konusundaki örf ve âdet hukuku kurallarını kodlaştırmak amacıyla kaleme aldığı ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen bir belge olan ILC Maddeleri'nde⁹⁷ zamana yayılan ihlal konusu şu şekilde düzenlenmiştir:

92 *Mondev v United States* (n 89) para 48.

93 *Ibid* para 47, para 51. Ancak davalı ABD söz konusu tarihte *Mondev*'in yatırımcı olduğu iddiasına karşı çıkmaktadır.

94 *Ibid* para 109.

95 *Ibid* para 96-97.

96 *Ibid* para 126 vd.

97 Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, (2001) 2 (Part Two) Yearbook of the International Law Commission <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

“*Madde 14*”

Bir Uluslararası Yükümlülüğün İhlalinin Zamana Yayılması

- (1) *Devletin devam eder nitelikte olmayan bir uluslararası yükümlülüğünü ihlali, etkileri sürse dahi, eylemin ifa edildiği anda meydana gelir.*
- (2) *Devletin devam eder nitelikteki bir uluslararası yükümlülüğünü ihlali, eylemin sürdüğü tüm zaman boyunca uzanır ve uluslararası yükümlülüğe aykırı olmaya devam eder.*
- (3) *Devletin belirli bir olayı önlemesini gerektiren bir uluslararası yükümlülüğün ihlali, olayın meydana geldiği anda ortaya çıkar ve olayın devam ettiği tüm zaman boyunca uzanır ve bu yükümlülüğe aykırı olmaya devam eder.”*

Yatırım tahkiminde hakem heyetleri, ihlalin devam eder nitelikte olduğu ve bu nedenle yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten önceki ihlaller bakımından sorumluluğun doğacağı iddiaları ile karşılaşmışlardır. Örneğin, *Mondev v United States* davasında hakem heyeti, devam eder nitelikte ihlalin var olabileceğini kabul etmekle birlikte, devam eder nitelikte bir eylem ile sona eren ancak zarar verici etkileri devam eden eylem arasında ayırım yapılması gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁸ Örneğin, *Ioan Micula and others v Romania* davasını gören hakem heyetine göre, yürürlükteki yasal bir düzenlemenin devam eder şekilde uygulanması bu niteliktedir.⁹⁹ ILC de devam eder nitelikte ihlal ile belirli bir zamanda sona eren ancak etkileri devam eden ihlal arasında bir ayırım yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre esas itibarıyla devam etmekte olan ihlal, belirli bir zamanda başlamış ancak tamamlanmamış ihlaldir.¹⁰⁰ Örneğin, anlaşma yükümlülüklerine aykırı bir yasal düzenlemenin yürürlükte tutulması bu niteliktedir.¹⁰¹

Kamulaştırmanın ekonomik etkilerinin mülkiyetin kaybedildiği tarihten sonra da devam edebileceği, bu durumun ihlalin devam eder nitelikte olduğu anlamına gelmediği belirtilmiştir.¹⁰² *Impregilo v Pakistan* davasında yatırımcı anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten sonrasına da uzanan ve devam etmekte olan ihlallerden oluşan tek bir uyuşmazlık bulunduğunu öne sürmüştür.¹⁰³ Hakem heyeti ise gördüğü uyuşmazlığın ancak kamulaştırma ile karşılaştırılabileceğini belirterek ve kamulaştırmanın devam etmekte olan ihlal teşkil etmediğine ilişkin ILC Maddeleri şerhine atıf yaparak, ILC Maddeleri, madde 14 anlamında devam eder nitelikte bir ihlal olmadığına hükmetmiş ve yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten önceki eylemler bakımından zaman yönünden yetkisiz olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁴

98 *Mondev v United States* (n 89) para 58.

99 *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipack SRL v Romania [I]*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No ARB/05/20 (24 September 2008) para 149 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

100 ILC Maddeleri Şerhi (n 97) Madde 14, para 5.

101 *Ibid* Madde 14, para 3.

102 *Ibid* Madde 14, para 6.

103 *Impregilo v Pakistan* (n 70) para 88.

104 *Ibid* para 312-314.

ILC Maddeleri düzenlemesinden ve yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, ihlalin zamana yayılmasından söz edilebilmesi için, ihlalin peş peşe, yani farklı zamanlarda değil; devam eder nitelikte olması gerekmektedir. *Ata v Jordan* davası özelinde ise hukuka aykırı kamulaştırmanın yanı sıra mahkemelerin peş peşe ve ihkak-ı haktan imtina teşkil ettiği öne sürülen eylemleri vasıtasıyla adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlal edildiği öne sürülmüştür. Ancak burada farklı tarihlerde verilen kararlar söz konusu olduğundan, devam etmekte olan ve zamana yayılan bir ihlalden ziyade, ihlal oluşturan bir dizi eylem söz konusudur. Bu bakımdan davacının *Ata v Jordan* davasında öne sürdüğü eylemler daha ziyade bileşik eylemden oluşan ihlal kavramı ile ilişkili görünmektedir. Aşağıda bu konu ele alınacaktır.

3. Bileşik Eylemden Oluşan İhlal

Bileşik eylemden oluşan ihlal, devletin birden fazla eyleminin bir araya gelerek uluslararası yükümlülüğü ihlal düzeyine ulaşmasını ifade etmektedir. Konu ILC Maddeleri'nde şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 15

Bileşik Eylemden Oluşan İhlal

- (1) Devletin uluslararası bir yükümlülüğünü, bir bütün olarak hukuka aykırı olduğu kabul edilen bir dizi eylem veya ihmali vasıtasıyla ihlali, diğer eylem veya ihmaller ile birlikte değerlendirildiğinde **hukuka aykırılık oluşturmaya yeterli olan eylem veya ihmalin meydana geldiği anda** oluşur.
- (2) Böyle bir durumda ihlal, **diziyi oluşturan eylem veya ihmallerin ilkinden başlayarak tüm zaman boyunca uzanır ve bu eylem veya ihmaller tekrar ettiği müddetçe sürer ve uluslararası yükümlülüğe aykırı olmaya devam eder.**

Siemens v Argentine kararında sinsi kamulaştırma¹⁰⁵ bileşik eylemden oluşan ihlal olarak nitelendirilmiştir.¹⁰⁶ Belirtelim ki ihkak-ı haktan imtina da devletin çeşitli derecelerdeki mahkemelerinin kümülatif hatalarının bir araya gelmesi ile meydana geldiğinden, bileşik eylemden oluşan ihlal teşkil etmektedir.¹⁰⁷ Ancak yukarıdaki 15. madde düzenlemesinden anlaşıldığı üzere ihlal, bir dizi eylemin yükümlülüğü ihlal düzeyine ulaştığı anda başlamakta ve eylemler tekrar ettiği müddetçe sürmektedir. Bu nedenle *Chevron v Ecuador* davasında hakem heyeti yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten önceki eylemleri de yargı yetkisi kapsamında kabul etmiş ve bu eylemlerin de ihkak-ı haktan imtinayı oluşturduğuna hükmetmiştir.¹⁰⁸

105 Sinsi kamulaştırma, dolaylı kamulaştırmanın bir alt türüdür. Devletin düzenleyici işlemlerle veya idari işlemlerle, devam eden bir süreç sonunda yatırımcının haklarını erozyona uğratması olarak tanımlanmaktadır. Bkz Nalçacıoğlu Erden (n 46) 63.

106 *Siemens AG v The Argentine Republic*, Award, ICSID Case No ARB/02/8 (17 January 2007) para 263-264 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

107 *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v The Republic of Ecuador*, Interim Award, UNCITRAL, PCA Case No 34877 (1 December 2008) para 301 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0150.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

108 Ibid.

Ancak yukarıda da belirtildiği üzere yatırım tahkiminde hakem heyetlerinin genel uygulaması, bir yatırım anlaşmasının yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen ve hukuka aykırılığı öne sürülen eylemlerin yatırım anlaşmasının ihlalinin oluşturmayacağı yönündedir. Bu bakımdan bileşik eylemden oluşan ihlal kavramının yatırım tahkiminde uygulanması ve yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten önceki eylemlerin hakem heyetinin yargı yetkisi kapsamında kabul edildiği hâller sınırlı olmuştur. Hatta *MCI Power Group v Ecuador* davasında hakem heyeti yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen olayları, yalnızca yatırım anlaşması ihlallerinin arka planını ve uyuşmazlığı ortaya çıkaran koşulları değerlendirmek amacıyla sınırlı olarak yetkisi dahilinde kabul etmiştir.¹⁰⁹ Diğer bir ifadeyle, yürürlük tarihinden önceki olaylar yatırım anlaşmasının ihlalinin bir parçası olarak değerlendirilmemiştir.

Ata v Jordan davasında ise bileşik eylemden oluşan ihlal değerlendirmesine başvurmaya gerek bulunmamaktadır; çünkü ihkak-ı haktan imtina teşkil edebilecek mahkeme kararlarının her ikisi de Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra verilmiştir. Hatta belirtildiği üzere, FIDIC hakem kararının iptaline ilişkin mahkeme kararı, anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten tam 1 gün sonra verilmiştir.

Ata v Jordan kararında zaman bakımından yetkinin değerlendirilmesinde tartışmanın özünü, uyuşmazlığın nitelendirilmesi oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ATA ile APC arasındaki uyuşmazlığın meydana geldiği tarih ile Ürdün devlet mahkemesinin müdahalesi vasıtasıyla Ürdün devletinin uluslararası hukuk yükümlülüğünü ihlal tarihi aynı hususu ifade etmemektedir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın doğduğu tarihin anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten öncesi olduğuna ve zaman bakımından yetkisizliğe karar verildiği takdirde, ihlalin anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana geldiğine dayanılarak inceleme yapılmasına imkân bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere zaman bakımından yetkinin belirlenmesi kimi zaman oldukça karmaşık bir değerlendirme sürecine işaret etmektedir. Öncelikle en önemli hususlardan biri yatırım anlaşmalarında genellikle tanımı verilmeyen “uyuşmazlık”ın dava konusu olay özelinde nasıl nitelendirileceğidir. *Ata v Jordan* davasında bunun yanına, yatırımcının öne sürdüğü hakların bağımsız bir yatırım olup olmadığının değerlendirilmesi eklenmiştir.

Bununla birlikte taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının geçersiz sayılmasına ilişkin iddialar hakkında ise hakemler kendilerini zaman bakımından yetkili bulmuşlardır.¹¹⁰ Ürdün Temyiz Mahkemesi'nin taraflar arasındaki tahkim anlaşmasını ortadan kaldırmasını, mahkeme eylemi ile gerçekleştirilen bir ihlal olarak kabul etmişlerdir.

109 *MCI Power Group v Ecuador* (n 70) para 136.

110 *Ata v Jordan* (n 1) para 120.

Mahkemenin bu eyleminin, Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın lafzına ve ruhuna aykırı olduğu sonucuna varmışlardır.¹¹¹

ICSID hakemleri bu tespitlerden sonra; ATA ile APC arasındaki tahkim anlaşmasının geçerli hâle getirilmesine ve Ürdün devlet mahkemelerinde 19 numaralı baraja ilişkin görülen davanın da derhâl sonlandırılmasına, yargılama masraflarını tarafların eşit olarak karşılamasına karar vermiştir.¹¹²

III. ICSID Hakem Heyetinin Tazminat Dışında Verebileceği Kararlar ve Bunların Yerine Getirilmemesi Hâlinde Başvurulabilecek Yollar

A. ICSID Hakem Heyetinin Tazminat Dışında Verebileceği Kararlar

ICSID tahkiminde kararın ev sahibi devlette icrası için ayrı bir tenfiz prosedürüne ihtiyaç duyulmaması yatırımcı açısından önemli bir avantajdır. ICSID Konvansiyonu'nun 54. maddesine göre hakem kararı taraflar için bağlayıcıdır ve âkit devletlerde yerel mahkeme kararları gibi icra edilir.¹¹³ Ancak 54. madde ile öngörülen bu özel durum sadece, kararda yer alan parasal hükümlere ilişkindir.¹¹⁴ Diğer yandan ICSID hakem heyetinin, önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında karar verirken, hükmedebileceği onarım çeşitleri ICSID Konvansiyonu tarafından sınırlandırılmamıştır.¹¹⁵ Buna rağmen genellikle hakemlerce parasal kayıpları telafi etmeye yönelik maddi tazminata hükmedilmektedir.¹¹⁶ *Enron v Argentine* davasında¹¹⁷ hakemler bu durumu şu şekilde ifade etmişlerdir: “*bir kararda hem parasal hem de parasal olmayan konulara ilişkin tespitler yapılabilir ve parasal olmayan konulara ilişkin tespitler belirli bir davranışın gerçekleştirilmesini veya bir ihtiyati tedbiri içerebilir.*”¹¹⁸

Ata v Jordan davasında da hakemler bu doğrultuda şu hususlarda saptamalarda bulunmuştur:

- i) Ürdün devleti mahkemelerinin eylemi hukuka aykırı bir eylemdir. Bu yüzden bu hukuka aykırı eylemin bütün sonuçlarını ortadan kaldıracak nitelikte bir karar alınması gerekmektedir.¹¹⁹

¹¹¹ İbid para 125.

¹¹² İbid para 133.

¹¹³ Şanlı (n 12) 548.

¹¹⁴ ICSID Konvansiyonu m. 54: “*Her üye ülke bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi Devletin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir.*” Bkz Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, *Cilt II* (n 10) 122.

¹¹⁵ Doktrinde, hakemlerin üç türlü karar verebileceği belirtilmektedir. Bunlar; eski hâle iadeye yönelik kararlar, zarar karşılama yönelik tazminat kararları ve bir ihlalin/hukuka aykırı eylemin varlığını tespit eden kararlardır. Detaylı bilgi için bkz Christoph Schreuer, ‘Alternative Remedies in Investment Arbitration’ (2016) 3(1) *The Journal of Damages In International Arbitration* 1, 4 vd.

¹¹⁶ Christoph Schreuer, ‘Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration’ (2004) 20(4) *Arbitration International* 325, 329.

¹¹⁷ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v The Argentine Republic* (Decision on Jurisdiction) ICSID Case No ARB/01/3 (14 January 2004) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0290.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

¹¹⁸ İbid para 77.

¹¹⁹ *Ata v Jordan* (n 1) para 129.

- ii) Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen eylemin sonuçlarını tam olarak ortadan kaldırılması konusunda *Chorzow* davasında¹²⁰ yer alan standartların uygulanması gerekir. Bu uygulandığında, ATA'nın ortadan kaldırılan tahkime gitme hakkını geri kazandırmanın, eylemin bütün sonuçlarını ortadan kaldırıcı nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır.¹²¹
- iii) Sonuç olarak hakem heyeti kararda, Ürdün mahkemelerinde 19 numaralı baraja ilişkin görülmekte olan bütün davaların derhâl sonlandırılmasını ve ATA'nın 19 numaralı baraja ilişkin uyuşmazlığı tahkime götürme hakkının geri getirildiğine hükmetmiştir.¹²²

Karar incelendiğinde ilk göze çarpan husus, hakemlerce 19 numaralı baraja ilişkin ticari uyuşmazlık neticesinde alınan FIDIC hakem kararındaki tazminat tutarının ödenmesine ilişkin herhangi bir karar verilmemiş olmasıdır. Bunun nedeni, hakem heyetinin 19 numaralı baraja ilişkin uyuşmazlığı çözen FIDIC hakem kararı konusunda zaman bakımından bir inceleme yapmaya kendini yetkili görmemiş olmasıdır. Bu yüzden 19 numaralı baraj hakkında uyuşmazlığı çözebilecek nitelikte (maddi olarak) bir karar da vermeleri mümkün olmamıştır.

Chorzow standardının uygulanması, ICSID hakem kararının, ATA'nın ayrı bir yatırım olarak değerlendirilen tahkime gitme hakkının ihlalinden doğan tüm sonuçları onarıcı nitelikte olmasını gerekli kılar. “*Full Reparation*” olarak da adlandırılan bu standarda göre; karar, ihlalin bütün sonuçlarını ortadan kaldıracak nitelikte olmalı ve böyle bir ihlal hiç olmasaydı ne durumda olunacaksa o durumu tekrar tesis edebilecek nitelikte olmalıdır.¹²³ Kural bu olmakla birlikte eski hâle getirmenin mümkün olmayacağı durumlarda, zararın tazminat ödenmesi yolu ile karşılanması da kabul edilmektedir.¹²⁴ Zararın tazminat ödenmesi yolu ile karşılanmasında yine *Chorzow* davası ile getirilen, eylemin bütün hukuki sonuçlarını ortadan kaldırıcı nitelikte bir miktar hesaplanmalıdır.¹²⁵ Ayrıca ILC Maddeleri madde 30'da, devletin ihlale sebebiyet veren eylemi devam ediyorsa derhâl sonlandırılmasını ve eylemin bir daha tekrarlanmayacağını garanti altına alması da bir yükümlülük olarak öngörülmüştür.¹²⁶

120 *Germany v Poland, Case Concerning the Factory at Chorzow* Judgement No 13 (13 September 1928) (Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A. No 9).

121 *Ata v Jordan* (n 1) para 131.

122 *Ibid* para 132.

123 Pierre Bienvenu and Martin J. Valasek, ‘Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law’ in Albert Jan van den Berg (edn), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, Vol. 14 (Kluwer International Law 2009) 233.

124 Bu husus, ILC Maddeleri'nin *Chorzow* standardı benimsenerek hazırlanan 36. maddesinde de yer almaktadır: “**Tazminat** 1. Uluslararası hukuka aykırı eylem nedeniyle sorumlu olan devlet, zarar eski hale iade ile giderilemediği ölçüde, bu eylem ile yol açılan zararı tazmin etme yükümlülüğü altındadır. 2. Tazminat ispatlandığı takdirde kazanç kaybı dahil olmak üzere, parasal olarak değerlendirilebilir her türlü zararı kapsar.”

125 Bienvenu and Valasek (n 123) 235.

126 Christine Gray, ‘The Choice between Restitution and Compensation’ (1999) 10(2) *The European Journal of International Law* 413, 423.

Tekrar karara dönecek olursak, ATA'nın tahkime gitme hakkı eğer Ürdün Temyiz Mahkemesi'nce ortadan kaldırılmasaydı, 19 numaralı baraja ilişkin uyuşmazlık Ürdün devlet mahkemelerinde görülemeyecekti. Zira ATA tahkim itirazında bulunabilecekti. ICSID hakemleri ATA'yı eski pozisyonuna geri döndürmek için yerinde olarak tahkim anlaşmasını restore edip Ürdün mahkemelerinde görülmekte olan davaların da derhâl sonlandırılmasına karar vermiştir. Her ne kadar 2003 senesinden beri APC'de çoğunluk hisse Ürdün devletine ait olmasa da Ürdün devleti, APC'nin faaliyetlerinde hâlâ baskın bir rol oynamaktadır.¹²⁷ Yani Ürdün mahkemelerinin, ATA'nın tekrar ticari tahkime başvurması üzerine alacağı yeni FIDIC hakem kararını iptal etme ve Ürdün Tahkim Kanunu'na dayanarak tahkim anlaşmasını ortadan kaldırma ihtimali olacaktır. Ancak kanımızca bu ihtimal, ICSID hakemlerince haklı olarak, eski duruma getirme kararının alınması mümkün olmadığı şeklinde yorumlanmamıştır. ATA'nın tahkime gitme hakkının yeniden eski hâline getirilmesi, bu uyuşmazlığı çözmeye hakemlerce alınacak en uygun karar olmuştur.¹²⁸

Hakemlerin aldığı karar parasal bir yükümlülüğe ilişkin olmadığı için ICSID Konvansiyonu m. 54 kapsamında kendiliğinden âkit devletlerin yerel mahkemelerince verilmiş kararlar gibi icra edilemeyecektir.¹²⁹ Ancak bu durum, bu türden kararlara ev sahibi devletçe uymama konusunda bir serbestlik tanındığı anlamına gelmemektedir.¹³⁰ ICSID Konvansiyonu'nun 53. maddesi uyarınca taraflar hakem kararına uyma ve hükümlerini yerine getirme yükümlülüğü altındadırlar. ICSID hakem kararının tenfizine ilişkin bir sistem ise öngörülmemiştir. Tarafların karara uymaları, ICSID Konvansiyonu'ndan doğan bir yükümlülükleridir. Bu yüzden New York Konvansiyonu veya devletlerin iç hukuklarında yer alan tenfiz prosedürleri ICSID hakem kararlarına karşı işletilemeyecektir.¹³¹

ICSID hakem heyeti, ATA'nın tahkime gitme hakkının yeniden canlandırıldığına karar verdiğinde, bunun ne şekilde algılanması gerektiği konusunda da taraflar arasında bir anlaşmazlık çıkmıştır. Tarafların başvurusu üzerine hakemlerce kararın yorumuna ilişkin bir karar verilmiştir.¹³² Taraflar arasındaki anlaşmazlık; ATA'nın tahkime gitme hakkının eski hâline getirilmesinin taraflar arasında yeni bir tahkim anlaşması kurulacağı yönünde mi yoksa Ürdün Temyiz Mahkemesi'nce ortadan kaldırılan orijinal tahkim anlaşmasının yeniden varlık kazanacağı yönünde mi anlaşılması

127 *Ata v Jordan* (n 1) para 127.

128 Schreuer, 'Alternative Remedies' (n 115) 19.

129 Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair (n 21) 1136.

130 Vincent O Orlu Mehielle, 'Enforcing Arbitration Awards Under the International Convention for The Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)' 2001) 7(1) Annual Survey of International Law & Comparative Law 1, 30; Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair (n 21) 1106.

131 Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair (n 21) 1118; Mahmut Tevfik Bırsel, 'Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları' (2005) 7 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 13.

132 *ATA Construction, Industrial and Trading Company v The Hashemite Kingdom of Jordan*, Decision on Interpretation and on the Request for Provisional Measures, ICSID Case No ARB/08/2 (7 March 2011) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0044.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

gerektiği noktasında toplanmaktadır.¹³³ Hakemler kararında açıkça, ATA'nın tahkime gitme hakkının yeniden canlandırılmasının ATA ile APC arasındaki 02.05.1998 tarihli sözleşmede yer alan tahkim klozuna geçerlik tanınması şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Aksine bir yorumun ise yani taraflar arasında yeni bir tahkim anlaşmasının tesis edilmesinin, yetkilerini aşacağını belirtmişlerdir.¹³⁴

ATA'nın ikinci iddiası ise APC'nin tahkime gitme hakkının geri getirilmediği ve Ürdün Temyiz Mahkemesi tarafından ortadan kaldırıldığı, ICSID kararı ile sadece kendisinin tahkime gitme hakkının geri getirildiği ve bu yüzden olası bir tahkime sadece kendisinin başvurabileceği yönündedir. Bu konuda da hakemler, ICSID kararında APC'nin tahkime başvurma hakkının kaldırıldığına ilişkin bir hüküm olmadığını ve *Chorzow* standardının uygulanması ile durumun ihlalden önceki eski hâline getirilmesinin amaçlandığını (Ürdün Temyiz Mahkemesi eğer ATA ile APC arasındaki tahkim anlaşmasını ortadan kaldırmayı, her iki tarafın da hem tahkime başvurma hem de taraflardan birinin yerel mahkemelere başvurusu hâlinde tahkim itirazında bulunma hakkı olacaktı), bu yüzden bundan APC'nin tahkime başvurma hakkı olmadığı yönünde bir anlam çıkarılamayacağını ifade etmişlerdir.¹³⁵

Sonuç olarak, *Ata v Jordan* kararının bu konu bakımından taşıdığı en önemli özelliğin, ilk defa bir hakem kararı ile ev sahibi devletin mahkemelerinde görülmekte olan bir uyuşmazlığın sonlandırılmasına ilişkin yani ev sahibi devletin iç hukukundaki yargı sürecine dair bir karar verilmiş olması oluşturmaktadır.¹³⁶

B. ICSID Hakem Kararının Ev Sahibi Devletçe Yerine Getirilmemesi Hâlinde Yatırımcının Başvurabileceği Yollar

1. ICSID Konvansiyonu m. 27 Çerçevesinde Diplomatik Korumaya Başvurulması

Diplomatik koruma, bir devletin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini hukuka aykırı eylemleri ile ihlal etmesi üzerine diğer bir devletin uyuşunda bulunan gerçek veya tüzel kişilerin uğradığı zararlardan ötürü sorumluluğunun diplomatik yollarla veya diğer barışçıl yollarla çözülmesi için devletin girişimde bulunmasıdır.¹³⁷ Bu kapsamda diplomatik koruma çeşitli şekillerde yapılabilir. Devletler müzakere yolu, uluslararası bir mahkeme önünde dava açılması ve hatta kararı yerine getirmeyen

133 İbid para 36.

134 İbid para 41.

135 İbid para 43.

136 Goldhaber (n 55) 393.

137 Chittharanjan F Amerasinghe, *Diplomatic Protection* (Oxford University Press 2008) 334; Lucy Reed and Lucy Martinez, 'Treaty Obligation to Honor Arbitral Awards and Diplomatic Protection' in R Doak Bishop (edn), *Enforcement Of Arbitral Awards Against Sovereigns* (JurisNet LLC 2009) 25.

devlete yönelik, karşı önlemler (*countermeasures*)¹³⁸ alınmasına kadar farklı yollara başvurma imkânına sahiptir.¹³⁹

ICSID Konvansiyonu'nun 27. maddesine göre, “*Alınabilecek herhangi bir kararın karşı tarafta uyulmaması ve uygulanmaması hâli haricinde, bu sözleşme çerçevesinde hakemliğe başvurmuş ve rızalarını göndermiş hiçbir âkit devlet anlaşmazlığa muhatap olan kendi vatandaşlarına diplomatik koruma uygulayamaz ve uluslararası iddiada bulunamaz.*” Bu madde ile kural olarak, uyuşmazlığa muhatap olan yatırımcının uyuşmazlıkta bulunduğu devletçe diplomatik koruma yoluna başvurulması yasaklanmaktadır. Bunun istisnasını, ev sahibi devletin ICSID hakemlerince alınacak herhangi bir karara uymaması ve kararı uygulamaması hâli oluşturur.¹⁴⁰ ICSID Konvansiyonu ile prensipte diplomatik koruma yolunun dışlanması sebebi, yatırımdan doğacak uyuşmazlıkların politik veya siyasi yollarla çözülmesi yerine mümkün mertebe hukuki yollarla çözülmesini sağlamaktır.¹⁴¹

Ev sahibi devletin, ICSID hakem kararına uymaması veya kararı uygulamaması hâlinde, yatırımcının uyuşmazlıkta bulunduğu devlet tarafından diplomatik korumadan yararlandırılabilmesi mümkündür. Ancak bu prosedür uygulamada pek kullanılmamaktadır. Bunun ilk nedenini, diplomatik koruma uygulanması konusunda karar verme yetkisinin, yatırımcının uyuşmazlıkta bulunduğu devlete ait olması oluşturmaktadır. Eğer yatırımcının uyuşmazlıkta bulunduğu devlet bu süreci işletmek istemezse, yatırımcının bu mekanizmayı kullanarak ICSID kararının yerine getirilmesini sağlama imkânı olmaz.¹⁴² İkinci olarak, diplomatik koruma yoluna başvurulabilmesi için bunun şartlarının oluşması gerekir.¹⁴³ Ev sahibi devletin ICSID kararını yerine getirmediği her durumda diplomatik korumanın şartlarının oluştuğu sonucuna da kendiliğinden varılamamaktadır. Son olarak, diplomatik koruma neticesinde yatırımcı lehine değil onun uyuşmazlıkta bulunduğu devlet lehine bir çözüm sunulmaktadır.¹⁴⁴ Diplomatik koruma yolunun işletilmesi neticesinde ev sahibi devletin bir tazminat ödemesi yönünde uzlaşırsa bu ödeme doğrudan yatırımcıya değil, diplomatik korumayı işleten devlete yapılacaktır. Bu şekilde alınacak tazminatın, yatırımcıya aktarılması gerekmektedir birlikte, buna ilişkin herhangi bir garanti mekanizması ise bulunmamaktadır.¹⁴⁵

138 Devletlerin bir yatırım anlaşmasının ihlali karşısında karşı önlemlere başvurmalarının hukuka uygun olup olmadığı hakkında bkz Azaklı Köse (n 82) 235-257.

139 Jorge Vinales and Dolores Bentolila, ‘The Use of Alternative (Non-Judicial) Means to Enforce Investment Awards Against States’ in Laurence Boisson de Chazournes, Marcelo G Kohen and Jorge E Vinales (edn), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement: Assessing Their Interactions* (Brill 2012) 22.

140 Amerasinghe (n 137) 23; Gauthier Vannieuwenhuyse, ‘Bringing a Dispute Concerning ICSID Cases and the ICSID Convention Before the International Court of Justice’ (2009) 8(1) *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 115, 119.

141 Christoph Schreuer, ‘Investment Protection and International Relations’ in A Reinisch and U Kriebaum (edn), *The Law of International Relations, Liber Amicorum Hanspeter Neuhold* (Eleven Publishing 2007) 347.

142 Vinales and Bentolila (n 139) 22; Vannieuwenhuyse (n 140) 121.

143 Vinales and Bentolila (n 139) 23; Reed and Martinez (n 137) 26.

144 Amerasinghe (n 137) 319.

145 Vinales and Bentolila (n 139) 23.

Ata v Jordan kararı bakımından konu değerlendirildiğinde diplomatik koruma yoluna başvurulması, ICSID kararının icrasını sağlamak bakımından etkili bir yöntem olarak görülmemektedir.

2. ICSID Konvansiyonu m. 64 Çerçevesinde Doğrudan Uluslararası Adalet Divanına Başvurulması

ICSID Konvansiyonu'nun 64. maddesi âkit devletler arasındaki anlaşmazlıkların çözüm yolunu düzenlemektedir. Maddeye göre; “*Bu Sözleşmenin yorumundan veya uygulanmasından doğan ve görüşmelerle çözüme kavuşturulamayan âkit devletler arasındaki anlaşmazlıklar devletler başka bir çözüm yöntemi üzerinde anlaşmadıkları takdirde Uluslararası Adalet Divanına götürülür.*”¹⁴⁶ Bu madde Konvansiyona taraf devletlerce şimdiye kadar hiç işletilmemiştir.¹⁴⁷

Bu madde kapsamında Uluslararası Adalet Divanı'na (*International Court of Justice*-“UAD”) yapılacak başvurular, ICSID hakemlerinin verdiği kararın yerindeliğine/doğruluğuna ilişkin olamaz. Âkit devletler sadece ICSID Konvansiyonu'nun yorumdan veya uygulanmasından doğan meselelere ilişkin UAD'a gidebilirler. UAD, ICSID hakem kararlarına karşı bir temyiz mercii olarak nitelendirilemez ve bu amaçla kullanılamaz.¹⁴⁸

ICSID ve UAD arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmadığı için, UAD'nın vereceği kararların ICSID hakemlerini ne ölçüde bağlayıcı olacağı da tartışmalıdır. Ancak ICSID'e taraf devletler açısından bağlayıcı olacağı için, kararı yerine getirmeyen ev sahibi devlet üzerinde bir baskı unsuru oluşturacaklardır.¹⁴⁹ Ancak yatırımcının bu yolla ICSID kararını icra ettirmesi o kadar da kolay değildir. Öncelikle, ICSID Konvansiyonu kapsamında UAD'ye başvurma imkânı, yatırımcıya değil yatırımcının uyuğunda bulunduğu devlete tanınan bir haktır. Bu yüzden yatırımcının ilk olarak uyuğunda bulunduğu devleti bu yolu işletmek için ikna etmesi gerekir.¹⁵⁰ Ayrıca UAD'nın ICSID kararına uyulmasını emreden bir karar vermesi de tartışmalı olmakla birlikte mümkün gözükmemektedir. Çünkü UAD Statüsü'nde Divan'a belirli bir davranışın yapılmasını emretmeye yönelik karar verme yetkisi verilmemiştir.¹⁵¹

Ekleme gerekir ki 64. madde uyarınca UAD'da dava açma hakkı ile m. 27 çerçevesinde diplomatik koruma neticesinde UAD'da dava açılması arasında fark vardır. 64. madde kapsamında UAD'a yapılacak başvurularda mahkeme, ICSID

146 Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, *Cilt II* (n 10) 124.

147 Vannieuwenhuyse (n 140) 124; Schreuer, 'Investment Protection' (n 141) 348.

148 Vannieuwenhuyse (n 140) 122; Schreuer, 'Investment Protection' (n 141) 348.

149 Vannieuwenhuyse (n 140) 123.

150 Edward Baldwin, Mark Kantor and Michael Nolan, 'Limits to Enforcement of ICSID Awards' (2006) 23(1) *Journal of International Arbitration* 1, 21.

151 *Ibid* 22.

Konvansiyonu'na bir aykırılık olup olmadığı incelemesini yapacakken, diplomatik koruma neticesinde UAD'a başvurulması hâlinde, mahkeme ev sahibi devletin ICSID kararını uygulamaktan kaçınıp kaçınmadığı (diplomatik korumanın diğer şartlarının da oluşmuş olması gerekir) odaklı bir inceleme yapacaktır.¹⁵² Bir diğer fark ise diplomatik koruma yolu ile UAD'a sadece yatırımcıyı koruma hakkı sahibi olan yani uyuğunda bulunduğu devlet başvurabilecekken, m. 64 kapsamında UAD'a yapılacak başvurularda, ICSID Konvansiyonu m. 53'de yer alan âkit devletlerin ICSID'in kararına uyacağına ilişkin kuralı esas alınarak ICSID Konvansiyonu'na taraf bütün devletler başvurabilir.¹⁵³

3. Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması Çerçevesinde Başvurabilecek Yollar

Yatırım hukukunda devletlerin kendi aralarında akdettikleri iki taraflı yatırım anlaşmalarında genellikle taraflar arasında bir uyuşmazlık çıktığında bunun nasıl çözümleneceğine ilişkin hükümlere de yer verilir. Bu uyuşmazlık çözümlenme yöntemleri iki türlü uyuşmazlığı kapsar: Birincisi, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği konusu ve ikincisi, ev sahibi devlet ile yatırımcının uyuğunda bulunduğu devlet arasındaki yani anlaşmanın tarafları arasındaki uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği konusudur.¹⁵⁴

Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nda da bu yöntem benimsenmiş olup, VII. maddesinde¹⁵⁵ bir âkit taraf ile diğer âkit tarafın uyuğunda bulunan yatırımcı

152 Vannieuwenhuyse (n 140) 118.

153 Reed and Martinez (n 137) 24.

154 Schreuer, 'Investment Protection' (n 141) 349.

155 "Madde VII: Bir Taraf ile Diğer Tarafın Yatırımcısı Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

1. Taraflardan biri ile diğer Tarafın bir yatırımcısı arasındaki o yatırımcının yatırımı ile ilgili olarak çıkan ihtilaflar, yatırımcı tarafından ev sahibi Tarafa ayrıntılı bilgi içerecek şekilde yazılı olarak bildirilecektir. Mümkün olduğunca, yatırımcı ve ilgili Taraf bu uyuşmazlıkları, iyi niyetle karşılıklı görüşme ve müzakereler yoluyla çözümlenmeye çalışacaklardır.
2. Eğer uyuşmazlıklar, birinci paragrafta belirtilen yazılı bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde, bu yolla çözümlenemezse; yatırımcının seçebileceği aşağıdaki mercilere sunulabilir:
 - a) Her iki Tarafın da bu Sözleşmeye imzacı olmaları hâlinde, "Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü Sözleşmesi" ile kurulmuş olan Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkezi (ICSID),
 - b) Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)'un Tahkim Kurallarına göre bu maksatla kurulacak bir tahkim mahkemesi veya Yatırımcı, ihtilafa taraf olanın mahkemelerine uyuşmazlığı taşımış ve bir yıl içerisinde nihai karar verilmemiş ise,
 - c) Paris Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi
3. Tahkim kararı; uyuşmazlığın bütün tarafları için kesin ve bağlayıcı olacaktır. Her bir Taraf verilen kararın milli hukuku çerçevesinde yerine getirecektir." bkz Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, *Cilt II* (n 10) 803.

arasındaki uyuşmazlıkların çözümü ve VIII. maddesinde¹⁵⁶ âkit taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü konuları düzenlenmiştir. Doktrinde iki taraflı yatırım anlaşmasında bu şekilde iki farklı uyuşmazlık çözüm yolu öngörülmesinin, yatırımcı-devlet ve devlet-devlet arasında aynı anda görülecek iki tahkim yargılamasında, taleplerin yarışması hâlinde birtakım sorunlar ortaya çıkarabileceğine işaret edilmektedir.¹⁵⁷ Her ne kadar bu şekilde açılacak iki davanın tarafları aynı olmasa da aynı konuya ilişkin birbirinden farklı iki karar verilmesi riski mevcuttur. Bu yüzden devletlere iki taraflı yatırım anlaşmalarına bu durumu düzenleyici hükümler koymaları önerilmektedir.¹⁵⁸ Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nda bu sorunu engelleyici bir hüküm mevcuttur. VIII. maddesinin son fıkrası uyarınca eğer yatırımcı-devlet arasındaki bir uyuşmazlık uluslararası bir tahkim mahkemesine sunulmuşsa ve hâlâ mahkeme önündeysse, aynı taraf devletler arasındaki aynı uyuşmazlık başka bir uluslararası tahkim mahkemesine götürülemeyecektir.

ICSID hakem kararının tazminat dışında vereceği kararların yerine getirilmemesi problemi, görüleceği üzere hem ICSID Konvansiyonu'na hem de âkit devletler arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına bir aykırılık oluşturmaktadır. Zira Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşmasının VII. maddesinin son fıkrası; yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında yatırımdan doğan uyuşmazlığı çözen tahkim kararına, taraf devletlerin uyacağını ve bunların milli hukukları çerçevesince yerine getireceğini

156 "Madde VIII: Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

1. Taraflar, işbu Anlaşmanın yorumu ve uygulaması ile ilgili aralarındaki her türlü uyuşmazlığa iyi niyet ve işbirliği ruhu içinde, çabuk ve adil bir çözüm arayacaklardır. Bu bakımdan, Taraflar bu tür çözümlere ulaşmak için doğrudan ve anlamlı görüşmeler yapmayı kabul ederler. Eğer Taraflar, aralarında uyuşmazlığın başladığı tarihten itibaren altı ay içinde bu yöntemle uzlaşmaya varamazlarsa, uyuşmazlık Taraflardan birinin talebi üzerine, üç üyeli bir tahkim heyetine sunulabilir.
2. Talebin alınmasından itibaren iki ay içinde, her bir Taraf birer hakem tayin edecektir. Bu iki hakem üçüncü bir devlet vatandaşı olan üçüncü bir hakemi Başkan olarak seçeceklerdir. Taraflardan biri belirlenen süre içinde bir hakem tayin edemezse, diğer Taraf, Uluslararası Adalet Divanı Başkanından bu tayini yapmasını talep edebilir.
3. Eğer iki hakem, atanmalarından itibaren iki ay içinde Heyet Başkanının seçimi konusunda anlaşma sağlayamazlarsa, Heyet Başkanı, Taraflardan birinin talebi üzerine Uluslararası Adalet Divanı Başkanı tarafından seçilecektir.
4. Uluslararası Adalet Divanı Başkanı, işbu Maddenin ikinci ve üçüncü paragraflarında belirtilen hâllerde görevini yerine getirmekten alıkonulursa veya bu şahıs Taraflardan birinin vatandaşı ise seçim Başkan Yardımcısı tarafından yapılacaktır ve Başkan Yardımcısı da anılan görevi yerine getirmekten alıkonulursa veya Taraflardan birinin vatandaşı ise seçim Taraflardan birinin vatandaşı olmayan en kıdemli Divan üyesi tarafından yapılacaktır.
5. Tahkim Heyeti Heyet Başkanının seçildiği tarihten itibaren tercihen üç ay içinde, işbu Anlaşmanın diğer maddeleriyle tutarlı olacak şekilde usul kuralları üzerinde anlaşmaya varacaklardır. Böyle bir anlaşmanın sağlanmaması hâlinde, Tahkim Heyeti, genel olarak kabul görmüş uluslararası tahkim usulü kurallarını dikkate alarak, usul kurallarını tayin etmesini Uluslararası Adalet Divanı Başkanından talep edecektir.
6. Aksi kararlaştırılmadıkça, Başkanın seçildiği tarihten itibaren sekiz ay içinde, bütün beyanlar yapılacak, bütün duruşmalar tamamlanacak ve Tahkim Heyeti, hangisi daha sonra gerçekleşirse, son beyanlardan veya duruşmaların bittiği tarihten sonra iki ay içinde karara varacaktır. Tahkim Heyeti, nihai ve bağlayıcı olacak kararını oy çokluğu ile alacaktır.
7. Başkanın, diğer hakemlerin masrafları ve yargılama ile ilgili diğer masraflar Taraflarca eşit olarak ödenecektir. Bununla birlikte, Tahkim Heyeti giderlerin daha yüksek bir oranının Taraflardan biri tarafından ödenmesine re'sen karar verebilir.
8. Eğer bir uyuşmazlık, işbu Anlaşmanın VII. maddesi uyarınca bir uluslararası tahkim mahkemesine sunulmuşsa ve hâlâ mahkeme önündeysse, aynı uyuşmazlık işbu Madde hükümleri uyarınca başka bir uluslararası tahkim mahkemesine sunulmayacaktır. Bu, her iki Taraf arasında doğrudan ve anlamlı görüşmeler yoluyla bağlantı kurmayı engellemeyecektir." bkz Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, *Cilt II* (n 10) 803-804.

157 Schreuer, 'Investment Protection' (n 141) 349.

158 Ibid.

düzenlemektedir. Bu yüzden ICSID hakem kararının ev sahibi devletçe yerine getirilmemesi aynı zamanda taraflar arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına da aykırılık teşkil edecektir.

Sonuç

Yabancı yatırımcılar, ev sahibi devletin ülkesinde yaptıkları yatırımlar çerçevesinde meydana gelebilecek uyuşmazlıkların çözümü için çoğu zaman ev sahibi devlet veya devlet kuruluşu ile aralarındaki sözleşmeye ticari tahkim kaydı koymaktadırlar. Bu çerçevede bir uyuşmazlık çıktığı zaman yatırımcının tahkime başvurma hakkı ve tahkimden alacağı kararı ev sahibi devletin ülkesinde icra ettirebilmesi yatırımın korunması bakımından önemli olmaktadır. Ev sahibi devletçe yatırımcının ticari tahkime gitme hakkına veya ticari tahkimden aldığı kararın icra edilmesine bir müdahale söz konusu olduğunda, yatırımcının uluslararası yatırım hukuku kapsamında korunması söz konusu olabilmektedir. Çalışma kapsamında, bu ihtimalin tartışıldığı ve zaman bakımından yargı yetkisi ile tazminat dışı bir karara hükmedilmesi açılarından özgün tartışmalara yer verilen *Ata v Jordan* kararı incelenmiş olup şu sonuçlara varılmıştır:

1. Yatırımcının ev sahibi devlet ülkesindeki yatırımı kapsamında çıkan uyuşmazlıklar bakımından alınan ticari tahkim kararları, daha önce *Saipem v Bangladesh* kararında da kabul edildiği üzere, yatırımcının ev sahibi devletteki bütün yatırım faaliyetleri içerisinde yer alan bir değer olması sebebi ile bir yatırım olarak kabul edilmiştir. *Ata v Jordan* kararıyla yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım faaliyetine ilişkin olmaları kaydıyla ticari hakem kararları, birer yatırım olarak kabul edilmiştir.

2. Yatırımcının ev sahibi devletteki yatırım faaliyetleri çerçevesinde doğabilecek uyuşmazlıklar bakımından sahip olduğu ticari “tahkime gitme hakkı” kararda, bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmiştir. *Ata v Jordan* kararı, tahkime gitme hakkının bir yatırım değeri olarak kabul edildiği ilk karardır. Ayrıca tahkime gitme hakkının, yatırım faaliyetlerinden bağımsız olarak bir yatırım olduğunun kabulü, zaman bakımından yargı yetkisinin tespitinde farklı yönde karar verilmesine sebep olmuştur.

Hakemler, tahkime gitme hakkını yatırım olarak kabul ederken birtakım objektif şartlar taşıması gerekip gerekmediği yönünde herhangi bir tespitte bulunmamıştır. Ancak hakemlerin kendilerini bu uyuşmazlık bakımından *ratione materiae* yetkili görmeleri, tahkime gitme hakkının ICSID Konvansiyonu m. 25 anlamında bir yatırım olarak kabul edildiği sonucuna ulaşmamızı sağlamaktadır. Bu sonucun doğuracağı bir diğer tespit ise, hakemlerin ICSID Konvansiyonu m. 25 çerçevesinde yatırım kavramını sübjektif olarak tanımlamış olduklarıdır.

3. Kararda, tahkime gitme hakkının Ürdün Temyiz Mahkemesi tarafından ortadan kaldırılmasının Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması’ndan doğan

yükümlülükler çerçevesinde bir yatırım ihlali oluşturacağına karar verilmiştir. Bu karar ayrıca bir *devlet mahkemesinin* eylemleriyle iki taraflı yatırım anlaşmasını ihlal edebileceğini göstermesi bakımından da önemlidir.

4. New York Konvansiyonu'na aykırı olacak şekilde ticari hakem kararını tenfiz etmeme veya ticari tahkime gitme hakkını yok sayma, bir yatırım ihlali olarak kabul edilemez. ICSID, devlet mahkemelerinin New York Konvansiyonu'na aykırı uygulamalarının temyiz edileceği bir merci olarak görülemez. Ancak bu aykırılık aynı zamanda bir yatırım ihlali oluşturuyorsa ICSID'in böyle bir davayı görme bakımından yetkisi bulunabilir.

5. Yatırımcının, yapmış olduğu yatırım faaliyeti çerçevesinde ev sahibi devlet kontrolündeki şirket ile aralarındaki ticari tahkim kaydına istinaden almış olduğu ticari hakem kararının icra edilmemesi ve akabinde ev sahibi devlet mahkemelerince ticari hakem kararının iptal edilmesi konusunda hakem heyeti kendisini *ratione temporis* yetkisiz görmüştür. Ancak söz konusu yetkisizlik kararının alınmasında uyuşmazlığın nitelendirilmesi ve ticari hakem kararının esas yatırımdan bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmemesi belirleyici olmuştur. Diğer bir ifadeyle, hakem heyetinin konu bakımından yetkiye ilişkin tespitleri zaman bakımından yetkisizliğin temel gerekçesini oluşturmuştur. Oysa yatırım anlaşmasının ihlaline ilişkin yapılacak bir değerlendirmede ihkak-ı haktan imtina teşkil ettiği öne sürülen mahkeme kararları Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra verilmiştir. Üstelik ICSID hakem heyetlerinin önceki bazı içtihatları, bu konuda *Ata v Jordan* hakem heyetinin de tercih ettiği takdirde daha liberal bir yorumda bulunmasına imkân veren örneklerin bulunduğunu göstermektedir. Ayrıca bir iç hukuk enstrümanı olan sözleşmeden doğan uyuşmazlık, bir uluslararası anlaşma olan yatırım anlaşmasından doğan uyuşmazlık ile her zaman aynı hususu ifade etmemektedir. *Ata v Jordan* hakem heyeti ise hakem kararının iptaline ilişkin uyuşmazlığın, barajın yıkılmasından kaynaklanan uyuşmazlığa, diğer bir ifadeyle sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığa eş değer olduğu kanaatindedir.

6. ICSID tahkiminde, hakemlerce çoğunlukla yatırımcıya bir tazminat ödenmesine hükmedilen kararlar verilmektedir. *Ata v Jordan* kararında ise tarafların tahkime gitme hakkının canlandırılmasına ve Ürdün devlet mahkemelerinde görülmekte olan ticari davanın sonlandırılmasına karar verilmiştir. Karar bu açıdan, ICSID hakemlerinin esasında bir onarım biçimi olan eski hâle iadedden hareketle, çok çeşitli ve somut uyuşmazlığı çözmeye yönelik yaratıcı karar verebilmelerine örnek olmuştur. Böylelikle ICSID'in karar vermede ne kadar geniş yetkilere sahip olduğu da bir kez daha gözler önüne serilmiştir.

7. ICSID Konvansiyonu m. 54'te, hakemlerce verilecek tazminata ilişkin kararların ev sahibi devlette herhangi bir tenfiz kararına gerek olmaksızın o devletin kendi

mahkemelerinin kararları gibi icra edileceği kabul edilmiştir. Ancak *Ata v Jordan* kararında olduğu gibi hakemlerce tazminat dışında hükmedilen kararların icra edilmesi bakımından bu madde uygulama alanı bulmaz. Hakemlerce verilecek tazminat dışı kararların yerine getirilmemesi hâlinde bu durum, ev sahibi devletin tarafı olduğu bir uluslararası andlaşmanın ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu takdirde; uluslararası hukukta kabul edilen diplomatik koruma yolunun işletilmesi, ICSID Konvansiyonu m. 64 kapsamında doğrudan Uluslararası Adalet Divanı'na başvurulması ve Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması çerçevesinde öngörülen usulün işletilmesi ile kararın yerine getirilmesi sağlanmaya çalışılabilir. Ancak bahsedilen bu yollardan hiçbirisi ICSID Konvansiyonu m. 54'teki düzenlemeyle kabul edilen doğrudan icra edilebilme imkânının sağladığı kolaylığı ve güvenceyi karşılamamaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (4. Bs, Vedat Kitapçılık 2016)

Akkutay Aİ, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi* (Adalet Yayınevi 2013)

Amerasinghe CF, *Diplomatic Protection* (Oxford University Press 2008)

ATA Construction, Industrial and Trading Company v The Hashemite Kingdom of Jordan, Award, ICSID Case No ARB/08/2 (18 May 2010)

ATA Construction, Industrial and Trading Company v The Hashemite Kingdom of Jordan, Decision on Interpretation and on the Request for Provisional Measures, ICSID Case No ARB/08/2 (07 March 2011)

Ataman Figanmeşe İ, 'Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar' (2011) 31(1) MHB 91.

Avşar M, 'ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı' (2017) 37(2) MHB 95.

Azaklı Köse M, *Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu (BM Uluslararası Hukuk Komisyonu Tasarısı Kapsamında)* (Adalet Yayınevi 2021)

Baldwin E, Kantor M and Nolan M, 'Limits to Enforcement of ICSID Awards' (2006) 23(1) Journal of International Arbitration 1.

Bienvenu P and Valasek MJ, 'Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law' in Albert Jan van den Berg (edn), *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, Vol 14 (Kluwer International Law 2009)

Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking; United Nations Publication, New York, and Geneva, 2007.

- Birsel MT, 'Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları' (2005) 7 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1.
- Chaika I, *The Non-Enforcement of International Commercial Awards as a Violation of Bilateral Investment Treaties* (International Hellenic University LLM Thesis 2015)
- Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v The Republic of Ecuador*, Interim Award, UNCITRAL, PCA Case No 34877 (1 December 2008)
- Crawford J, 'Treaty and Contract in Investment Arbitration' (2008) 24(3) *Arbitration International* 351.
- Crawford J and Olleson S, 'The Application of the Rules of State Responsibility' in Marc Bungenberg and Jörn Griebel (eds) *International Investment Law* (Beck, Hart, Nomos 2015)
- Çalışkan Z, 'Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı' (2009) 29(1-2) MHB 85.
- Demirkol B, 'Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements and Awards in Investment Treaty Arbitration' (2015) 30(1) *ICSID Review* 56.
- Dingwall J and Haeri H, 'Jordan: ICSID Tribunals finds Jordan in Violation of its Investment Treaty Obligations' (2010) 4 *International Arbitration Law Review* 1.
- Dolzer R and Schreuer C, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012)
- Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, (2001) 2 (Part Two) *Yearbook of the International Law Commission*.
- Draguiev D, 'State Responsibility For Non-Enforcement of Arbitral Awards' (2014) 8(4) *World Arbitration & Mediation Review* 591.
- Ekşi N, *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası* (Beta 2009)
- Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/97/7 (25 January 2000)
- Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/01/3 (14 January 2004)
- Francioni F, 'Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law' (2009) 20(3) *The European Journal of International Law* 729.
- Gaffney JP, 'The Jurisdiction Ratione Temporis of ICSID Tribunals' (2007) 22(7) *MEALEY'S International Arbitration Report* 1.
- Gaillard E and Savage J (eds), *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999)
- Gattini A, 'Jurisdiction ratione temporis in International Investment Arbitration' (2017) 16(1) *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 139.
- GEA Group Aktiengesellschaft v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/08/16 (31 March 2011)
- Generation Ukraine INC v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/00/9 (16 September 2003)
- Germany v Poland, Case Concerning the Factory at Chorzow*, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A, No 9, Judgement No 13 (13 September 1928)
- Giray FK, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2. Bs, Beta 2013)
- Goldhaber MD, 'The Rise of Arbitral Power Over Domestic Courts' (2013) 1(2) *Stanford Journal of Complex Litigation* 374.

- Grabowski A, 'The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini' (2014) 15(1) *Chicago Journal of International Law* 289.
- Gray C, 'The Choice between Restitution and Compensation' (1999) 10(2) *EJIL* 413.
- Impregilo SpA v Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/3 (22 April 2005)
- Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipack SRL v Romania [I]*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No ARB/05/20 (24 September 2008)
- Island of Palmas Case* (Netherlands v USA) (1928) RIAA vol II, 829.
- Jaeger AV and Hök GS, *FIDIC-A Guide for Practitioners* (Springer 2010)
- Jan de Nul NV and Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/04/13 (16 June 2006)
- King B and Moloo R, 'Enforcement after the Arbitration: Strategic Considerations and Forum Choice' (Arbitrate Atlanta, 2013)
- Kronke H, 'Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention' (Kluwer Law International 2010)
- MCI Power Group LC and New Turbine, Inc v Republic of Ecuador*, Award, ICSID Case No ARB/03/6 (31 July 2007)
- Mehielle VOO, 'Enforcing Arbitration Awards Under The International Convention For The Settlement Of Investment Disputes (ICSID Convention)' (2001) 7(1) *Annual Survey of International Law & Comparative Law* 1.
- Mistelis LA, Award as an Investment The Value of an Arbitral Award or The Cost of Non-Enforcement (Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No 129, 2013)
- Mondev International Ltd v United States of America*, Award, ICSID Case No ARB(AF)/99/2 (11 October 2002)
- Moses ML, *The Principles and Practise of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008)
- Nalçacıoğlu Erden HZ, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma*, (On İki Levha 2015)
- Nomer E, Ekşi N ve Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I* (5. Bs, Beta 2016)
- Nomer E, Ekşi N ve Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar C. II* (2. Bs, Beta 2014)
- Partalçı R, 'Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü' (2016) 36(2) *MHB* 131.
- Paulsson J, *Denial of Justice in International Law* (Cambridge University Press 2005)
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk* (14. Bs, Turhan Kitabevi 2015)
- Priem C, 'International Investment Treaty Arbitration as A Potential Check for Domestic Courts Refusing Enforcement of Foreign Arbitration Award' (2013) 10(189) *NYU Journal of Law & Business* 190.
- Reed L and Martinez L, 'Treaty Obligation to Honor Arbitral Awards and Diplomatic Protection' in R. Doak Bishop (edn), *Enforcement Of Arbitral Awards Against Sovereigns* (JurisNet LLC 2009)
- Rosenfeld F, *Bridging the Gap between Investment and Commercial Arbitration* (Global Fellows Forum, New York University School of Law 2014)

- Saipem SpA v People's Republic of Bangladesh*, Award, ICSID Case No ARB/05/7 (30 June 2009)
- Schreuer C, 'Alternative Remedies in Investment Arbitration' (2016) 3(1) *The Journal Of Damages In International Arbitration* 1.
- Schreuer C, 'Investment Protection and International Relations' in A. Reinisch and U. Kriebaum (edn), *The Law of International Relations, Liber Amicorum Hanspeter Neuhold* (Eleven Publishing 2007)
- Schreuer C, 'Investments, International Protection' (2010) *Encyclopedia of Public International Law* 48.
- Schreuer C, 'Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration' (2004) 20(4) *Arbitration International* 325.
- Schreuer C, Malintoppi L, Reinisch A and Sinclair A, *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd edn, Cambridge University Press 2009)
- SGS Société Générale de Surveillance SA v Republic of the Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/6 (29 January 2004)
- Shany Y, 'Contract Claims Vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions On Multisourced Investment Claims' (2005) 99 *The American Journal Of International Law* 835.
- Siemens AG v The Argentine Republic*, Award, ICSID Case No ARB/02/8 (17 January 2007)
- Societe Generale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, SA v The Dominican Republic*, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, UNCITRAL, LCIA Case No UN 7927 (19 September 2008)
- Stern B, 'The Contours of the Notion of Protected Investment' (2009) 24(2) *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 534.
- Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları* (9. Bs, Beta 2015)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. Bs, Beta 2016)
- Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v The United Mexican States*, Award, ICSID Case No ARB (AF)/00/2 (29 May 2003)
- Tellez FM, 'Does the Annulment of Arbitral Awards By National Courts Engage State Responsibility Under International Law' (2013) 16(CAR) *CEPMLP Annual Review* 1.
- Tiryakioğlu B, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayındarlı 2003)
- Vannieuwenhuysse G, 'Bringing a Dispute Concerning ICSID Cases and the ICSID Convention Before the International Court of Justice' (2009) 8 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 115.
- Vinuales J and Bentolila D, 'The Use of Alternative (Non-Judicial) Means to Enforce Investment Awards Against States' in Laurence Boisson de Chazournes, Marcelo G Kohen and Jorge E Vinuales (edn), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement: Assessing Their Interactions* (Brill 2012)
- White Industries Australia Ltd v Republic of India*, Final Award, UNCITRAL (30 November 2011)
- Yılmaz İ, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID* (Beta 2004)
- Yu HL, 'A Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration' (2008) 1(2) *Contemporary Asia Arbitration Journal* 255.