

Enerji Şartı Sözleşmesi ve Yatırım Tahkimi¹

Dr. Sedat ÇAL²

1. Giriş

Enerji Şartı sürecinin tarihsel arka planı, yaklaşık yirmi yıl öncesinde Berlin Duvarı'nın yıkılması ve Sovyetler Birliği'nin çözülme sürecine girmiş bulunması ile bunların sonucunda Avrupa ve dünya politikası sahnesindeki esaslı bir değişikliğin ortaya çıkmasına dayanır. Bu gelişme, uluslararası siyasi arenada ekonomik ilişkilerin ve bu bağlamda özellikle enerji sektöründe işbirliğinin odak noktasını teşkil eden, benzersiz bir fırsatlar dizisi yaratmıştır.³

Bu yöndeki ilk adım, dönemin Hollanda başbakanı tarafından atılmış ve bir doğu-batı enerji işbirliği perspektifiyle hem Avrupa'nın gereksinim duyduğu enerjinin güvenli biçimde temin edilmesi, hem de doğal kaynak sahibi doğu bloku ülkelerinin ihtiyacı olan yatırımların gerçekleştirilmesinin önündeki engellerin kaldırılması temel amacından hareket edilmiştir.⁴ Başlıca hedef, böylece, her iki

¹ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) ile Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 14 Şubat, 2009 tarihinde İstanbul'da düzenlenen 2. Uluslararası Tahkim Sempozyumu'ndaki sunum kapsamında hazırlanmıştır. Bu çalışmada ileri sürülen görüşler, ancak yazarıyla irtibatlandırılabilir ve hiçbir şekilde Enerji Şartı Sekreteryası'nı veya üyelerini ilzam edecek şekilde yorumlanamaz.

² Kıdemli Uzman - Yatırımlar Direktörlüğü, Enerji Şartı Sekreteryası (Senior Expert - Investment Directorate, Energy Charter Secretariat), Brüksel. Eleştiri ve yorumlar için: cal@encharter.org veya sedatcal@gmail.com.

³ Bkz. Maniruzzaman, A. F. M.; Investment-State Dispute Resolution Under the Energy Charter Treaty: an Asian Perspective, OGEL, Vol. 2, No. 5, Aralık 2004, s. 1, 4.

⁴ Bkz. Doré, Julia / De Bauw, Robert; The Energy Charter Treaty – Origins, Aims and Prospects, The Royal Institute of International Affairs, Londra, 1995, s. 1 vd.

taraf arasında birlikte kazanma yaklaşımını öncelleyen bir işbirliğinin olarak dahiline konulabilmesi olmuştur.

Bu düşüncelerin uygulamaya ilk geçişi, 1991 yılında Hague’da imzalanmış olan bir siyasal bildiriyle olmuştur: Avrupa Enerji Şartı (AEŞ). Bildiri, aşağıdaki amaç ve ilkeler çerçevesinde enerji sektöründe işbirliğine yönelik – bağlayıcı (“*hard-law*”) nitelik içermeyen (yani, “*soft law*” niteliğindeki)⁵- siyasal bir yükümlenmeyi içermektedir:

- Açık ve etkin enerji piyasalarının geliştirilmesi;
- Özel yatırımların gerçekleşmesini ve özel girişimlerin katılımını sağlayacak koşulların oluşturulması;
- Katılımcılar arasında ayrımcılık yapılmaması;
- Doğal kaynaklar üzerinde devletlerin egemenliğinin kabulü;
- Çevreyi koruyan ve enerji verimliliğini öngören politikaların önem taşıdığına benimsenmesi.

AEŞ, anılan amaç ve ilkelerin uygun bir uluslararası hukuksal zemine kavuşturma gereğinden hareketle, 1992 yılında müzakerelere başlanmış ve AEŞ’ye taraf devlet temsilcilerinin yoğun çalışmalarının sonucunda hazırlanan metin, Enerji Şartı Sözleşmesi (Energy Charter Treaty) adı altında 17 Kasım, 1994 tarihinde Lizbon’da imzalanmıştır. Sözleşme, onaylayan devletlerin belirli bir sayıya ulaşmasını öngören hükmüne istinaden 1998 yılında yürürlüğe girmiştir.

Burada dikkati çeken nokta, siyasal bildiride “Avrupa” adına yer veriliyor ve böylece bir Avrupa girişimi olduğu vurgulanmış oluyorken, anılan Bildiri’ye dayanan uluslararası anlaşmada “Avrupa” kelimesinin artık kullanılmıyor olmasıdır. Böylelikle, daha küresel bir ölçekte gerçekleştirilmiş bir kurguya atıf

⁵ Chalker, James; Making the Investment Provisions of the Energy Charter Treaty Sustainable Development Friendly, s. 4. (http://sdla-npo.org/pub/2006_Energy_Charter_Treaty_SDLA_Friendly.pdf).

yapıldığı görülüyor. Nitekim, Bildirge'ye yol açan temel başlangıç noktasının da işaret ettiği gibi, doğu-batı ekseninde bir işbirliği sürecini sağlamayı teminen, doğu bloku ülkelerini ve bu arada Japonya ile birlikte ülkemizi de kapsayan bir coğrafyaya geçiş sözkonusudur. Buna ilaveten, EŞS sadece üyelerinin işbirliğiyle yetinmemekte ve gözlemci statüsü içerisinde diğer devletlere ve uluslararası kuruluşlara da yer vermek suretiyle, küresel alanda enerji işbirliğini harekete geçirici bir zemine katkı sağlamayı da –aynı zamanda- hedef tutmaktadır. Nihayet, EŞS yeni üyelerin katılımını da teşvik etmekte ve zaman içerisinde yeni üyelerin taraf olmasıyla daha geniş bir coğrafya üzerinde etkinlik sağlanması öngörülmektedir.

2. EŞS'nin Temel Özellikleri

EŞS'nin temel özellikleri şöyle özetlenebilir:

- Yatırımların korunması
- Enerjinin, enerji ürünlerinin veya enerjiye ilişkin ürünlerin DTÖ kurallarına dayalı ticareti
- Enerjinin transit geçiş serbestisi
- Enerji verimliliğinin geliştirilmesi
- Yatırımcı-devlet tahkimi ile devletlerarası tahkim dahil, uluslararası uyuşmazlık çözümü
- Geliştirilmiş hukuksal saydamlık.

Bunlara ilaveten, teknoloji transferi, mali piyasaların açılması, ve rekabet kurallarının geliştirilmesi gibi hususlarda devletlerarası işbirliğinin gerçekleştirilmesine yönelik yükümlülöklere de yer verilmektedir.

Böylece, EŞS, enerji sektörünün hemen tüm alanlarını (yatırım, ticaret, enerji verimliliği, uyuşmazlık çözümü) kapsayan bir çok taraflı uluslararası

andlaşma olarak ortaya çıkmıştır ve bu niteliğiyle halen de tek örnektir. Sözleşme, açık (serbest) bir piyasa yapısının ve enerji arz güvenliğinin desteklenmesi anlayışına dayanmakla birlikte, aynı zamanda da devletlerin doğal kaynaklar üzerindeki egemenlik haklarının korunması ilkesinden hareket etmektedir.

Bu meyanda özellikle dikkati çeken husus ise, şudur: Bir yanda, EŞS'nin liberal bir piyasa yapısı yönünde üye devletleri teşvik edici hükümlere yer verdiği görülüyor. EŞS'nin gerek Başlangıç ("*Preamble*") kısmında yer verilen "enerji yatırımlarını ve ticaretini serbestleştirmeye yönelik tedbirler yoluyla ekonomik gelişmeyi teşvik etmek yönündeki Avrupa Enerji Şartı insiyatifini uygulamayı isteyerek" tabiri ve gerek 2., 3. ve 6. maddeleri itibariyle, enerji sektöründe serbest piyasa modeline açıkça atıf yapılmaktadır.⁶

Ne var ki, diğer yandan da EŞS, üye devletlerin nasıl bir piyasa yapısına sahip olacaklarını kendilerinin belirleyeceklerini açıkça vurgulamaktadır. EŞS'nin buna yönelik 18. maddesi, üye devletlerin enerji sektöründeki kaynaklar üzerinde egemenlik haklarının saklı bulunduğunu belirtmekte, sadece bunların ticari esaslara dayanması yolunda teşvik edici davranma amacına yönelik hareket edileceği şeklinde bir genel ifadeye ancak yer vermektedir. Dolayısıyla, özelleştirme gibi bir zorunluluk öngörülmemektedir. Yine, 19. maddede de aynı yönde bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Buna göre, piyasa temelli fiyat mekanizmalarını teşvik edici yönde hareket edileceği anlayışı kabul görmekte, ancak, açık biçimde bağlayıcı bir yükümlülükten söz etme olanağı bulunmamaktadır.

EŞS'nin 10. maddesi uyarınca üye devletler, diğer üye devlet yatırımcılarına karşı, ikili yatırım andlaşmalarındaki uygulamaya benzer bir

⁶ Bkz. Enerji Şartı Sekreteryası, The Energy Charter Treaty and Related Documents – A Legal Framework for International Energy Cooperation, Brüksel, 2004, s. 39. Yine, EŞS'nde "... serbest bir enerji piyasası içerisinde adil rekabeti sağlayıcı..." ifadesine yer verilmektedir (bkz., İbid., s. 19). Keza, AEŞ Bildirgesi de "enerjide serbest ticaret"e atıf yapmaktadır (Bkz. İbid, s. 216, 217).

“asgari bir muamele standardını” kurgulama yükümlülüğü altındadır.⁷ Sözleşme’nin 14. maddesine göreyse, yatırımlardan doğan kâr transferlerinin piyasa fiyatı üzerinden ve serbestçe çevrilebilir döviz olarak ev sahibi ülkeden çıkarılması olanağı tanınmaktadır.⁸

Ne var ki, bir kez serbest piyasa modeline istinaden özel girişimlere kapı açıldıktan sonra, diğer üye devlet yatırımcılarının bu ülkede yatırım yapmalarına engel olunmaması yönünde kimi yükümlülükler de bulunmaktadır. Bu yükümlülükler, tam bağlayıcı olmamakla beraber, bunların ne derece bağlayıcılık içerdiği hususunun tartışmalı olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır.⁹ Özetle belirtmek gerekirse, bu türden yükümlülüklerin yabancı literatürde “*soft law*” niteliğinde bir yükümlülük olarak tanımlandığı görülmekte¹⁰, bunların bağlayıcılıklarının ise nihayetinde ancak tahkim davalarına konu olduğu taktirde görülebileceğine de bu minvalde değinilmektedir.¹¹ Sözgelimi, Walde’ye göre, EŞS’nin mevcut hükümleri irdelendiğinde anılan türdeki hükümlerin ne denli bağlayıcı olduklarına ilişkin kesin bir yargıya varmak zordur ve konu, bir tahkim

⁷ Bkz. Bamberger, Craig / Linehan, Jan / Walde, Thomas; The Energy Charter Treaty, içinde Energy Law in Europe, (Eds.) Martha M Roggenkamp / Anita Ronne / Catherine Redgwell / Inigo del Guayo, Oxford University Press, 2001, s. 177.

⁸ Bamberger / Linehan / Walde; The Energy Charter Treaty, içinde Energy Law in Europe, op. cit., s. 180.

⁹ Walde, Thomas W; International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty, içinde The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment & Trade, (Ed.) Thomas Walde, Kluwer Law International, 1996, s. 282, 283.

¹⁰ Bamberger, Craig S; Epilogue: The Energy Charter Treaty as a Work in Progress, içinde The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment & Trade, op. cit., s. 595.

¹¹ Walde, Thomas W; ‘International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty’, in The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment & Trade, (ed) Thomas Walde, Kluwer Law International, 1996, p 282, 283.

heyetinin bu hususu değerlendirmeye almayı kabul ederek incelemesine ve bir karara varmasına değin böylece kalabilecektir.¹²

Yatırım tanımı, EŞS'nde oldukça geniş bir biçimde yer almaktadır. Bu kapsamda yatırım kavramı, yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak kontrol edilen veya sahip olunan –her cinsten mülkiyet ile hisse veya diğer biçimlerde şirketler üzerindeki haklar, şirket tahvilleri veya bonoları, her tür alacak hakkı, ekonomik değeri haiz her türlü performans talep hakları, fikri mülkiyet hakları veya getirileri de dahil olmak üzere- her türlü “varlık” olarak tanımlanmaktadır.

Keza, EŞS m. 1'e göre, enerji sektöründe ekonomik bir faaliyeti yürütmek üzere yasaya dayanılarak verilen ruhsat veya izinler yoluyla yahut yasa veya sözleşme üzerinden tanınan her türlü hak, koruma kapsamındaki “varlık” anlamına gelmektedir.

“Enerji sektöründeki ekonomik faaliyet” ibaresi ise, bu sektörel kapsam dahilinde kalan ve yasal olarak yürütülen her türlü ekonomik faaliyetin koruma altına alınması sonucunu doğurmaktadır.¹³

3. EŞS ve Yatırımlara İlişkin Temel İlkeler:

Ayrımcılık yapmama ilkesi: Gerçekleştirilmiş bulunan yatırımlar için, yatırım sonrasındaki dönemler bakımından ayrımcılık yapmama ilkesi bağlayıcı bir nitelik kazanmaktadır.

¹² Walde, Thomas; Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty: From Dispute Settlement to Treaty Interpretation, Arbitration International, Vol. 12, No. 4, 1996, s. 454.

¹³ Bkz. Happ, Richard; Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty, Oil, Gas & Energy Law Intelligence (OGEL), Vol. 2, No. 5, Aralık 2004, s. 12.

Yatırım öncesi içinse, bağlayıcı olmayan nitelikte hükümlere yer verildiği görülmektedir. Buna göre, üye devletler, yatırım izinlerini verme konusunda kendi vatandaşlarına uyguladıkları çerçeveyi yabancılara da “tatbik etmeye yönelik çaba gösterecek”lerdir. EŞS m. 10(5) ise, bu konuda devletlerin “ilave ayrımcılık niteliğinde hüküm getirmemeye çaba gösterme (“*stand-still clause*”)” ile “mevcut ayrımcı hükümleri ortadan kaldırma (“*rollback clause*”) yönünde çaba gösterme” yükümlülüklerini getirmektedir.

Nihayet, m. 10(5), yatırım öncesi ayrımcılık yapmama yasağının getirilmesine yönelik olarak, EŞS bünyesinde yeni bir düzenlemeye gidilmesi yönünde “Ek Sözleşme” (“*Additional Treaty*”) müzakeresini de öngörmektedir. Bu yöndeki müzakereler 1995 yılında başlamış olmakla beraber, değişik nedenlerden ötürü başarıya ulaşamamış olup, halihazırda da müzakere sürecinden kaldırılmış durumdadır. Bununla beraber, üye devletlerin bu yönde siyasal iradelerinin belirmesi durumunda yeniden gündeme gelmesi de, doğal olarak, teknik anlamıyla olanak dahilindedir.

MFN ilkesi: Bir başka temel ilke olarak, en fazla müsadeye mazhar ülke (“*most favoured nation treatment*” – MFN) uygulaması öngörülmektedir. Böylece, bir üye devlete karşı tanınan ayrıcalıklar veya gerçekleştirilen uygulamanın, diğer üye devlet yatırımcılarına da yansıtılacağı anlayışı kabul görmüş durumdadır.

Adil Davranış Yükümlülüğü: EŞS’nin tahkim davalarında yer verilen en belirgin ilkelerinden birisi olarak adil davranış yükümlülüğüne (“*fair and equitable treatment*”) tesadüf edilmektedir. Bu hususta, devletlerin yatırımcıya karşı adil olmayan davranışlarının iddia edilebilmesi için, dava konusu edilen ihlallerin bütün olarak değerlendirildiğinde yeterli derecede ciddi bir ağırlık ve önem içermesi ile bunların yatırımcı üzerindeki etkilerinin de ağır olması ölçütleri gündeme gelmektedir.¹⁴

¹⁴ Bkz. Walde, Thomas W.; Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues, TDM, Vol. I, No. 2, Mayıs 2004.

4. EŞS ve Yatırım Tahkimi:

EŞS'nin "*hard law*" ve "*soft law*" hükümlerini birlikte içeren bir yapı arz etmesi, özellikle tahkim bağlamında önem taşımaktadır. Bu bağlamda, hükümlerin dikkatli biçimde okunması gerektiği, bağlayıcı ve (tahkim veya sair yollarla) icrası mümkün nitelik arz eden hükümlerin "*hard law*" hükmü olarak adlandırılabilceği belirtilmektedir.¹⁵

EŞS'nin 26 (3) maddesi uyarınca, EŞS'ne taraf olmakla devletlerin yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların tahkime götürülebilmesine önkoşulsuz rıza göstermiş oldukları yönünde bir kabulden hareket edilmektedir. Bunun, yatırımcı-devlet tahkimine ("*investor-state arbitration*") ilişkin 26. maddede yer verilen tahkim olanakları ve New York Konvansiyonu bakımından gerekli kılınan "tahkime gitmenin devletçe kabul edilmiş olunması" koşulunu karşılamaya yönelik olarak kurgulandığına değinilmektedir.¹⁶

Nihayet, her ne kadar EŞS m. 26'da yatırımcılar için çok geniş kapsamlı bir tahkim olanağına yer verilmiş olmakla beraber, yorum gerektiren pek çok hususun bulunduğu ve bu meyanda yatırımcıların bu kolaylığı ilave bir olanak şeklinde değerlendirerek, asıl tahkim kurgusuna yatırım sözleşmelerinde gitmelerinin de yerinde olacağı savunulmaktadır.¹⁷

Yatırımlara ilişkin olarak EŞS'nde bağlayıcı bir tahkim kurgusuna gidilmiştir. Esasen, yatırımların korunmasına ilişkin bu hükümler, benzer yönde

¹⁵ Chalker, Making the Investment Provisions of the Energy Charter Treaty Sustainable Development Friendly, op. cit., s. 6.

¹⁶ Bkz. Walde, Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty: From Dispute Settlement to Treaty Interpretation, op. cit., s. 450.

¹⁷ İbid., s. 465.

bir korumayı öngören ikili uluslararası andlaşmalarla aynı nitelikleri içermektedir. Buna göre, yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların çözümü, iki şekilde gündeme gelebilecektir: Devletlerarası veya yatırımcı-devlet arası uyuşmazlıklar.

Bunlardan ilki, EŞS'nin 27. maddesinde düzenlenmektedir. Bu meyanda, rekabet ile çevreye ilişkin uyuşmazlıkların bu madde kapsamı dışında kaldığına hemen değinelim.

Yatırımcı-devlet arası uyuşmazlıklar, ki asıl önem taşıyan ve uygulaması görülen bu türden uyuşmazlıklardan doğan tahkim olarak belirmektedir, EŞS'nin 26. maddesinde düzenlenmektedir.

EŞS, “tekerleği yeniden icat etmiş olmamayı teminen”¹⁸ uluslararası ikili yatırım andlaşmalarındaki mevcut kurguyu izlemiştir. Bu maddenin kapsadığı uyuşmazlıklar, mutlaka yatırımlara ilişkin Bölüm III'te yer alan hükümlerin ihlali halinde geçerlik kazanmaktadır. Sözelimi, sermayeye erişim konusuna yönelik yükümlülüklerin ihlaline anılan bölümde yer verilmediğinden, buna dair bir ihlalin m. 26 kapsamında tahkime götürülebilmesine de olanak bulunmamaktadır.¹⁹

Yatırımcılar ile devlet arasındaki uyuşmazlıklarda ilk kural, uyuşmazlığın taraflar arasında uzlaşmaya gidilerek çözümünü teminen görüşmelerde bulunulmasıdır. Üç ay içerisinde bu yöntemle bir mutabakatın sağlanamaması halinde, bu defa yatırımcı bakımından konuyu tahkime taşımak olanağı doğmaktadır.

Yatırımcı açısından, tahkime gitme yönünde öncelikle üç ayrı yonteme başvurulması mümkündür: Ya ev sahibi ülke mahkemelerine gidilecek, ya da

¹⁸ Enerji Şartı Sekreteryası, The Energy Charter Treaty – A Reader's Guide, Brüksel, 2002, s. 52.

¹⁹ Bkz. İbid..

devletle mutabakata varılmış ayrı bir çözüm yöntemi var ise bu olanaktan yararlanılacak, yahut yatırımcı-devlet tahkimine gidilecektir.²⁰

Yatırımcı-devlet tahkimi bakımından da, EŞS, üç ayrı seçimlik olarak tanımaktadır. Buna göre, yatırımcılar, uyuşmazlığı ICSID, UNCITRAL hakem mahkemesi veya Stockholm Ticaret Odası tahkimine götürebilecektir. Uyuşmazlığa uygulanacak hukuk ise, EŞS m. 26(6) uyarınca, EŞS ile uluslararası hukukun ilke ve kuralları olacaktır.²¹

Öte yandan, tahkim sonucunda verilen kararın kesin ve tarafları bağlayıcı olduğu, keza, faiz içerebileceği de EŞS m. 26(8)'de belirtilmektedir. EŞS m. 26(5)(b)'ye göre de, tahkim sonunda verilen kararların icrasının bu yöndeki New York Konvansiyonu uyarınca gerçekleştirileceği yönünde bir hüküm getirilmiş durumdadır.

Nihayet, EŞS bağlamında tahkim kararlarının sadece tazminat ödenmesi şeklinde cereyan etmeyebileceği de dikkat çekici bir tesbit şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu meyanda, EŞS'nin tahkime ilişkin hükümlerinin, –genel olarak hakem kararlarında hangi nitelikte hükümler verileceğine değinilmemesine karşın- m. 26(8)'de yer verilen -istisnai nitelikteki- “tazminata hükmedileceği” kısıtından hareketle, “aynen ifa” yahut “eski hale iade (“*restitution*”)” yönünde bir hakem kararı verilebileceği şeklinde yorumlandığı görülmektedir.²²

²⁰ Bkz. Cremades, Bernardo M.; Arbitration under the ECT and other Investment Protection Treaties: Parallel Arbitration Tribunals and Awards, OGEL, Vol. 3, No. 2, Haziran 2005, s. 1.

²¹ Yatırım tahkimi bağlamında gündeme gelen “uygulanacak hukuk” konusunun, Türk hukukunda 1999 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri sonrasındaki durum itibarıyla olası sonuçlarına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Sedat; Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayını, 2008, s. 59-61.

²² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Walde, Thomas W.; Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty, Conference on Energy-Arbitration, Gulf Arbitration Centre, Ekim 1998, s. 17, 18.

- “Şemsiye” hükümler

Öğretide “şemsiye” hüküm (“*umbrella clause*”) adı verilen hukuksal düzenleme vasıtasıyla, yatırım yapılan ülkenin yabancı yatırımcıya karşı bir ticari sözleşme içerisinde veya ruhsat vb. gibi türlü düzenlemeler üzerinden vermiş bulunduğu taahhütlerinden hareketle, idare ile yatırımcı arasında imzalanan “ticari sözleşme”den kaynaklanan bir uyuşmazlığın “andlaşma tahtında” bir uyuşmazlığa dönüştürülebilmesi yönünde uygulamalara gidilebilmektedir. Buna yönelik tartışmalar, ilk kez *SGS v. Pakistan* davası vesilesiyle literatürdeki yerini almıştır.²³ EŞS m. 10 (1) de, bu yönde bir “şemsiye” hükme yer vermiş durumdadır.

Öğretide, bahse konu hükümlerin işlevine ilişkin olarak farklı görüşlere tesadüf edilmektedir. Bu kapsamda, anılan hükümlerin yatırımcı ile ev sahibi ülke arasındaki her türden sözleşme ihlalinin kendiliğinden uluslararası hukuk tahtında bir andlaşma ihlaline dönüştüreceğini savunanlar olduğu gibi, ancak ve sadece egemen gücün kullanımı derecesindeki sözleşme ihlallerinin andlaşma ihlali olarak addolunabileceği yönünde daha ılımlı bir orta yolu izleyenlere de tesadüf edilmekte, giderek sözleşme ihlallerinin hiç bir koşul altında andlaşma ihlaline dönüşemeyeceği yolunda diğer bir uç fikri savunan yazarların da olduğu görülmektedir.²⁴

²³ Lowe, Vaughan; Changing Dimensions of International Investment Law, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No 4/2007, Mart 2007, s. 130.

²⁴ Bu konudaki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yannaca-Small, Katia; Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, OECD Working Papers on International Investment, No. 2006/3, Ekim 2006, s. 7-9.

Sonuç itibariyle, “şemsiye” hükümlerinin ticari sözleşmedeki tüm uyuşmazlıkları “andlaşma hukuku”na dönüştürdüğü yolunda görüşlerin dile getirildiği²⁵ görülmekle beraber, bu konunun hâlâ belirsizliğini koruduğu ve bu itibarla “sisler içinde kaldığı”²⁶ söylenebilir.

EŞS ile ilgili olarak bu meyanda hemen değinmek gerekirse, m. 26 (3)(c) uyarınca üye devletlere bu madde kapsamında uluslararası tahkime izin verilmiş olma kaydından bağışık tutulabilme yönünde beyanda bulunma hakkı tanınmıştır. Nitekim, Türkiye Cumhuriyeti bu yönde bir beyanda bulunmamış olmakla beraber, Avustralya, Macaristan ve Norveç’in bu olanaktan yararlandığı görülmektedir (bkz. EŞS, Ek IA).

- Tahkim ve EŞS’nin Geçici Uygulanması

EŞS, kendi içerisinde geçici olarak uygulanması yönünde dikkat çekici bir düzenlemeye gitmektedir.²⁷ Bu meyanda hemen belirtmek gerekirse, esasen, uluslararası andlaşmaların geçici uygulanması, uluslararası hukuk tahtında tartışılmalı bir konudur. Yabancı literatürden bir görüşte de bu durum teyid edilmekte ve geçici uygulanan bir andlaşmanın ne ölçüde haklar ve

²⁵ Gaillard, Emmanuel; Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses, New York Law Journal, Vol. 234, No. 68, 6 Ekim, 2005, s. 3.

²⁶ Goldhaber, Michael D.; Wanted: A World Investment Court, The American Lawyer: Focus Europe, Yaz 2004, s. 2.

²⁷ EŞS’nin geçici uygulanması ve bunun yatırım tahkimi de dahil olmak üzere ne tür sorunlar ve tartışmalar doğurduğuna ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Sedat; Reciprocity and Provisional Application Under the Energy Charter Treaty: Legal Aspects, içinde European Energy Law Report – 2008, Energy & Law Series, European Energy Law Report VI, Intersentia Yayınevi (anılan kitap, Mart 2009’da yayımlanmak üzere halihazırda basım aşamasındadır).

yükümlülükler doğuran yahut bağlayıcı bir nitelik taşıdığı hususunun, uluslararası hukukta halihazırda tam bir açıklık içermediğine değinilmektedir.²⁸

EŞS'nin 45. maddesine göre, üye devletler EŞS'ni yürürlüğe girdiği aşamaya değin uygulama yükümlülüğüne girmektedir, meğer ki kendi hukuk düzenlerinde EŞS'nin hükümlerine aykırı bir yerel hüküm düzenleme bulunsun. EŞS, ayrık düzenleme itibariyle bununla da kalmamakta ve ilaveten, isteyen devletin Sözleşme'ye taraf olurken bu hükmün kendisine uygulanmaması yönünde irade beyan edebileceğini de vurgulamaktadır. Nitekim, EŞS bağlamında –bu yönde beyanda bulunan ülkelerden onay sürecini tamamlayarak EŞS'nin yürürlüğe koymamış- halihazırda üç ülke (Avustralya, İzlanda ve Norveç) bulunmaktadır.

Bu yönde beyanda bulunmamakla EŞS'ni geçici uygulamayacağını kabul etmiş, aynı zamanda da EŞS'ni onaylayarak yürürlüğe koymamış durumda ise, sadece iki ülke bulunmaktadır: Rusya Federasyonu ve Beyaz Rusya Cumhuriyeti. Bu resmin pratik sonucu ise, EŞS'ni geçici uygulayan konumundaki bu iki ülkedeki –diğer üye devletlerin yatırımcılarına ait- yatırımlar bakımından –tahkim hükmü de dahil olmak üzere- EŞS hükümlerinin ne derece uygulanabilirlik kazandığı hususu üzerindeki tartışmalarda konunun düğümlenmekte olmasıdır.

Nitekim, Rusya Federasyonu aleyhine kimi yatırımcılar tarafından EŞS bağlamında götürülmüş ve halihazırda hakem heyetince görülmekte bulunan bir tahkim davası bulunmaktadır. Bu davada varılacak sonuç, esasında EŞS tahtında öngörülmüş bulunan geçici uygulamanın bağlayıcılığı üzerinde de berraklık sağlayabilecektir.

28 Handke, Susann / de Jong, Jacques J.; Energy as a Bond: Relations with Russia in the European and Dutch Context, Netherlands Institute of International Relations, Clingendael International Energy Programme, Eylül 2007, s. 55.

- Tahkim kararları arasındaki uyumsuzluklar

Tahkim kararları arasında ortaya çıkan çelişkili kararlar ve bir temyiz merciinin bulunmayışı dolayısıyla bu çelişik kararların doğmasına engel olunamaması hususu, yatırım tahkimi kurgusuna yönelik önemli eleştirilere neden olmaktadır. Nitekim, bu meyanda yabancı literatürden bir görüşte değinildiği üzere, “son beş yılda yatırım uyuşmazlıklarına dair çok sayıda çelişkili kararlar ortaya çıkmıştır.”²⁹

Yine, aynı yönde tesbitlerde bulunan ve tahkim hukukunda uyumlu kararlar verme sorununa ilişkin “Üç Tahkim, Bir Sorun, Üç Çözüm” başlıklı dikkat çekici bir makalesi bulunan Prof. Stern’e göre, uluslararası tahkime ilişkin hakem kararları çerçevesinde 20 tahkim, bir sorun ve 20 çözümün ortaya çıkması potansiyeli bulunmaktadır.³⁰

Bu konuya ilişkin bir değerlendirmede, farklı hakem kararlarına yol açan etmenler arasında farklı ikili yatırım andlaşmalarında değişik ifade veya hükümlerin olmasının etken olduğu, EŞS’nin tüm üye devletlerin yatırımcılarına yönelik tek bir metin içeriyor olmasının bu anlamda yeknesaklığı sağlamaya yardımcı olacağı ileri sürülmektedir.³¹ Bu itibarla, EŞS’nin bu yönde bir katkısından sözedilebilir.

- Kamulaştırma

²⁹ Franc, Susan D.; The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing International Law Through Inconsistent Decisions, Fordham Law Review, Vol. 73, 2005, s. 1558.

³⁰ Prof. Stern’den aktaran: Goldhaber, Wanted: A World Investment Court, op. cit., s. 3.

³¹ Bkz. D’Agostino, Justin / Jones, Oliver; Energy Charter Treaty: a Step towards Consistency in International Investment Arbitration?, Journal of Energy & Natural Resources Law, Vol. 25, No. 3, 2007, s. 225-243.

İkili yatırımların korunması andlaşmalarında olduğu gibi, EŞS'nin de başlıca koruma getiren hükmü, kamulaştırma durumunda yatırımcının etkin korunmasına ilişkindir. Doğal olarak, kamulaştırmaya ilişkin bir yasaklama sözkonusu değildir, haklı veya haksız olsun, üye devletlerin kamulaştırmaya gitmeleri olanağı bulunmaktadır. Ancak, her durumda yatırımcının yeterli ölçüde ve tatmin edici bir biçimde tazmininin sağlanması amacı güdülmektedir. Kamulaştırma kavramının içeriği kapsamına hangi hususların gireceği ise, gerek yatırım kavramına ve gerek maruz kalınan davranışın niteliğine bağlı olarak kararlaştırılabilecek bir husus halinde ortaya çıkmaktadır.³²

- “Posta kutusu” şirketlerine ve diplomatik ilişkisi bulunmayan ülkelerin yatırımcılarına yönelik düzenleme

EŞS'nin 17. maddesi, EŞS kapsamında tahkime bağlı kılınan III. Bölüm'ün hangi durumlarda uygulanamaz hale geleceği yönünde dikkat çekici –ve pek çok ikili yatırım andlaşmalarında rastlanmayan- bir açıklığı kurgulamaktadır. Bunlardan birisi, yatırımcıların münhasıran tahkim koruması sağlamak amacıyla yabancı üye devletlerde şirket kurması ve fakat temel olarak bu yabancı üye ülkede etkinlik göstermemekte olması haline yönelik düzenleme getirmektedir. İkincisi ise, diplomatik ilişki içerisinde bulunmayan iki devletin ve nihayet bir üçüncüsü olarak da bir diğer üye devletle ticari ilişkilerin kurulmaması şeklinde bir kural konulmuş olması haline yönelik düzenleme getirmektedir.

Şu halde, anılan madde hükmüne göre, bir üye devlet, bir diğer üye devlette kurulan şirketlerin bu ikinci ülkede esaslı bir ticari faaliyetinin bulunmaması halinde, yahut anılan ikinci üye devletle diplomatik ilişkisinin bulunmaması durumunda, nihayet bu ülkenin yatırımcılarıyla ticari ilişki

³² Bu hususlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Schreuer, Cristoph H.; The Concept of Expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties, Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, (Ed.) Clarisse Ribeiro, Juris Publishing, 2006, s. 108-159.

kurulmaması yönünde bir kural koymuş bulunmakta ise, bu ikinci ülkenin yatırımcılarının, yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin Bölüm III hükümlerinden yararlanamayacağı yönünde itiraz hakkına sahip kılınacağını öngörmektedir.

5. Nihai Değerlendirme

Sonuç olarak değinmek gerekirse, EŞS kendi içerisinde bir tahkim kurgusu öngörmemekte ve diğer ikili yatırım anlaşmalarındaki benzer bir yatırım tahkimi yapısına müracaat etmektedir. Bunun pratik sonucu ise, diğer anlaşmalar kapsamında ortaya çıkan tahkim kararlarının doğrudan veya dolaylı etkilerinin EŞS üzerinden ortaya çıkan tahkim kararlarında da doğabilmesi olasılığıdır.

Diğer yandan, EŞS'nin yatırımcı tanımı veya diğer ilke ve hükümlerinin kapsamı bağlamında farklı sonuçların –görelilik olarak- doğacağı ise kuşkusuzdur. Halihazırdaki –bilinen- yirmi adet yatırımcı-devlet tahkimi niteliğindeki davanın ileride ne tür bir resim ortaya koyacağı henüz bilinmemekle beraber, özellikle “yarı bağlayıcı” hükümleri itibarıyla EŞS kapsamındaki tahkim kararlarının tartışmalara neden olabileceği de, ileriye yönelik bir olası düşünce turunun kapsamında yer işgal etmeye adaydır.