

İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ICSID YATIRIM TAHKİMİNDE AVRUPA
KOMİSYONU'NUN
AMICUS CURIAE MÜDAHALELERİNİN ETKİLERİ

MUSTAFA CİHAD ÇEVİK

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ALİ YEŞİLİRMAK

İSTANBUL, 2024

İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ICSID YATIRIM TAHKİMİNDE AVRUPA
KOMİSYONU'NUN
AMICUS CURIAE MÜDAHALELERİNİN ETKİLERİ

MUSTAFA CİHAD ÇEVİK

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ALİ YEŞİLİRMAK

İSTANBUL, 2024

TEZ ONAY SAYFASI

Bu tez tarafımızca okunmuş olup kapsam ve nitelik açısından, Özel Hukuk alanında yüksek lisans derecesini alabilmek için yeterli olduğuna karar verilmiştir.

Tez Jürisi Üyeleri

Unvanı – Adı Soyadı

Kanaati

İmza

_____	_____	_____
_____	_____	_____
_____	_____	_____

Bu tezin İbn Haldun Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü tarafından konulan tüm standartlara uygun şekilde yazıldığı teyit edilmiştir.

Tarih

Mühür/İmza

AKADEMİK DÜRÜSTLÜK BEYANI

Bu çalışmada yer alan tüm bilgilerin akademik kurallara ve etik ilkelere uygun olarak toplanıp sunulduğunu, söz konusu kurallar ve ilkelerin zorunlu kıldığı çerçevede, çalışmada özgün olmayan tüm bilgi ve belgelere, alıntılama standartlarına uygun olarak referans verilmiş olduğunu beyan ederim.

Adı Soyadı: Mustafa Cihad Çevik

İmza:



ÖZ

ICSID YATIRIM TAHKİMİNDE AVRUPA KOMİSYONU'NUN AMICUS CURIAE MÜDAHALELERİNİN ETKİLERİ

Çevik, Mustafa Cihad

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Öğrenci Numarası: 204055001

Open Researcher and Contributor ID (ORC-ID): 0000-0002-8963-3546

Ulusal Tez Merkezi Referans Numarası: 10633889

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ali Yeşilirmak

June 2024, 141 Sayfa

Bu tez, Avrupa Komisyonu'nun ICSID yatırım tahkiminde amicus curiae müdahalelerinin etkilerini incelemektedir. Amicus curiae, "mahkemenin dostu" olarak, mahkemeye veya hakem heyetine tarafsız ve uzman görüşü sunarak yardımcı olan kişi veya kurumları ifade eder. Tezde, Avrupa Komisyonu'nun AB içi yatırım uyuşmazlıklarında amicus curiae olarak müdahil olmasının hukuki ve pratik sonuçları ele alınmaktadır.

Tez, Komisyon'un müdahalelerinin AB içi yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde nasıl bir rol oynadığını ve AB hukukunun uluslararası yatırım tahkimine entegrasyonunu sağlama amacını analiz etmektedir. Avrupa Komisyonu, 2006 yılında *Eastern Sugar* davası ile başlayan ve *Electrabel v. Hungary* gibi önemli davalarda devam eden müdahaleleri ile AB içi yatırım anlaşmalarındaki yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm hükümlerinin geçersiz olduğunu savunmaktadır. Ayrıca, ABAD'ın *Achmea* ve *Komstroy* kararları, AB içi yatırım tahkim mahkemelerinin yargı yetkisini geçersiz kılarak, AB hukukunun üstünlüğünü vurgulamaktadır.

Araştırma, doküman analizi ve karşılaştırmalı analiz yöntemleri ile yürütülmüştür. Tez, Komisyon'un amicus curiae müdahalelerinin ICSID yatırım tahkimi üzerindeki hukuki ve ekonomik etkilerini değerlendirmekte ve hakem heyetlerinin bu müdahalelere verdiği tepkileri incelemektedir. Özellikle, AB içi yatırım tahkim

süreçlerinde hukuki belirsizliklerin giderilmesi ve AB hukukunun uygulanabilirliğinin artırılması için öneriler sunulmaktadır.

Sonuç olarak, Avrupa Komisyonu'nun ICSID yatırım tahkimi mekanizmasındaki amicus curiae müdahaleleri, AB içi uyuşmazlıklarda AB hukukunun üstünlüğünü sağlama stratejisinin bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Bu müdahaleler, AB içi yatırım tahkim süreçlerinin daha şeffaf ve öngörülebilir olmasına katkı sağlamakta, ancak aynı zamanda uluslararası yatırımcılar ve AB üyesi devletler arasında hukuki ihtilaflara ve yatırım akışlarında belirsizliklere yol açmaktadır. Bu bağlamda, daha açık ve net yasal düzenlemeler yapılması ve uluslararası yatırımcıların haklarını koruma konusunda etkili mekanizmaların geliştirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: AB Hukuku, Achmea Kararı, Amicus Curiae, Avrupa Komisyonu, ICSID Tahkimi, Yatırım Uyuşmazlıkları.

ABSTRACT

THE IMPACT OF THE EUROPEAN COMMISSION'S AMICUS CURIAE PARTICIPATION IN ICSID INVESTMENT ARBITRATION

Çevik, Mustafa Cihad

MA in Private Law Program

Student ID: 204055001

Open Researcher and Contributor ID (ORCID): 0000-0002-8963-3546

National Thesis Reference Number: 10633889

Thesis Supervisor: Prof. Ali Yeşilirmak

June 2024, 141 Pages

This thesis examines the impact of the European Commission's amicus curiae interventions in ICSID investment arbitration. Amicus curiae, meaning "friend of the court," refers to individuals or organizations that assist the court or arbitral tribunal by providing impartial and expert opinions. The thesis addresses the legal and practical consequences of the European Commission's involvement as an amicus curiae in intra-EU investment disputes.

The thesis analyzes how the Commission's interventions play a role in resolving intra-EU investment disputes and aims to integrate EU law into international investment arbitration. The European Commission argues that investor-state dispute resolution provisions in intra-EU investment agreements are invalid, starting with the *Eastern Sugar* case in 2006 and continuing with significant cases such as *Electrabel v. Hungary*. Additionally, the ECJ's *Achmea and Komstroy* rulings emphasize the supremacy of EU law by invalidating the jurisdiction of intra-EU investment arbitration tribunals.

The research employs document analysis and comparative analysis methods. The thesis evaluates the legal and economic impacts of the Commission's amicus curiae interventions on ICSID investment arbitration and examines the arbitral tribunals' responses to these interventions. Specifically, it offers recommendations for reducing

legal uncertainties and enhancing the applicability of EU law in intra-EU investment arbitration processes.

In conclusion, the European Commission's amicus curiae interventions in the ICSID investment arbitration mechanism are seen as part of a strategy to ensure the supremacy of EU law in intra-EU disputes. These interventions contribute to making intra-EU investment arbitration processes more transparent and predictable but also lead to legal conflicts and uncertainties in investment flows between international investors and EU member states. Therefore, there is a need for clearer and more precise legal regulations and the development of effective mechanisms to protect the rights of international investors.

Keywords: Achmea Ruling, Amicus Curiae, EU Law, European Commission, ICSID Arbitration, Investment Disputes,

TEŞEKKÜR

Yüksek lisans tezim boyunca bana destek olan ve katkıda bulunan herkese içtenlikle teşekkür ederim.

Öncelikle, bu çalışmanın her aşamasında bana rehberlik eden, değerli bilgi ve deneyimleriyle tezime yön veren danışman hocam Prof. Dr. Ali Yeşilirmak'a sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Onun desteği ve sabrı olmasaydı bu çalışmayı tamamlamak mümkün olmazdı.

Ayrıca, tez jürisinde yer alarak değerli geri bildirimleri ve önerileriyle çalışmamın gelişmesine katkı sağlayan Prof. Dr. Ersin Erdoğan ve Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Oğuz Tuna'ya teşekkür ederim.

Tez çalışmam süresince ihtiyaç duyduğum kaynakları ve verileri sağlamada yardımcı olan Dr. Ömer Faruk Kafalı hocama da özel olarak teşekkür etmek isterim. Onun desteği, bu çalışmanın zenginleşmesine büyük katkı sağlamıştır.

Ailem ve arkadaşlarıma, bu süreç boyunca bana gösterdikleri sabır, anlayış ve motivasyon için minnettarım. Özellikle değerli eşim Av. Sena Argıllı Çevik ve biricik kızım Ekin Çevik'e, zor zamanlarımda yanımda oldukları ve bana verdikleri destek için derin teşekkürlerimi sunuyorum.

Son olarak, bu tezin hazırlanmasında emeği geçen ve bana destek olan herkese teşekkür ederim. Onların katkıları olmadan bu çalışma tamamlanamazdı.

Mustafa Cihad Çevik
İSTANBUL, 2024

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iv
ABSTRACT	vi
TEŞEKKÜR	viii
İÇİNDEKİLER	ix
TABLolar LİSTESİ	xiii
KISALTMALAR LİSTESİ	xiv
BÖLÜM I GİRİŞ	1
1.1. Tezin Konusu	1
1.2. Tezin Amacı	1
1.3. Tezin Kapsamı	1
1.4. Yöntem	2
1.5. Literatür Değerlendirmesi ve Boşluk.....	2
BÖLÜM II AMICUS CURIAE	4
2.1. Tanımı	4
2.2. Tarihçesi ve Evrimi	5
2.3. Amicus Curiae Kurumunun Milli Mahkemelerde Görünümü	7
2.3.1. İngiliz Mahkemelerinde Amicus Curiae	7
2.3.2. ABD Federal Mahkemeleri ve Yüksek Mahkemesi'nde Amicus Curiae	11
2.4. Uluslararası Mahkemeler Nezdinde Amicus Curiae.....	16
2.4.1. Uluslararası Adalet Divanı	16
2.4.2. Avrupa Birliği Adalet Divanı	17
2.5. Uluslararası Yatırım Tahkiminde Amicus Curiae Kurumu ve Örnekleri	18
2.5.1. Giriş.....	18
2.5.2. DTÖ Nezdinde Amicus Curiae: US-Shrimp.....	19
2.5.3. Amicus Başvurularının Yatırım Tahkiminde Görülmeye Başlanması: NAFTA 11. Bölüm Tahkim Davaları	21
2.5.4. FTC Beyanı	24
2.5.5. Kamusal Katılım, Şeffaflık ve Demokratik Unsur Eksikliği	25
2.6. ICSID Yatırım Tahkiminde Amicus Curiae	27
2.6.1. Giriş.....	27
2.6.2. ICSID Yatırım Tahkiminde Amicus Curiae Başvurularının Başlangıcı: Suez v. Arjantin	28
2.6.3. Kural 37(2) ve Amicus Curiae Müdahalesi İçin Getirilen Şartlar	31

2.6.3.1. Başvurucunun Heyete Yardım Etme Kabiliyeti.....	31
2.6.3.2. Başvurunun Uyuşmazlık Kapsamında Kalması.....	32
2.6.3.3. Amicus'un Kayda Değer Bir Menfaatinin Mevcudiyeti.....	32
2.6.3.4. Tahkim Konusu Uyuşmazlığının Kamusal Bir Menfaati İlgilendirmesi ..	32
2.6.3.5. Tahkim Sürecinin Adil ve Etkin Bir Biçimde Yürütülmesi.....	32
2.6.3.6. Amicus'un Tarafsız ve Bağımsız Olması	33
2.7. Türk Hukukunda Amicus Curiae'ya İzin Verilir mi?	33
BÖLÜM III AVRUPA KOMİSYONU'NUN ICSID YATIRIM TAHKİMİ	
DAVALARINA AMICUS CURIAE MÜDAHALELERİ.....	36
3.1. Komisyon'un Genel Olarak Yatırım Tahkimi Davalarına Müdahaleleri	36
3.1.1. Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü Mekanizmasına Kısa Bir Bakış.....	36
3.1.2. AB İçi Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Mekanizması ve Komisyon'un Amicus Rolü.....	37
3.1.3. Komisyon'un AB İçi Yatırım Tahkimi Davalarına Amicus Curiae Müdahalesi	41
3.1.3.1. Eastern Sugar Davası	42
3.1.3.2. Achmea Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü Davasında Komisyon Tarafından Sunulan Amicus Görüşü.....	44
3.1.3.2.1. Komisyon AB Dışı BIT'ler ile AB içi BIT'ler Arasında Fark Olduğunu Vurgulamaktadır.	46
3.1.3.2.2. Komisyon AB içi BIT'lerin Ayrımcılık Yarattığını Vurgulamaktadır. .	47
3.1.3.2.3. Mahkeme ve Hakem Mekanizmalarının Yarışması Hususu.....	48
3.1.3.2.4. Hollanda-Slovak BIT'nin Feshedilmesi Komisyon Tarafından Arzu Edilse De VCLT M.59 Kapsamında Fesih Söz Konusu Değildir.....	48
3.1.3.2.5. Komisyon VCLT m.30(3) Kapsamında Hollanda-Slovak BIT Hükümlerinden Bazılarının Uygulanmayacağını Öne Sürmektedir.	49
3.1.4. ABAD Tarafından Verilen Achmea Kararı	50
3.2. Komisyon'un ICSID Yatırım Tahkimi Davalarına Amicus Curiae Müdahalesi.....	55
3.2.1. Perspektif	55
3.2.2. Achmea Kararı Öncesi Komisyon Tarafından Yapılan Amicus Curiae Başvurularına Genel Bir Bakış	59
3.2.3. Achmea Kararı Öncesi Komisyon Tarafından Sunulan Amicus Görüşlerinin İçeriği	64
3.2.3.1. Electrabel v. Hungary	64
3.2.3.1.1. Yasa Dışı Devlet Desteği	66

3.2.3.1.2. Topluluk ve EŞA Arasındaki İlişki	68
3.2.3.1.3. Yargı Yetkisi İtirazı.....	69
3.2.3.1.4. Hakem Kararının İnfazı ve Topluluk Hukuku	71
3.2.3.1.5. Pozisyonlar ve Karar	72
3.2.3.2. Micula v Romanya	74
3.2.3.2.1. Komisyon Tarafından Sunulan Amicus Curiae Görüşü	74
3.2.3.2.2. Pozisyonlar ve Karar	75
3.2.3.3. Blusun v İtalya	76
3.2.3.3.1. Genel Olarak	78
3.2.3.3.2. AB Hukuk Düzeni ve AB Hukukunda Yatırım Koruması.....	78
3.2.3.3.3. Üye Devletler Arasında EŞA Kapsamında Karşılıklı Yükümlülükleri..	79
3.2.3.3.4. Pozisyonlar ve Karar	80
3.2.3.4. Eiser v İspanya	81
3.2.3.5. NextEra Energy v İspanya	82
3.2.3.5.1. Tarafların Pozisyonları.....	82
3.2.3.5.2. Komisyon Tarafından Sunulan Amicus Görüşü ve Karar	83
3.2.3.6. Masdar Solar v İspanya	84
3.2.4. Achmea Kararı Sonrası Komisyon Tarafından Yapılan Amicus Curiae Başvurularına Genel Bir Bakış	86
3.2.5. Achmea Kararı Sonrası Komisyon Tarafından Sunulan Amicus Görüşlerinin İçeriği	92
3.2.5.1. BayWa v İspanya, Stadtwerke v İspanya, RWE v İspanya, Belenergia v İtalya, Eskosol v İtalya, Cavalum v İspanya, OperaFund v İspanya, ESPF v İtalya	93
3.2.5.1.1. Genel Olarak Komisyon Tarafından Sunulan Amicus Curiae Görüşleri	94
3.2.5.1.2. Hakem Heyetlerinin İşbu Davalarda Achmea Kararı Hakkında Düşünceleri	96
3.2.5.2. Eiser v. İspanya İptal Yargılamasında Sunulan Komisyon Amicus Dilekçesi	98
3.2.5.3. 15 Ocak 2019 Tarihli Deklarasyon ve 5 Mayıs 2020 Tarihli Fesih Antlaşması.....	102
3.2.5.4. ABAD Tarafından Verilen Komstroy Kararı.....	106
3.3. Komisyon Amicus Curiae Müdahalelerinin Hakem Heyetlerinin Yargı Yetkisi Bakımından Etkisi.....	111
3.3.1. Achmea ve Komstroy Kararlarının Devletin Tahkim İçin Daimi Teklifine Etkisi	112

3.3.1.1. NYC Çerçevesinde Uygulanacak Hukuk Bakımından Yargı Yetkisi.....	113
3.3.1.2. Green Power v İspanya	115
3.3.2. Komisyon Amicus Curiae Müdahalelerinin ICSID Yatırım Tahkiminde Yargı Yetkisine Etkisi	117
BÖLÜM IV SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	122
4.1. Tezin Önemli Bulguları ve Bunların Analizi	122
4.1.1. Araştırmanın Ana Bulgularının Özeti ve Analizi.....	122
4.1.1.1. Komisyon'un Amicus Curiae Müdahaleleri	122
4.1.1.2. Komisyon Müdahalelerinin Yargı Yetkisi Üzerindeki Etkileri	123
4.1.1.3. ABAD Kararlarının ve AB Hukukunun Yatırım Tahkimine Etkisi.....	123
4.1.1.4. Komisyon'un Amicus Curiae Müdahalelerinin Pratik Sonuçları	124
4.1.2. Bulguların Hukuki ve Ekonomik Sonuçları	124
4.1.2.1. Hukuki Sonuçlar	124
4.1.2.2. Ekonomik Sonuçlar	124
4.2. Değerlendirme ve Analiz	125
4.2.1. Bulguların Değerlendirilmesi ve Analizi	125
4.2.1.1. Komisyon Stratejisi ve AB Hukukunun Üstünlüğü	125
4.2.1.2. Hakem Heyetlerinin AB Hukukuna Yaklaşımı.....	125
4.2.1.3. ABAD Kararlarının Yatırım Tahkimine Etkisi.....	126
4.2.2. Araştırmanın Öneminin ve Etkisinin Değerlendirilmesi.....	126
4.2.2.1. Araştırmanın Önemi.....	126
4.2.2.2. Araştırmanın Etkisi	126
4.2.2.3. Geleceğe Yönelik Öneriler.....	126
REFERANSLAR.....	128
ÖZGEÇMİŞ.....	141

TABLÖLAR LİSTESİ

Tablo 3.1. Komisyon Tarafından Yapılan Amicus Curiae Başvuruları.....	86
---	----



KISALTMALAR LİSTESİ

AB	Avrupa Birliği
ABA	Avrupa Birliği Antlaşması
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ABİHA	Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ARB	Arbitration
BIT	İkili Yatırım Antlaşması
bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
Bs.	Baskı
DSU	DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Usulleri Hakkındaki Mutabakat Metni
DTÖ	Dünya Ticaret Örgütü
Ed	Editör
EŞA	Enerji Şartı Antlaşması
FTC Beyanı	Uyuşmazlığın Tarafı Olmayan Üçüncü Taraf Katılımı Beyanı
GATT	Genel Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Anlaşması
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IACHR	Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi
ICC	Uluslararası Ticaret Odası
ICSID	Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi
Komisyon	Avrupa Komisyonu
m.	madde
NAFTA	Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması
par.	Paragraf
SCC	Stockholm Ticaret Odası
STK	Sivil Toplum Kuruluşu
sy.	Sayı
UNCITRAL	Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
v	versus
vd.	ve devamı

BÖLÜM I

GİRİŞ

1.1. Tezin Konusu

Bu tez, Avrupa Komisyonu'nun (Komisyon) Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) yatırım tahkiminde *amicus curiae* müdahalelerinin etkilerini incelemektedir. *Amicus curiae*, Latince "mahkemenin dostu" anlamına gelen ve genellikle mahkemeye veya hakem heyetine, tarafsız ve uzman görüşü sunarak yardımcı olan kişi veya kurumları ifade eder.¹ Tezde, Komisyon'un Avrupa Birliği (AB) içi yatırım uyuşmazlıklarında *amicus curiae* olarak müdahalede bulunmasının hukuki ve pratik sonuçları ele alınmaktadır. Bu bağlamda, Komisyon'un müdahale stratejileri, ICSID tahkim mahkemelerinin bu müdahalelere verdiği tepkiler ve AB hukukunun uluslararası yatırım tahkimine entegrasyonu analiz edilmektedir.

1.2. Tezin Amacı

Tezin amacı, Avrupa Komisyonu'nun ICSID yatırım tahkiminde *amicus curiae* olarak üstlendiği rolün kapsamını ve etkilerini ortaya koymaktır. Bu çerçevede, Komisyon'un AB içi yatırım uyuşmazlıklarında *amicus curiae* müdahaleleri aracılığıyla AB hukukunun üstünlüğünü sağlamaya yönelik politikalarını ve bu politikaların uluslararası yatırım tahkimindeki yansımalarını değerlendirmek hedeflenmektedir. Ayrıca, Komisyon'un müdahalelerinin yatırımcı-devlet tahkimi üzerindeki hukuki ve ekonomik etkileri incelenecektir.

1.3. Tezin Kapsamı

Bu tez, özellikle Komisyon'un ICSID yatırım tahkiminde *amicus curiae* olarak yaptığı müdahaleleri incelemektedir. Komisyon'un müdahaleleri, *Eastern Sugar* davasından

¹ Deniz Gürçan, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda *Amicus Curiae* İncelemesi" (Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022), 1.

başlayarak *Electrabel v. Macaristan* ve diğer önemli davalar çerçevesinde ele alınacaktır. Ayrıca, *Achmea* ve *Komstroy* gibi ABAD kararlarının Komisyon'un müdahalelerine ve AB içi yatırım tahkimine etkisi de değerlendirilecektir. Bu kapsamda, Komisyon'un AB içi BIT'lerin geçersizliği ve ICSID tahkiminde AB hukukunun uygulanması yönündeki argümanları analiz edilecektir.

1.4. Yöntem

Tezde, doküman analizi ve karşılaştırmalı analiz yöntemleri kullanılacaktır. Öncelikle, Komisyon'un *amicus curiae* müdahalelerine ilişkin ICSID kararları ve ilgili ABAD kararları incelenecektir. Daha sonra, bu kararların yatırım tahkimi üzerindeki etkileri karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir. Bu değerlendirme sürecinde, Komisyon'un müdahalelerinin hukuki ve ekonomik sonuçları detaylı bir şekilde analiz edilecektir. Ayrıca, literatür taraması yapılarak, konuyla ilgili akademik çalışmalar ve raporlar incelenecektir.

1.5. Literatür Değerlendirmesi ve Boşluk

Amicus curiae müdahaleleri ve Komisyon'un rolü üzerine yapılan çalışmalar, genellikle genel tahkim süreçlerine ve ulusal mahkemelere odaklanmaktadır. Ancak, Komisyon'un ICSID tahkimindeki spesifik müdahaleleri ve bu müdahalelerin AB içi yatırım tahkimine etkileri üzerine yapılan çalışmalar sınırlıdır. Bu tez, bu alandaki boşluğu doldurmayı ve Komisyon'un müdahalelerinin uluslararası yatırım tahkimi üzerindeki etkilerini kapsamlı bir şekilde analiz etmeyi amaçlamaktadır. Literatür taraması sonucunda, Komisyon'un müdahalelerinin AB hukukunun uluslararası yatırım tahkimine entegrasyonunu sağlama sürecindeki rolü ve bu sürecin yatırımcılar üzerindeki etkileri üzerine yapılan çalışmalarda eksiklikler olduğu görülmüştür.

Bu kapsamda, tez, Komisyon'un müdahalelerinin hem hukuki hem de ekonomik boyutlarını ele alarak, uluslararası yatırım tahkiminde AB hukukunun uygulanabilirliği konusundaki mevcut literatüre katkı sağlamayı hedeflemektedir. Ayrıca, ABAD kararlarının Komisyon'un müdahaleleri üzerindeki etkilerini değerlendirerek, bu kararların uzun vadeli sonuçlarını tartışmayı amaçlamaktadır. Bu değerlendirme, gelecekteki araştırmalar ve politika geliştirme süreçleri için önemli

bilgiler sunacaktır. Amicus kurumunun uluslararası yatırım tahkiminde elde ettiği rol oldukça yenidir ve Türk hukukunda karşılığı olmayan amicus curiae Türkiye’de yeterince tartışılmamıştır. Her ne kadar işbu tezin konusu bakımından kurum, Komisyon ve ICSID Yatırım Tahkimi özelinde ele alınacak olsa da aşağıda amicus curiae’nın tarihsel gelişimi ve ulusal ve uluslararası örnekleri irdelenecektir.



BÖLÜM II

AMICUS CURIAE

2.1. Tanımı

Amicus curiae Latince ifadesi “mahkemenin dostu” manasına gelmektedir². *Amicus* (dost, arkadaş) kelimesi *amare* (sevmek, aşık olmak, keyif almak) fiilinden türetilmiştir. *Curia* (mahkeme, meclis) ismin yalın haliyle *curiae* (mahkemenin, meclisin) ismin genitif (tamlayan, -in) halidir. Amicus curiae, “Anlaşmazlığın doğrudan tarafı olmayan ancak hakem heyeti tarafından dava konusuyla ilgisi nedeniyle dilekçe sunma hakkı verilen dava dışı üçüncü kişi”³ olarak tanımlanmaktadır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere amicus curiae ifadesi bir kişiyi veya kurumu ifade etmektedir. *Amici curiae* veya *amici* ise ifadenin çoğuludur.

Amicus curiae (mahkemenin dostu) ifadesi ile yargılamaya taraf olmayan kişi kastedilmektedir.⁴ Zira, yargılamaya taraf olan kişinin mahkemenin dostu olması söz konusu değildir. Burada amicus ifadesi ile söz konusu kişi ya da kurumun taraflara değil de yargılamayı yapan makama yakın olduğu ve bu nedenle tarafsız olması gerektiği anlaşılmaktadır. Amicus curiae, amicus factionis (friend of the party / tarafın dostu) değildir ve olmamalıdır⁵.

Amicus curiae başvurusu veya görüşü ifadesi ile mahkemeye amicus curiae'nın sunduğu kendi bilgi ve görüşlerini içeren dilekçe kastedilmektedir.⁶ Amicus curiae kişi

² Mithat Tercan, “Devletin Yatırım Dışı Yükümlülükleri Bağlamında ICSID Tahkiminde Üçüncü Kişilerin Tahkim Yargılamasına Müdahalesi” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2012), 18.

³ Serhat Eskiörük, *Ulaslararası Tahkim Sözlüğü*, 1. Baskı, Legal Hukuk Kitapları Serisi 741 (İstanbul: Legal Yayıncılık A.Ş., 2024), 24.

⁴ Gürçan, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Amicus”, 4.

⁵ Alexis Mourre, “Are Amici Curiae the Proper Response to the Public’s Concerns on Transparency in Investment Arbitration?”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 5, sy 2 (2006): 269, <https://doi.org/10.1163/157180306778150614>.

⁶ *Amicus brief* ifadesi “Mahkeme veya tahkim heyetinin izni ile dava dışı 3. kişiye beyan sunma hakkı verilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Eskiörük, *Ulaslararası Tahkim Sözlüğü*, 47; Bir başka makalede ise “amicus curiae yazıları” şeklinde ifade edilmektedir. İnci Ataman-Figanmeşe, “Milletlerarası Ticari

veya kurumu ifade ederken söz konusu kişi veya kurumların sunduğu dilekçeler ise amicus curiae dilekçesi veya amicus dilekçesi/görüşü şeklinde ifade edilmektedir. Amicus curiae'nın yargılamaya dahil olması ise literatürde genel olarak amicus katılımı veya müdahalesi şeklinde ifade edilmektedir.

Amicus curiae, Roma hukukundan günümüze kadar gelen bir kurum olup uyuşmazlığın tarafı olmasa da dilekçe sunmasına, görüş bildirmesine veya başka bir şekilde yargılamaya katılmasına izin verilen kişiyi ifade eder. Amici, günümüzde ise genel olarak kamusal yararı önceleyen STK'lar şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁷.

2.2. Tarihçesi ve Evrimi

Amicus curiae kurumunun kökeni araştırıldığında genelde verilen cevabın Roma hukuku olduğu söylenir.⁸ Amicus curiae'nın “mahkemenin takdiri ile, mahkemelerin uzman olmadığı ya da bilgi sahibi olmadığı hukuki konularda bilgi sağladığı”⁹ ifade edilir. Bu tanım göz önüne alındığında, Roma hukukunun günümüze ulaşan kayıtlarında, genel kanının aksine, modern anlamda bir amicus curiae kurumunun mevcut olmadığı görülmektedir.¹⁰ Bouvier'in Hukuk Lügati içerisindeki amicus curiae tanımından yapılan “hatalı atıflar zincirinin”¹¹ söz konusu yaygın inanışa sebep olduğu iddia edilmektedir.

Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 31, sy 1 (10 Ocak 2012): 94, 140.

⁷ Gary Born ve Stephanie Forrest, “Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 34, sy 3 (01 Ekim 2019): 626, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siz020>.

⁸ Patrick Dumberry, “The Admissibility of Amicus Briefs by NGOs in Investor-States Arbitration: The Precedent Set by the Methanex Case in the Context of NAFTA Chapter 11 Proceedings”, *Non-State Actors and International Law* 1, sy 3 (2001): 201-14; Jona Razzaque, “Changing Role of Friends of the Court in the International Courts and Tribunals”, *Non-State Actors and International Law* 1, sy 3 (2001): 169-200, <https://doi.org/10.1163/15718070121003527>.

⁹ Sylvia H Walbolt ve Joseph H Lang, “Amicus Briefs: Friend or Foe of Florida Courts?”, *Stetson Law Review* 32, sy 2 (2003): 270; Samuel Krislov, “The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy”, *The Yale Law Journal* 72, sy 4 (Mart 1963): 694, <https://doi.org/10.2307/794698>.

¹⁰ Barış Toraman, “İtibar Bilirkişiliği ve Yargısal Lobcilik Arasında Bir Müessesce Olarak ‘Amicus Curiae’ (Mahkeme Dostu)”, *Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi* 8, sy 22 (Şubat 2012): 170.

¹¹ Luigi Crema, “Tracking the Origins and Testing the Fairness of the Instruments of Fairness: Amici Curiae in International Litigation”, Jean Monnet Working Paper 09/12, 2012, 7-8, <https://jeanmonnetprogram.org/papers/paper-serie/2012/> (“Bununla birlikte, amicus curiae üzerine yazılmış birçok doktrinel eser doğrudan Roma kökenine atıfta bulunmaktadır. Bu muhtemelen, Rawlse'nin Bouvier Hukuk Sözlüğü'nde Amicus Curiae başlığından kaynaklanan bir dizi hatalı alıntının sonucudur. Bu cilt, amicus curiae'nin kökenini İngiliz hukukuna dayandırmakta, ancak aynı zamanda consilium kurumu ile cesur bir paralellik kurmaktadır. Ancak, o hukuk sözlüğünde alıntılanan kaynakların hiçbiri, davaya davetsiz olarak müdahale eden üçüncü bir kişiyi tanımlamamaktadır.

Amicus curiae ile benzerliklere sahip olan ve erken Roma Cumhuriyeti'nde yer alan *consilia*, bir tür danışmanlar/müşavirler meclisidir. Amicus curiae olmaya en yakın *consilium*¹² ise *consilium magistratum*, yani hakim tarafından seçilen ün yapmış hukuk ve din adamlarından müteşekkil bir heyettir.¹³ Roma'da üst sınıftan bir vatandaş olan hakimin meslek olarak hukukçu olması gerekmemekteydi. Hatta genelde de hakimlerin hukukçu olmadığı bildirilmektedir. Hakimler sadece vakalar hakkında karar vermekte; ancak, davanın hukuki sebebine karar veren kişi *Praetor* olarak adlandırılmaktadır.¹⁴ Hakimin buna rağmen *iura novit curiae* ilkesiyle bağlı olması ve verdiği kararlardan sorumlu olması nedeniyle kendi takdirinde olarak, *consilium magistratum*'dan hukuki tavsiye talep etmesi söz konusudur. Tavsiyelerin hukuki bir bağlayıcılığı olmamakla birlikte, Roma'da sorumluluk hakimdedir.¹⁵ Netice itibariyle, talep edilmeksizin tavsiye verilmesi veya bu yönde başvuru ya da sunum yapılmasına dair herhangi bir mekanizma Roma hukukunda mevcut olmadığı iddia edilmektedir.¹⁶

Bu görüşe göre, amicus curiae kurumunun kökeni şu şekilde açıklanır: Söz konusu *consilium magistratum* kurumu, Roma İmparatorluğu'nun ilerleyen dönemlerinde resmi bir niteliğe kavuşmuş ve geç İmparatorluk döneminde her hakime, en az bir maaşlı danışman destek sağlamıştır. *Consilium magistratum*, imparator Augustus'un dikkatini çekmiş ve onun tarafından *consilium principis*, yani imparatorlara danışmanlık yapan konseyin yaratılması söz konusudur. *Consilium principis* üyeleri zaman zaman zaman *amici principis* olarak anılmıştır. Kurumun bugünkü adını almasında muhtemelen bu isimlendirmenin etkili olduğu söylenmektedir.¹⁷

Bunun yerine, yargıç tarafından davet edilen bir kişinin karar verme aşamasında verdiği tavsiye – *consilium* – dinamiğini anlatmaktadırlar.”).

¹² Consilium tekil hali, consilia çoğul halidir.

¹³ Nur Bolayır, “Fransız Hukuku’nda Amicus Curiae (Mahkeme Dostu) Kurumu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2021, sy 1 (Haziran 2021): 804.

¹⁴ Olga E Tellegen-Couperus, “The So-Called Consilium of the Praetor and the Development of Roman Law”, *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review* 69, sy 1-2 (2001): 11.

¹⁵ Adolf Berger, “Encyclopedic Dictionary of Roman Law”, *Transactions of the American Philosophical Society*, New Series, 43, sy 2 (Eylül 1953): 408, https://www.jstor.org/stable/1005773?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents.

¹⁶ Astrid Wiik, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, 1st edition, Successful Dispute Resolution, Volume 4 (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2018), 76.

¹⁷ Bolayır, “Fransız Hukuku’nda Amicus Curiae”, 804; Toraman, “İtibar Bilirkişiliği ve Yargısal Lobicilik Arasında Bir Müessese Olarak ‘Amicus Curiae’ (Mahkeme Dostu)”, 170.

Amicus curiae kurumu, bu tarihsel arka plan bir yana, ilk önce 14. asır İngiliz mahkemelerinde daha sonra da ABD mahkemelerinde görülmektedir.¹⁸ Federal mahkemelerde ve Yüksek Mahkeme’de (Supreme Court) geniş toplum kitlelerini etkileyecek kürtaj, silahlanma, etnik ayrımcılık gibi konularda uyuşmazlığın bir tarafının hak ve menfaatlerini savunma hedefi, ABD hukukunda amicus curiae kurumunun yaygın kullanım şekilleridir. Ne var ki başka forumlarda kurumun tanımı ve amicus’tan beklenenler daha farklıdır. Aşağıda göreceğimiz üzere uluslararası yatırım tahkiminde, ABD uygulamasının aksine amicus’un herhangi bir tarafın argümanlarını güçlendirmeyi hedeflememesi beklenmektedir.

Şu kadar ki kurumun en temel özelliği uyuşmazlığın tarafı haricinde üçüncü şahısların yargılamaya müdahil olması ise de şu an dünyadaki uygulamaları birbirinden farklılık arz etmektedir¹⁹. Söz konusu farklılık hem farklı ülke uygulamaları hem de uluslararası mahkemeler ve tahkimlerde ortaya çıkmaktadır. Aşağıda İngiliz mahkemeleri, ABD mahkemeleri ve uluslararası yatırım tahkimi irdelenecektir.

2.3. Amicus Curiae Kurumunun Milli Mahkemelerde Görünümü

2.3.1. İngiliz Mahkemelerinde Amicus Curiae

İngiliz hukuk sistemi amicus curiae uygulamasını geliştiren ilk modern hukuk sistemi olmakla birlikte kurumun tarihi 14. asra dayanmaktadır²⁰. Kurumun İngiliz hukuk

¹⁸ Walbolt ve Lang, “Amicus Briefs: Friend or Foe”, 270; Dinah Shelton, “The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings”, *American Journal of International Law* 88, sy 4 (Ekim 1994): 616; S. Chandra Mohan, “The Amicus Curiae: Friends No More?”, *Singapore Journal of Legal Studies*, Aralık 2010, 356-57; Michael K. Lowman, “The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave?”, *American University Law Review* 41, sy 4 (Ağustos 1992): 1244.

¹⁹ Öncelikle aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde ortaya koyacağımız ve işbu tezin genelinde de tebarüz edeceği üzere amicus her ne kadar uyuşmazlığın tarafı olmasa da söz konusu yargılamaya katılmakta (genelde kamusal) menfaati olan kişi veya kurumlardır. Amicus’un mahkemeye veya hakem heyetine daha yakın olduğunu, amacının hâkim ya da hakemlere, nihai kararlarını verirken tarafların sunmadığı argümanları da göz önünde bulundurması amacıyla nevi şahsına münhasır hukuki veya gerçek meseleleri sunması olduğunu belirtmek gerekir. Gene de bunun amicus curiae kurumunu tanımlama çabalarından birisi olduğunu unutmamak gerekir.

²⁰ Kurumun modern görünümünün on yedinci asır İngiltere mahkemelerine dayandığına dair görüş için bkz: Nigel Blackaby ve Caroline Richard, “Part III Chapter 10: Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?”, içinde *The Backlash against Investment Arbitration*, ed. Asha Kaushal vd. (Kluwer Law International, 2010), 258; Shelton, Almanaklara bakıldığında amici’den bilgi edinme teamülünün 1353 senesine kadar gittiğini söylemektedir. Shelton, “Participation of NGOs”, 616; M. Covey Jr. Frank, “Amicus Curiae: Friend of the Court”, *DePaul Law Review* 9, sy 1 (1959):

sisteminde nasıl ortaya çıktığı ise tartışmalı bir konudur. Bazı yazarlar bunun *consilium*'dan uyarlandığını ifade ederken diğerleri kurumun İngiliz hukukunun bir yaratımı olduğunu söylemektedir²¹.

Başlangıç itibarıyla *amicus curiae*, ceza yargılamalarında vekil ile temsil edilmeyen sanıkların yaşadığı zorlukların aşılması için mahkeme tarafından atanmaktaydı. *Amici* mahkemelere yargılamanın hatadan ari bir şekilde yürütülmesi adına yardımcı olmakta ve sanığın adil yargılanma hakkını temin etmeye çalışmaktaydı²². *Amicus curiae*'nın bu işlevi hukukun diğer alanlarına da yayıldı. Hasım yargılama sürecinin (*adversarial process*) katı bir şekilde uygulandığı davalarda hukuki anlamda eğitimleri yetersiz hakimlere ilgili içtihat hukukunun veya taraflarca sunulmamış yasaların gösterilmesi *amicus curiae*'nın göreviydi. *Amicus curiae*, aynı zamanda hukuki meselelerin açıklığa kavuşması, taraflardan birinin ölümü veya muvazaalı işlemler gibi durumların mahkemenin dikkatine sunulmasını sağlamıştır. Ayrıca, uyuşmazlığa taraf olmayan, fakat verilecek karardan etkilenecek üçüncü kişilerin hakları hususunda hakimi bilgilendirmek de *amicus*'un rolüdür.²³ *Amicus curiae*'nın sayılan işlevlerinde bugüne değin esaslı bir değişim olmamıştır²⁴.

Amicus curiae, kamusal bir menfaati arz etmek için mahkemelerce atanmış olabileceği gibi, *amicus* tarafından talep edilmeksizin sunulan görüşler mahkemeler tarafından da kabul edilebilir. Örneğin İngiliz mahkemelerinde görülen *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate p. Pinochet Ugarte* davasında mahkeme kendisi bir *amicus curiae* atadığı gibi Human Rights Watch tarafından eski Şili başkanı Pinochet'in iadesinin insan hakları boyutuyla ilgili yazılı bir sunum yapılmasına da izin vermiştir²⁵. Gerçekten de İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi Hukuk Dairesi tarafından verilen kararlar incelendiğinde mahkeme tarafından yukarıda sayılan amaçlara matuf *amicus* atamasının genel bir uygulama olduğu anlaşılmaktadır.

33, <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol9/iss1/5> (Frank de 1353 senesine değin Almanaklarda *amicus curiae* uygulamasının görülebildiğini belirtmektedir).

²¹ Wiik, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, 77.

²² Frank, "Amicus Curiae: Friend of the Court", 35.

²³ *The Protector v. Geering*, 145 Eng. Rep. 394 (1656) (fahiş hata), *Falmouth v. Strode*, 11 Mod. 137,88 Eng. Rep. 949 (Q.B. 1707) (Taraflardan birinin ölümüne dair bilgi sağlanması), *Beard v. Travers*, 1 Vesey Sen. 313, 27 Eng. Rep. 1052 (Ch. 1749) (çocuk yararına katılım sağlamak), işbu davaların tamamı şuradan alınmıştır: Krislov, "The Amicus Curiae Brief", 696.

²⁴ Wiik, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, 78.

²⁵ *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex Parte Pinochet Ugarte* (No. 3) 1 A.C. 147 (2000).

İngiliz Adalet Bakanlığı tarafından Nisan 1975'te yargıçlara gönderilen, ancak "yayınlanmamış" bir Uygulama Notu'na kadar kurum salt olarak mahkeme uygulamaları ile şekillenmiştir²⁶. 2001'de o zamanın Adalet Bakanı Lord Williams ve Yüksek Mahkeme Kraliyet Dairesi Başkanı Woolf tarafından kurumun açıklığa kavuşturulması ve regüle edilmesi için bir çalışma grubu oluşturulmuştur. Çalışma grubu ilk adım olarak kullanılan dili çağdaşlaştırdı ve kurumun adını *advocate to the court* (mahkeme avukatı) olarak değiştirmiştir²⁷.

19 Aralık 2001 tarihinde, dönemin Adalet Bakanı ile Yüksek Mahkeme Kraliyet Dairesi Başkanı ortak bir "Hakimlere Bildiri" yayınlamıştır. Bildiri'nin amacı amicus kurumunun menfaat temelli katılıma doğru sürüklenmesini engellemek ve bu yöndeki beklentilere son vermektir. Menfaat temelli katılım müdahale kurumu ile sınırlandırılmıştır. Müdahale ile amicus curiae kurumları ayrı ayrı gelişmiş ve ayrıca kamusal menfaat yargılamalarının²⁸ yaygınlaşması ile birlikte kurumun da yayıldığı görülmektedir²⁹.

Bildiri, kurumu "*mahkemenin ilgili iddiaları dinlemeksizin önemli ve zor bir hukuki husus hakkında karar vermesi tehlikesinin mevcudiyetinde*³⁰" hukuki iddiaların sunulması olarak tanımlamaktadır. Bildiri hukuki ve fiili iddialar hususuna da açıklık getirmektedir: Amicus davada mevcut vakalara ilişkin hukuki bir kuralın uygulanması durumuyla alakalı olarak yorumda bulunabilir, ancak "*delil sunmak, tanıklara çapraz sorgu yapmak veya vakaları araştırmak yönünde bir talimat normalde kendisine verilmeyecektir*³¹."

²⁶ J. Bellhouse/A. Lavers, The modern amicus curiae: a role in arbitration?, 23 Civil Justice Quarterly (2004), p. 188, şunun içinde: Wiik, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, 78.

²⁷ Uygulamada hala amicus curiae terimi kullanılmaya devam etmektedir. Bu durum mahkeme kararları incelendiğinde açıkça görülmektedir.

²⁸ Kamusal menfaat müdahalesine dair analiz için bkz: Carol Harlow, "Public Law and Popular Justice", *The Modern Law Review* 65, sy 1 (Ocak 2002): 7, <https://doi.org/10.1111/1468-2230.00363>.

²⁹ Wiik, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, 79 dipnot 29; Lise Johnson ve Niranjali Amerasinghe, "Protecting the Public Interest in International Dispute Settlement: The Amicus Curiae Phenomenon", ed. Nathalie Bernasconi-Osterwalder ve Marcos Orellana (Center for International Environmental Law, 2009), 7-8, www.ciel.org ("Her ne kadar genel olarak mahkemeye tarafsız bir biçimde yardımcı olan kişiler şeklinde tanımlansa da İngiliz hukuk sisteminde amicus curiae, vekil ile temsil olunmayan taraflar adına ve kamusal menfaat için tarafgir iddiaları da uzun zamandır ileri sürmektedir.").

³⁰ Hakimlere Bildiri, para. 3.

³¹ Hakimlere Bildiri, para. 4. Bkz: R. v. Leicester JJ, ex parte Barrow [1991] 2 QB, pp. 260, 283 (Bu kararda Lord Donaldson amicus curiae tarafından sunulan materyalin kabul edilebilir olup olmadığı hususunda tereddüte düşmektedir.)

Bildiri, kurumun taraflardan bağımsızlığının altını çizmektedir. Benzer bir şekilde Kraliyet Mahkeme Hizmetleri *amicus curiae*'yı şöyle tanımlamaktadır: “*Davaya taraf herhangi bir yanı temsil etmeyen ve bağımsız bir bakış açısı ile beyanda bulunması mahkeme tarafından kendisinden istenen objektif tarafı*³²” ifade eder. Sonuç olarak, *Amicus curiae* bir mahkemenin karar vermeden evvel davaya ilişkin tüm hukuki argümanları tam olarak duymasını temin eden bir hizmet aracı olarak kalmaya devam etmektedir³³.

CAFCASS (Legal Services and Special Casework) tarafından yayımlanan Teamül Yönlendirmesi 3F – Mahkeme Avukatı Atanması Hakkında Talepler³⁴ başlıklı yazıda mahkeme avukatının taraf olmadığı ve davaya ilişkin hukuki argümanları mahkemeye sunarak mahkemenin önemli ve zor konularda karar vermesinde yardımcı olduğu belirtilmektedir. Üzerinde hassasiyetle durulan bir başka konu ise mahkeme avukatının bir tarafın avukatının olmadığı durumlarda sırf bu eksikliği gidermek amacıyla atanmaması gerekliliğidir.

Bu manada mahkeme avukatını mahkeme tarafından atanmış bir bilirkişi ya da uzmandan ayırmak güçtür³⁵. *Amicus curiae* kurumunun genelde STK'lar veya baskı grupları tarafından kullanıldığını ifade etmiştik. İngiltere'de baskı gruplarının yargılamaya müdahil olması veya insan hakları ya da kamu yararı konularında mahkemeyi bilgilendirmesi *amicus curiae*, yeni adıyla mahkeme avukatı kurumu ile yapılmamaktadır. Mahkeme avukatı heyet tarafından atanan uzmana denk düşmektedir³⁶.

Amicus curiae'nın İngiltere'de gelişmesinin sebebi müdahillğin şartlarının aşırı bir şekilde sınırlandırılmış olmasıdır. Müdahil olmak için aranan ekonomik menfaatin yüksek olması nedeniyle uyuşmazlığın tarafı olmayan ve uyuşmazlıktan ekonomik olarak çok fazla etkilenmeyen gerçek ve tüzel kişilerin yargılamaya müdahil olması

³² shorturl.at/abeoA

³³ Wiik, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, 79.

³⁴ Orijinali: Practice Direction 3F – Requests for the Appointment of an Advocate to the Court, Erişim Tarihi: 8 Aralık, 2023, site: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/practice-direction-3g-requests-for-the-appointment-of-an-advocate-to-the-court>

³⁵ Blackaby ve Richard, “Panacea,” 258.

³⁶ John Bellhouse ve Anthony Lavers, “The Modern *Amicus Curiae*: A Role in Arbitration?,” *Civil Justice Quarterly* 23, (2004): 187.

ancak bu şekilde mümkün olmaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki yukarıda anlattığımız gibi, İngiltere’de amicus curiae kurumu, zaman içinde farklı bir form olarak mahkeme avukatı kurumuna evrilmiştir.

Sonuç olarak İngiliz hukuk sisteminde iki tür amicus uygulaması vardır. Birincisi geleneksel olarak amicus curiae kurumunun İngiliz mahkemelerindeki görünümüdür ve mahkeme tarafından atanır, maaşı hazineden karşılanır. Bunun 21. asırdaki resmi adı mahkeme avukatıdır. İkincisi ise talep edilmeyen üçüncü taraf görüşleridir. Bunlar da nadiren kabul edilir.

2.3.2. ABD Federal Mahkemeleri ve Yüksek Mahkemesi’nde Amicus Curiae

Amicus curiae, ABD hukuk sistemine ilk defa 18.-19. asırlarda İngiliz avukatlar aracılığıyla giriş yapmıştır³⁷. 1823 tarihinden önce en azından dört tane daha amicus müdahalesinin olduğu dava dosyası mevcut olduğu iddia edilmektedir.³⁸ Kurum 1937 yılına kadar herhangi bir regülasyona tabi tutulmamış³⁹ ve bu da mahkemelerin kurumu kendi ihtiyaçları doğrultusunda uyarlamalarına ve uygulamalarına olanak sağlamıştır.⁴⁰

ABD federal hukuk sisteminde amicus curiae görünürlüğü oldukça fazladır. Yüksek Mahkeme nezdindeki davalarda amicus curiae katılımı, 1960 ortalarında %35 iken, istikrarlı bir şekilde artış göstermiş ve 1990 sonuna doğru %85 oranına çıkmıştır.⁴¹ Bir

³⁷ Kayıt altına alınmış amicus curiae içeren ilk davanın Green v. Briddle davası olduğu ifade edilmektedir. bkz: 21 US (8 Wheat.) 1, 17-18 (1823), şuradan alıntı: Lowman, “Litigating Amicus Curiae”, 1254-55, 1270.

³⁸ Bunlar şu şekildedir: 1. Cassie v. Speicer (1790) 2. Schooner Exchange v. McFadden (1812) 3. Beatty Administrator v. Burnes’s Administrators (1813) 4. Livingston v. Dorgenois, (1814). Bkz: Lee Epstein, “A Comparative Analysis of the Evolution, Rules, and Usage of Amicus Curiae Briefs in the US Supreme Court and in State Courts of Last Resort” (Konferans Bildirisi, Little Rock, Arkansas: Southwest Political Science Association, 1989), 3.

³⁹ Frank, “Amicus Curiae: Friend of the Court”, 35; Shelton, “Participation of NGOs”, 617.

⁴⁰ Shelton, “Participation of NGOs”, 616; Joseph D. Kearney ve Thomas W Merrill, “Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court”, *University of Pennsylvania Law Review* 148, sy 3 (2000): 744, <https://doi.org/10.2307/3312826>.

⁴¹ Daha detaylı bir analiz için bkz: Madeleine Schachter, “The Utility of Pro Bono Representation of U.S.-Based Amicus Curiae in Non-U.S. and Multi-National Courts as a Means of Advancing the Public Interest”, *Fordham International Law Journal* 28, sy 1 (2004): 95, <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol28/iss1/2>; Kearney ve Merrill, “Influence of Amicus Curiae”, 749; Paul M. Collins, Pamela C. Corley, ve Jesse Hamner, “The Influence of Amicus Curiae Briefs on U.S. Supreme Court Opinion Content”, *Law & Society Review* 49, sy 4 (Aralık 2015): 917-44, <https://doi.org/10.1111/lasr.12166>.

veri tabanı araması 2008 ve 2017 yılları arasındaki Yüksek Mahkeme kararları içinde 1212 kere amicus curiae ve amici curiae ifadelerinin geçtiğini tespit etmektedir. Aynı şekilde 4139 sonuç ABD Temyiz Mahkemesi davalarında ve 2119 sonuç Federal Bölge Mahkemesi davalarında çıkmaktadır⁴². Shelton, ABD federal yargı sisteminde amicus curiae kurumunun gelişmesini müdahilliğin gelişmemesine bağlamaktadır:

ABD Yüksek Mahkemesi tüm ülkede eyaletlerin, örgütlerin ve bireylerin hak ve ödevlerini şekillendirme yetkisine sahip bir merci olmasına rağmen ... müdahale kurumunun şartları İngiliz müşterek hukunda olduğu gibi gerçekten çok sınırlayıcı. Esaslı anayasal meselelerde Hükümet'in taraf olarak yargılamaya müdahil olma hakkı mevcut değil. Buna cevaben amicus ve diğer üçüncü taraf katılma türleri ortaya çıktı. Bu ise 'tabiatı gereği mahkemelerin, kendi işlemlerini kontrol edebilme yetkisini' ifa etmesi ve sunulan dilekçeleri 'mahkeme izni' ile kabul etmesi sayesinde oldu.⁴³

Amici curiae ABD'de belli bir eksikliğin telafisi olarak kullanılmakta ve tarihi öneme sahip davalarda ciddi rol oynamaktadır⁴⁴. ABD Yüksek Mahkemesi nezdinde amicus curiae katılımı, Yüksek Mahkeme Kuralları Kural 37'de regüle edilmektedir. Federal mahkemeler içinse Temyiz Usulü Hakkında Federal Kurallar Kural 28'de regüle edilmektedir. Her iki kural da katılımı alakalı formalitelere odaklanmaktadır. İkisinde de kurumun tanımlaması yapılmaz, ancak Kural 37 ilk paragrafında amicus curiae'nın amacına işaret eder:

Taraflarca mahkemenin nazarıdikkatini celbetmeyen ilgili konular hakkında dikkati bu yöne çeken bir amicus curiae görüşü mahkemeye ciddi anlamda yardımcı olabilir. Bu amaca hizmet etmeyen bir amicus curiae görüşü mahkemenin yükünü artırır ve böylesi bir görüşün sunulması tasvip edilmez.

Amicus katılımı talep ile veya talep edilmeksizin gerçekleştirilebilir⁴⁵. Her ne kadar ikincisi norm olarak kabul edilse de Yüksek Mahkeme'nin zaman zaman ABD Hükümeti'ni amicus olarak katılım göstermeye davet ettiği vakidir⁴⁶. Amicus curiae'nın ABD hukuk sistemi içerisinde net bir tanımı mevcut değildir. Keza ABD uygulaması da çok çeşitli ve çok yönlüdür.

⁴² Johnson ve Amerasinghe, "CIEL", 8 ("Amicus curiae kurumunun ABD'de bu kadar muhkemleşmesi ve gelişmesi, en azından kısmen de olsa ABD federal yargı sisteminde çok sayıda tarafın ve grubun, mahkemelerde temsil edilmemesi ve taraf ehliyeti kazanamamasına rağmen verilen kararların kendilerini etkilemesi vakası karşısında bir tür telafi ihtiyacından kaynaklanmaktadır.")

⁴³ Shelton, "Participation of NGOs", 617.

⁴⁴ Brown v. Board of Education, 347 US 483 (1954); Roe v. Wade, 410 US 113 (1973); Hamdan v. Rumsfeld, 548 US 557 (2006) 11.

⁴⁵ "Amici Curiae", *Harvard Law Review* 34, sy 7 (Mayıs 1921): 774, <https://doi.org/10.2307/1329231>.

⁴⁶ Bruce J. Ennis, "Effective Amicus Briefs", *Catholic University Law Review* 33, sy 3 (1984): 604, <https://scholarship.law.edu/lawreview/vol33/iss3/6>.

Federal ve Yüksek Mahkeme kararlarının analizi amicus curiae'nın iki rolü olduğunu ortaya koymaktadır. İlk rolü şöyledir: Amicus'un yargılamada doğrudan bir menfaati olmaz, olaya tamamen yabancı bir izleyicidir. Taraflarca tam olarak üzerinde durulmayan veya hiç beyan edilmeyen fiili ya da hukuki konularda mahkemenin dikkatini bu yöne celbetmek için katılım sağlar.⁴⁷ Bu amici hukuki argümanlar sağlamakta, tarafların gözden kaçırdığı meseleleri gündeme getirmekte, hususi bir kararın kamusal bir menfaat üzerinde doğurabileceği potansiyel etkileri vurgulamakta ve davanın fiili vakıa temelini tamamlamada yardımcı olmaktadır.⁴⁸

Amicus curiae'nın bu rolü sıklıkla “geleneksel” amicus curiae olarak adlandırılır. Kurumun İngiliz anlayışına olan benzerliklerine atfen böyle denmesi muhtemeldir.⁴⁹ Amicus curiae'nın üstlendiği ikinci rol ABD mahkemeleri nezdindeki bu tür katılımların esaslı çoğunluğu teşkil etmektedir.⁵⁰ Amicus'un bu rolü bir avukat gibi hareket eder.⁵¹

Amicus curiae işbu ikinci rolünde şu sebeplerle katılım sağlamaktadır: (1) Davada kendi menfaatlerini müdafaa etmek⁵², (2) taraflardan birini desteklemek ve/veya (3) dava ya da mevzuların önemini, bilinirliğini veya güvenilirliğini artırmak⁵³. Amicus'un bu rolü çok çeşitlidir. Elde edilmek istenen menfaate göre alt gruplara ayrılabilir. İlk grup amici karardan doğrudan etkilenecek kişilerdir. Mahkemeler ilk başta federal mahkemelerde üçüncü taraf müdahalesini düzenleyen şekli kuralların eksikliği nedeniyle bu grubun müdahalesine izin vermiştir.⁵⁴ Mahkemeler bu durumda şu

⁴⁷ Campbell v. Swasey, 12 Ind. 70, 72 (1859), bkz: Krislov, “The Amicus Curiae Brief”, 697.

⁴⁸ Örneğin, *Sweatt v. Painter* davasında Texas'ta siyahilerin ayrı bir hukuk fakültesine gitmesinin yasallığı bahsinde bir grup hukuk profesörü amicus görüş sunmuş ve bunun 14. Amendment'ı ihlal ettiğini beyan etmişlerdir. Bkz: *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950).

⁴⁹ Lowman, “Litigating Amicus Curiae”, 1246 (“Yaratıcı hakimlerin ve tarafların gayretleri sayesinde amicus curiae mevki, kendisinin Müşterek Hukuk atasının geleneksel sınırlarını aşmıştır.”) (vurgu eklenmiştir).

⁵⁰ Stuart Banner, “The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and Their Friends, 1790-1890”, *Constitutional Commentary* 20, sy 1050 (2003): 122, <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/1050> (1790-1890 arası yapılan 252 amicus katılımın 207'si hususi bir menfaate dayanmaktadır.).

⁵¹ G. C. Umbricht, “An ‘Amicus Curiae Brief’ on Amicus Curiae Briefs at the WTO”, *Journal of International Economic Law* 4, sy 4 (01 Aralık 2001): 778-79, <https://doi.org/10.1093/jiel/4.4.773>; Lowman, “Litigating Amicus Curiae”, 1245.

⁵² Walbolt ve Lang, “Amicus Briefs: Friend or Foe”, 274.

⁵³ Schachter, “U.S.-Based Amicus Curiae in Non-US and Multi-National Courts”, 110.

⁵⁴ Walbolt ve Lang, “Amicus Briefs: Friend or Foe”, 271.

hususı özellikle vurgulamaktadır: Amicus yargılamanın tarafı haline gelmez ve nihai sonuçtan etkilenmez.⁵⁵

İkinci grup genellikle “*davacı amicus*⁵⁶” olarak adlandırılır. 1980’de kamusal menfaat davalarının gelişimi ile birlikte ortaya çıkmaktadır. Bu ise amicus curiae’ya “*hasım yargılama sürecinin (adversarial process) sınırları içerisinde hususi menfaatlerin savunuculuğu ve aktif bir davacı lobciliğini (litigating lobbyist)*⁵⁷” yapmasına olanak vermektedir. Bu tür amicus katılımın en çok görüldüğü davalar temel anayasal meselelerin mevzu bahis olduğu davalardır. Özellikle Yüksek Mahkeme’nin *certiorari*⁵⁸ aşamasında bu tür amicus katılımı çok sık görülmektedir. Bu aşamada başvurular davayla ilişkili kamusal menfaati Yüksek Mahkeme’ye göstermek için kullanılmaktadır.⁵⁹

Evvelden mahkemeler amicus curiae’nın bu türünü devlet kuruluşları tarafından sunulan beyanlar ile sınırlamaktaydı. Mahkemeler bu imkanı tedricen kamusal olmayan katılımcılara, yabancı devletlere ve uluslararası organizasyonlara da verdi. Dahası amicus’un bu türü giderek artan oranda tarafların talimatı ile görevlendirilmektedir⁶⁰. Mahkemeler taraf eşitliği bakımından taşıdıkları risklere rağmen bu tür başvuruları dahi genel olarak kabul etmektedir⁶¹.

Temyiz Usulü Hakkında Federal Kurallar’a ilişkin 2010 değişikliğinden sorumlu Komite “mükerrer argümanları engellemeye yardımcı olması bakımından amicus ve amicus’un savını desteklediği taraf arasında koordinasyon” olmasını bile hoş

⁵⁵ Schachter, “U.S.-Based Amicus Curiae in Non-US and Multi-National Courts”, 117.

⁵⁶ A.g.e., 90.

⁵⁷ Epstein, “Amicus Curiae Briefs in the US Supreme Court”, 1, 4.

⁵⁸ Temyiz eden tarafın temyiz talebi manasına gelen ifadenin tam hali writ of certiorari şeklindedir. Yüksek Mahkeme bu aşamada temyiz incelemesi yapmamakta, fakat temyiz talebinin görüşülmesini kabul veya reddetmektedir. Kabul edilirse dosya alt mahkemeden talep edilir ve iş sırasına alınır. Amicus katılım da bu aşamada Yüksek Mahkeme’ye sunulur. “Stages of a Supreme Court Case”, Justia, erişim 08 Şubat 2024, <https://supreme.justia.com/stages-of-supreme-court-case/>.

⁵⁹ *Georgia v. Evans*, 316 US 159, 161 (1942) (“Meselenin ehemmiyeti şu vaka ile tasdiklenmektedir: Otuz dört ayrı eyalet, mahkemenin dostları olarak kararın temyizen incelenmesine dair Georgia talebini desteklemektedir.”).

⁶⁰ Schachter, “U.S.-Based Amicus Curiae in Non-US and Multi-National Courts”, 90 (“duelling amicus curiae”); Ennis, “Effective Amicus Briefs”, 604-8.

⁶¹ Wiik, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, 84.

karşılıkmaktadır⁶². Mevcut amicus curiae uygulaması eleştirilerin odağındadır⁶³. Her bir davada yüksek miktarda sunulan dilekçelerin ya hakimlerin dikkatini dağıttığı ya da hakimleri dilekçelerin tamamını dikkate almamaya ittiği iddia edilmektedir⁶⁴.

Yazarlar tarafgir amicus görüşünün (a) taraflar arasında eşitsizliğe yol açacağı, (b) hasım yargılama sürecini (adversarial process) sekteye uğratacağı ve (c) federal mahkemelerde temyiz süreçlerini siyasileştireceği hususlarında edişelidir⁶⁵. Yukarıda bahsedilen her iki kural da amicus katılımı tarafların yazılı onayına bağlamaktadır. Eğer bir taraf onay vermezse amicus bu kerte de izni mahkemeden talep edebilir. Eyaletler veya devlet kuruluşları tarafından yapılan amicus başvurular istisna kapsamında olup tarafların iznine bağlı değildir⁶⁶.

Her iki kural için de görüşlerin esası hakkında yol gösterdiği söylenemez. Esas dair sadece şunlar şart koşulmaktadır: amicus menfaatlerinin ortaya konması ve sunulacak görüşün dava ile alakasının açıklanması. Dikkate değer şekli şartlar şunlardır: **(a)** Başvuruda görüşün kim tarafından yazıldığı ve **(b)** finanse edildiği ifşa edilmelidir. Hususiyetle eğer **(c)** bir taraf veya taraf vekili yazımında ya da **(d)** finanse edilmesinde katkı sağlamışsa bunun kesinlikle bildirilmesi/ifşa edilmesi gerekir. Son olarak **(e)** hangi tarafı desteklediği belirtilmelidir.⁶⁷

⁶² law.cornell.edu/rules/frap/rule_29 (Erişim Tarihi: 02.02.2024). Komite daha da ileri giderek “salt koordinasyonun -yani, görüş farklılıklarının paylaşılması manasında- ifşa edilme zorunluluğunun olmadığı” kanaatindedir. Komite şu esere atıf yapar: Eugene Gressman et al. Supreme Court Practice 739 (9th ed. 2007).

⁶³ Lowman, “Litigating Amicus Curiae”, 1246, 1256, 1292, 1295; John Harrington, “Amici Curiae in the Federal Courts of Appeals: How Friendly Are They”, *Case Western Reserve Law Review* 55, sy 3 (2005): 687, <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol55/iss3/15>; Amicus curiae’nın “müşteri” aramasıyla ilgili olarak bkz: Stephanie Francis Ward, “Friends of the Court Are Friends of Mine”, *ABA Journal* 93, sy 11 (Kasım 2007): 24-25.

⁶⁴ Gregory A. Caldeira ve John R. Wright, “Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much?”, *The Journal of Politics* 52, sy 3 (Ağustos 1990): 804, <https://doi.org/10.2307/2131827>; Tüm amicus görüşlerinin memurlar tarafından okunduğuna dair bkz: Schachter, “U.S.-Based Amicus Curiae in Non-US and Multi-National Courts”, 97.

⁶⁵ Federal Mahkeme Yargıcı Posner amicus curiae’yi şu üç senaryo ile sınırlandırmayı savunmaktadır: (1) Vekilin yetersiz kaldığı veya tarafın vekil ile temsil edilmediği durumlar, (2) bir kararın doğrudan olumsuz etkilemesi riski, (3) eşsiz bir bilgi veya bakış açısına sahip olma. Harrington, “Amici Curiae in the Federal Courts”, 677.

⁶⁶ Kural 37(4).

⁶⁷ Temyiz Usulü Hakkında Federal Kurallar Kural Kural 29(c), Yüksek Mahkeme Kuralları Kural 37(6).

2.4. Uluslararası Mahkemeler Nezdinde Amicus Curiae

Milli mahkemelerde olduğu gibi uluslararası mahkeme ve tahkim yargılamalarında da amicus kurumuna rastlamaktayız. Burada amicus kurumunu inceleyebileceğimiz örnekleri şu şekilde sıralamak mümkündür: Uluslararası Adalet Divanı, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (IACHR), Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) ve ICSID.

Esas itibariyle burada sayılmayan birçok mahkeme ve tahkim mekanizması içerisinde de amicus curiae kurumu mevcuttur. İşbu tezin konusu olmaması itibariyle Uluslararası Adalet Divanı ve ABAD nezdinde amicus kurumuna kısaca değinilecektir. Tezin konusuyla yakından alakalı olması hasebiyle yatırımcı-devlet tahkimi kapsamına giren DTÖ, NAFTA ve ICSID tahkimlerinde amicus curiae kurumu ve örnekleri ayrıca ele alınacaktır.

2.4.1. Uluslararası Adalet Divanı

Uluslararası Adalet Divanı, Birleşmiş Milletler (BM) Antlaşması ile kurulmuş BM'nin başlıca adalet organıdır ve merkezi Lahey'dedir. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü⁶⁸ 62. maddesinde üçüncü bir Devlet'in davaya katılabileceği düzenlenirken 34. maddesinin ikinci fıkrasında ise "uluslararası kamu kuruluşlarından" bilgi istenilebileceği belirtilmektedir. Burada dikkat çekilecek husus 34. maddenin ikinci fıkrasında kamusal olmayan kuruluşların -yani STK'ların- dahil edilmemesidir. Ancak Statü'nün 66. maddesinin ikinci fıkrasında Divan'ın "uluslararası örgütlerden" yardım alabileceği yazmaktadır. Buna rağmen Uluslararası Adalet Divanı Devlet olmayan aktörlerin yargılamaya müdahalesine izin vermemektedir⁶⁹.

Şu kadar ki anılan mahkemeye Devlet başvuruları da son derece sınırlıdır. 1946 yılından 1990 yılına kadar Uluslararası Adalet Divanı, 52 karar ve 21 tavsiye

⁶⁸ Statünün Türkçe'sine https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093041bm_02.pdf adresinden ulaşılabilir. (Erişim Tarihi: 02.02.2024)

⁶⁹ Blackaby ve Richard, "Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy", 258.

niteliğinde görüş yayınlamıştır⁷⁰. Her ne kadar Uluslararası Adalet Divanı Statüsü ve kuralları *amicus curiae* kurumunu dışlamasa dahi, Devlet olmayan aktörlerin özellikle uluslararası STK'ların *amicus* görüşlerine izin verilmemiştir. Shelton, çekişmeli davalarda uluslararası STK'ların müdahil olabilmesi için Divan Kurallarının değişmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷¹.

2.4.2. Avrupa Birliği Adalet Divanı

ABAD, Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) 19. madde ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (ABİHA) 251-281. maddeleri arasında düzenlenmektedir. ABA 19. maddenin üçüncü fıkrası şu şekildedir⁷²:

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Antlaşmalar'a uygun olarak; a) bir üye devlet, Birlik kurumu veya gerçek ya da tüzel kişi tarafından açılan davalar hakkında karar verir, b) üye devlet mahkemelerinin talebi üzerine, Birlik hukukunun yorumlanması veya Birlik kurumları tarafından kabul edilen tasarrufların geçerliliği hakkında ön karar verir, c) Antlaşmalar'da öngörülen diğer durumlarda karar verir.

ABAD, AB hukukunun ihlal edildiği durumlarda Üye Devletler ve AB kurumlarını yargı yetkisine sahiptir. ABAD aynı zamanda ön karar verme yetkisini haizdir. Ön karar kurumu ABİHA 267. maddenin birinci fıkrasında tanımlanmıştır: "*Avrupa Birliği Adalet Divanı, aşağıdakiler hakkında ön karar verme yetkisine sahiptir: a) Antlaşmalar'ın yorumu, b) Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu.*" ABİHA 252. maddesinde hukuk sözcüsü (İngilizce orijinal metinde *Advocates-General*) kurumu tanımlanmaktadır. Buna göre hukuk sözcüsünün ABAD Statüsü gereği belirli davalarda görüş sunması beklenmektedir.

Şu kadar ki hukuk sözcüsü ABAD önünde ilk olarak Topluluk hukukunun üstünlüğüne ilişkin dönüm noktası teşkil eden *Costa vs Enel* (Dava No: 6/64) davasında *amicus curiae* olarak rol almaktadır. Hatta Shelton, bazı yazarların hukuk sözcüsünün tüm davalarda aslında bir *amicus curiae* görevini haiz olduğunu savunduklarını ifade etmektedir. Komisyon, Avrupa Konseyi ve Üye Devletler sıklıkla mahkeme önünde

⁷⁰ Shelton, "Participation of NGOs", 619-20.

⁷¹ A.g.e., 618.

⁷² İşbu tabir <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> adresinde ABA ve ABİHA Türkçe tercümesinden alınmıştır. İşbu tezde verilen madde alıntılarında işbu tercümeden yararlanılmıştır. (Erişim Tarihi: 08.02.2024)

amicus curiae olarak görüş beyan etmektedir. Hatta ABAD Statüsü gereği gerçek veya tüzel kişiler de amicus curiae olarak yargılamaya müdahil olabilmektedir⁷³.

ABAD Statüsü'nün 40. maddesinde⁷⁴ işbu kurum yargılamaya müdahale olarak düzenlenmiştir. Burada dikkat çeken durum maddenin son fıkrasında “*Müdahale başvurusu, taraflardan birinin talebini desteklemekle sınırlı olacaktır.*”⁷⁵ hükmünün yer almasıdır. İşbu hükme göre amicus'un kendi konumunu ortaya koyması ya da tarafların ortaya atmadığı kamusal bir menfaati savunması mümkün olmayacaktır. Amicus'un bilgi, belge, uzmanlık ya da taraflardan ayrılan görüşünü mahkemeye sunması ve kararı bu yönde etkilemesi de mümkün değildir.

2.5. Uluslararası Yatırım Tahkiminde Amicus Curiae Kurumu ve Örnekleri

2.5.1. Giriş

Amicus curiae kurumunun yatırım tahkiminde yer alması zaman almıştır. Bu, uluslararası tahkimin mahremiyeti nedeniyle kolayca açıklanabilir bir durumdur, zira sadece doğrudan ilgili taraflar sürece katılabilirler. Ancak bu durum bir süredir değişkenlik göstermekte ve yeni kararlar, amicus curiae'nın yatırım tahkimine müdahalesi konusundaki tutumu değiştirmektedir.

Yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarında tahkim heyetlerinin şeffaflık kriterlerine uymaksızın ve kamusal katkıya fırsat tanımaksızın karar vermesi önemli ölçüde hoşnutsuzluğa yol açmış ve yaygın bir eleştirinin kaynağı olmuştur. Bununla birlikte, son tahkim kararları ve uluslararası anlaşmaların yapılmasında uygulanan yaygın eğilim, yatırım tahkimlerinin yürütülmesinde daha fazla şeffaflığı teşvik etmek yönünde olmuştur.

Amicus curiae'nın kabulü, yatırım tahkiminde kamusal çıkarın öncelenmesi gerektiğini savunan bir argümana dayanmaktadır. Yatırım tahkimi, hükümet davranışlarının gözden geçirilmesiyle ilgilidir ve temel olarak halkın çıkarlarını etkiler, ancak özel

⁷³ Shelton, “Participation,” 629.

⁷⁴ Statü'nün İngilizce orijinaline https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tradoc-en-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf adresinden erişilmiştir. (Erişim tarihi: 08.02.2022)

⁷⁵ Çeviri tarafıma aittir.

tahkimin kurallarını ve kültürünü kullanır. Özel tahkim, yatırım tahkimi gibi kamu davalarından ziyade özel uyuşmazlıkları çözmekle ilgilidir ve genellikle gizlidir. Üçüncü taraf müdahaleleri özel tahkimde izin verilen bir uygulama değildir. Bu bakımdan, kamu çıkarının dikkate alınmasına ve hatta temsil edilmesine izin vermez. Halkın endişeleri uygun bir şekilde ele alınmaması ise ülkeleri tahkimden soğutabilir ve bunun neticesi olarak bir gün yatırımcılar eski ve etkisiz diplomatik koruma mekanizmasına mahkûm kalabilirler. Bu nedenle, amicus curiae'ya yatırım tahkimi kararlarında yer verilmesi, uluslararası tahkim hakemlerinin çevre, refah veya halk sağlığı gibi konuları önemsemeye başladığını göstermektedir.

2.5.2. DTÖ Nezdinde Amicus Curiae: US-Shrimp

Yatırım tahkimi, birkaç istisna haricinde, geleneksel olarak herhangi bir tür dış müdahaleye kapalı olmuştur.⁷⁶ Gizlilik ve mahremiyet, tahkim süreçlerinin esas faydalarından birisi olmaya devam etmektedir⁷⁷. DTÖ yargı organları nezdinde amicus curiae uygulamasının zuhur etmesi ile birlikte çeşitli yatırım tahkimi hakem heyetlerine müdahale taleplerinin sunulması hiç de şaşırtıcı olmadı⁷⁸. DTÖ yargı organları nezdinde amicus curiae başvuruları ilk defa *US-Shrimp* (ABD-Karides) uyuşmazlığında 28 Temmuz 1997 tarihinde çevre örgütleri⁷⁹ tarafından yapılmıştır.

Uyuşmazlığın merkezinde ABD'nin 1989 yılında nesli tükenmekte olan deniz kaplumbağalarının korunması için bir kanun⁸⁰ çıkarması yatmaktadır. Bu kanun gereği karides tutma yöntemlerinin deniz kaplumbağalarına zarar vermesi nedeniyle özel bir araç ile⁸¹ karides avlanması teşvik edilmektedir. Buna göre ağırlıklı olarak TED

⁷⁶ Buna ilişkin bir istisna İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi'dir. Wiik, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, 115.

⁷⁷ K. Hobér, *Arbitration involving states*, in: L. Newman/R. Hill (Eds.), *The leading arbitrators' guide to international arbitration*, New York 2008, Chapter 8, p. 155.

⁷⁸ Wiik, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, 116 dipnot 172 (“Bu sebepten ki amicus curiae kurumunun ticari tahkimde ileri sürülmesi, taraflardan biri devlet dahi olsa, pek mümkün gözükmemektedir. Aleni yargılama yapılmasına yönelik anlamlı bir baskının yokluğu bir yana, kamusal menfaate yönelik endişeler nedeniyle ticari tahkim yargılamasında gizliliğin ilgasını meşrulaştırmak biraz güç görünmektedir.”).

⁷⁹ 28 Temmuz 1997 tarihinde Center for Marine Conservation (CMC) ve Center for International Environmental Law (CIEL) tarafından ortak bir amicus görüş söz konusu uyuşmazlığın çözümü için teşekkül eden DTÖ Paneline sunulmuştur. Ayrıca 16 Eylül 1997 tarihinde World Wide for Nature (WWF) ayrı bir amicus görüş sunmuştur.

⁸⁰ Section 609 of Public Law 101-102, codified at 16 U.S.C. §1537.

⁸¹ TED (Turtle Excluder Device)

kullanmak vasıtasıyla karides avlamayan balıkçıların bulunduğu ülkelerden karides ithalatının yasaklanmasına karar verilmektedir. Bunun üzerine Hindistan, Malezya, Pakistan ve Tayland DTÖ nezdinde uyuşmazlık çözümü için başvuruda⁸² bulunmaktadır.

Uyuşmazlık temelinde nesli tükenmekte olan deniz kaplumbağalarının yer alması nedeniyle ABD lehine çevre örgütleri (uluslararası STK'lar) tarafından amicus görüşü sunulmaktadır. Bu ise başvuru devletler tarafından, DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Usulleri Hakkındaki Mutabakat Metni (DSU) 13. maddesine aykırılık nedeniyle itiraza uğramıştır. DSU.13 Panelin herhangi bir bilgiyi üye devletlerde mukim tüm kişi ve kurumlardan talep edebileceği yazmaktadır. Buna ilişkin usuller de belirtilmektedir. Panel de DSU.13 metninde talep etme ifadesinin yer aldığı ve işbu sebeple talep edilmeksizin sunulan amicus görüşlerini kabul etme yetkisinin olmadığına karar vermiştir. Ne var ki bu görüşleri ABD'nin kendi dilekçesinin ekinde sunmasında bir beis olmadığını ifade etmiştir. Panel ABD'nin GATT 1994 m.XI/1 hükmünü ihlal ettiğine karar kılmıştır.

Panel kararının diğer nedenler yanı sıra amicus görüşün doğrudan kabul edilmemesi nedeniyle ABD tarafından temyiz edilmesi neticesinde uyuşmazlık DTÖ Temyiz Makamı (Appellate Body) tarafından ele alınmıştır⁸³. ABD, 23 Temmuz 1998 tarihli temyiz dilekçesinde üç ayrı STK grubuna ait amicus görüşleri ek olarak sunmuş, ancak temyize cevap verenler 7 Ağustos 1998 tarihli dilekçelerinde bu hususa itiraz etmişlerdir. Temyiz Makamı 11 Ağustos 1998 tarihinde söz konusu usulü ön meselenin halli için bir karar vermektedir: "Birleşik Devletler'in temyiz dilekçesi ekinde sunduğu üç görüş içerisinde çeşitli STK'lar tarafından ortaya konulan hukuki iddiaların, münasip olduğu ölçüde dikkate alınmasına karar verdik."⁸⁴ Aynı kararda görüşlerde sunulan hukuki iddiaları benimseyip benimsemediği ABD'ye sorulmuş ve ABD 13 Ağustos 1998 tarihinde, kendi dilekçelerinde savundukları argümanlarla uyuştugu ölçüde benimsediği şekilde cevap vermiştir.

⁸² 15 Mayıs 1998, WT/DS58/R.

⁸³ 12 Ekim 1998, WT/DS58/AB/R.

⁸⁴ WT/DS58/AB/R para. 83.

Temyiz Makamı herhangi bir tarafın dilekçesinin ekine hangi kurumdan alındığına bakılmaksızın istediği metinleri dahil edebileceğini söyleyerek amicus görüşleri kabul etmektedir. Temyiz Makamı, ayrıca ABD'nin verdiği cevabın söz konusu amicus görüşleri ABD'nin dilekçesinin bir parçası haline getirdiğini ve bu yüzden kabul ettiğini söylemektedir. Netice itibariyle 12 Ekim 1998 tarih ve WT/DS58/AB/R sayılı kararında Temyiz Makamı, Panelin amicus görüşlerini talep edilmemiş olması nedeniyle reddetmesini hukuka aykırı bulmaktadır. Temyiz Makamı, DSU.13 ile Panele geniş bir takdir yetkisi verildiğini, madde lafzında yer alan “talep etmek⁸⁵” ifadesinin geniş yorumlanması gerektiğini ve talep edilmemiş dahi olsa STK'lar tarafından sunulan amicus görüşlerini kabul veya reddetme takdir yetkisinin Panele ait olduğunu ifade etmektedir.

Temyiz Makamı, hiçbir şekilde amicus curiae başvurularının uluslararası hukuktaki yerine veya önemine değinmemiş, sadece DTÖ metinlerinin yorumlanması ile bu sonuca varmıştır. Burada dikkat çeken başka bir husus ise üçüncü taraf olarak uyuşmazlığa dahil olan Avrupa Toplulukları DSU.13 hükmünün geniş yorumlanmaması gerektiğini ve amicus başvurularının reddedilmesinin doğru olacağını beyan etmiştir⁸⁶. Netice itibariyle DTÖ Temyiz Makamı'nın verdiği bu karar amicus görüşlerinin önünü açmıştır. Yatırım tahkimi tarihsel olarak ticari tahkimin usullerini takip etmekte ve gizlilik ve mahremiyete önem vermektedir. Ancak, 21. asra girildiğinde daha önce görülmeyen başvuruları giderek artan bir yoğunluk kazanmaktadır.

2.5.3. Amicus Başvurularının Yatırım Tahkiminde Görülmeye Başlanması: NAFTA 11. Bölüm Tahkim Davaları

Amicus curiae katılımına izin veren ilk NAFTA davası, 2000 yılındaki *Metalclad Corporation v. United Mexican States* davasıydı. Bir ABD şirketi olan Metalclad Corporation, Meksika hükümetine, tehlikeli atık depolama sahası işletme izni vermediği için NAFTA yatırım bölümünün ihlali nedeniyle dava açmıştı. Bu davada hakem kurulu, çevre örgütlerinin oluşturduğu bir amicus curiae sunumu yapmalarına

⁸⁵ İngilizce orijinalinde “seek” kelimesi yer almaktadır.

⁸⁶ WT/DS58/AB/R para. 65-66.

izin verdi ve söz konusu çevre örgütleri, Metalclad'ın depolama sahasının işletilmesinin olumsuz çevresel sonuçları olacağı iddiasında bulundular.

2001 senesinde NAFTA yatırım bölümü (11. Bölüm) ve 1976 UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında kurulan iki ayrı hakem heyeti çevre örgütleri tarafından talep edilmeksizin sunulan görüşleri kabul etmiştir. *Methanex v. USA* davasında, dünyanın en büyük metanol üreticisi ve pazarlamacısı olan firma, ABD'nin NAFTA yatırım korumalarını ihlal ettiğini iddia etmektedir. Tahkim konusu ihlal, benzin katkıları MTBE'nin Kaliforniya'da kullanılması veya satılmasının yasaklanmasına ilişkin bir Kaliforniya kararnamesidir. Bir etanol üreticisi olan ABD'li bir şirket (MTBE üretiminde metanol yerine etanol de kullanılabilir) lobi faaliyeti yaparak yasağın gelmesini sağlamıştır. ABD, kararnamenin ABD'li etanol üreticilerini desteklemek amacına matuf olmadığını, aksine çevresel mülahazalar ile insan sağlığı ve güvenliğinin baz alındığı cevabını vermiştir. Hakem heyeti uyuşmazlığın kamusal bir menfaati ilgilendirdiğini kabul etmiş ve 1976 UNCITRAL Tahkim Kuralları m.15(1)'in heyete, söz konusu kamusal menfaati ayrıntılı olarak ele almak gayesiyle amicus curiae görüşlerini kabul etme yetkisi verdiğini ifade etmiştir⁸⁷.

Bundan kısa bir süre sonra UPS v. Canada davasında hakem heyeti talep edilmeksizin sunulan amicus curiae başvurularını kabul etmiştir. Bu başvurular Canadian Union of Postal Workers, Council of Canadians ve ABD Ticaret Odası tarafından yapıldı. Dava, ABD'li paket taşımacılığı hizmeti veren Amerika Birleşik Paket Hizmetleri (UPS) tarafından açıldı. UPS, Canada Post'un (devlet kontrolünde bir posta işletmesi) rekabet engelleyici uygulamalara giriştiğini ve bunun da NAFTA'nın ihlaline sebebiyet verdiğini iddia etmekteydi. Tıpkı Methanex hakem heyeti gibi, UPS hakem heyeti de “Heyetin, üçüncü taraflardan heyete yardımcı olacak başvuruları kabul etmesinin m.15(1) hükmü kapsamında olduğu” kararına varmıştır⁸⁸. Kararlar her iki yönde de yankı uyandırmıştır⁸⁹.

⁸⁷ Daha tarafların kendi dilekçelerini sunmadığı bir aşamada yapılan amicus curiae başvurularını hakem heyeti erken sunulduğu gerekçesiyle önce reddetse de yargılamanın ileriki aşamalarında bunları kabul etmiştir. (para. 48-52) Decision of the Tribunal on Petitions from Third Parties to Intervene as Amicus Curiae (*Methanex v. USA* 15 Ocak 2001).

⁸⁸ Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amicus Curiae (*UPS v. Canada* 17 Ekim 2001) para. 61.

⁸⁹ Amicus curiae eleştirisi için bkz: Mourre, “Are Amici the Proper Response?”, 252, 262.

Methanex v. USA davasında Meksika NAFTA m.1128'e istinaden müdahil olmuş ve amicus curiae'nın kabul edilmesine katılmadığını ve Meksika'nın kuruma aşına olmadığını beyan etmiştir. Hakem heyeti kararında "amicus başvuruların her iki NAFTA üyesi devletin mahkemelerindeki milli usul kurallarında esaslı bir yer kapladığı argümanının aldıkları kararda etkili olmadığını" ifade etmiştir⁹⁰. Amicus başvurularının kabulü şeklinde bir kararın, davalı olduğu diğer tahkim davaları için emsal teşkil etmesinden çekinmesi sebebiyle Meksika'nın itiraz ettiği iddia edilmektedir⁹¹.

Amici curiae'nın kabulü cesur bir adım olup hassaten mahrem bir ortamda devam eden uyuşmazlık çözüm sisteminde cari bir paradigma değişiminin sinyallerini vermekteydi. Aslında amici curiae'nın ilk defa kabul edildiği vakaların, Kanada ve ABD'nin taraf olduğu NAFTA uyuşmazlıklarında meydana gelmesi şaşırtıcı olmamalıdır. Zira her iki ülkenin yargısı amicus curiae kavramına aşına ve kanunları yatırım uyuşmazlıklarında ve dava evraklarında ilişkin bilgilerin erişebilirliğini teşvik eden geniş şeffaflık yükümlülükleri getirmektedir. Ayrıca tahkim kararlarını veren hakemler kendi milli hukuk sistemlerinden dolayı kavrama aşına idiler⁹².

2005 ve 2006 senelerinde ICSID Tahkim Kuralları kapsamında kurulan hakem heyetleri de STK'ların amicus katılımına izin vermiştir. Bu tahkim davaları, Arjantin'in finansal kriz sırasında birkaç yabancı su sağlayıcı şirketlere karşı aldığı tedbirleri ilgilendirmekteydi. Amici curiae daha sonra CAFTA ve Enerji Şartı Anlaşması (EŞA⁹³) yargılamalarında da görüldü.

Amicus curiae başvurusunda bulunan yatırımcı-devlet tahkim davalarının sayısı 2014'ten beri dikkate değer bir artışla istikrarlı bir şekilde çoğalmaktadır. Bu artışın büyük bir kısmı Komisyon tarafından AB hukukunu ihtiva eden tahkim davalarına amicus curiae başvurusu yapmasından kaynaklanmaktadır⁹⁴. Uluslararası yatırım

⁹⁰ *Methanex v. USA* de 6, 21 para. 9, 47.

⁹¹ Jack J. Coe, "Transparency in the Resolution of Investor-State Disputes - Adoption, Adaption, and NAFTA Leadership", *Kansas Law Review* 54 (2006): 1376-77, <https://ssrn.com/abstract=1288765>.

⁹² Wiik, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, 117.

⁹³ Energy Charter Treaty – ECT.

⁹⁴ Wiik, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, 118.

tahkiminde artan amicus curiae uygulamasına yatırım anlaşmalarında ve kurumsal tahkim kurallarında mezkur kavramı regüle etme çabaları eşlik etmektedir.

7 Ekim 2003 tarihinde Methanex ve UPS tahkim davaları hala derdest iken, NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu, NAFTA'ya üye üç hükümetin kabine seviyesinde temsilcilerinden oluşan bir kurul, Kanada'nın girişimi neticesinde Uyuşmazlığın Tarafı Olmayan Üçüncü Taraf Katılımı Beyanı (FTC Beyanı) yayınlamıştır⁹⁵. FTC Beyanı amicus curiae olarak katılma talebinin şartlarını ve usullerini ortaya koymaktadır. Muhtelif ve müteaddit çok ve iki taraflı yatırım anlaşmalarında da amicus curiae katılımına dair hükümler mevcuttur⁹⁶. Bu anlaşmaların büyük bir kısmı ABD veya Kanada (ve gitgide artan oranda AB) ile akdedilmiştir; üçü de yatırım tahkimin de şeffaflığın güçlü savunucusudur⁹⁷.

2.5.4. FTC Beyanı

FTC Beyanı iki sayfalık bir metin olup “A. Uyuşmazlığın tarafı olmayan üçüncü taraf katılımı” ve “B. Usul” olmak üzere iki başlıktan oluşmaktadır. İkinci başlığın altıncı ve yedinci paragraflarına burada yer vermek istiyorum. Görülmektedir ki kendisinden sonra gelen ICSID Tahkim Kuralları'nda amicus başvurusuna ilişkin yapılan değişiklikler büyük oranda FTC Beyanı'ndan etkilenmektedir.

6. Uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü taraf beyanı sunma başvurularının takdirinde, Heyet diğer hususların yanı sıra aşağıdaki hususları da dikkate alacaktır: (a) Uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü taraf beyanı, tahkim davası ile alakalı fiili veya hukuki bir sorunun belirlenmesinde, uyuşmazlığın tarafları tarafından sunulmayan bir bakış açısı, özel bir bilgi veya anlayış getirerek Heyete yardımcı olmalıdır. (b) Uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü taraf beyanı uyuşmazlık kapsamındaki konuları ele almalıdır. (c) Uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü tarafın tahkim davasında önemli bir menfaati olmalıdır. (d) Dava konusu kamu yararına müteallik olmalıdır.

7. Heyet şu hususları temin edecektir: (a) Uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü taraf başvurusu yargılamanın aksamasına sebebiyet vermeyecektir. (b) Uyuşmazlığın taraflarından hiçbiri bu tür başvurular nedeniyle gereksiz bir yük altına girmez veya haksız bir şekilde önyargıya maruz kalmayacaktır.

⁹⁵ http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/nondispute_e.pdf (Erişim Tarihi: 03.02.2023)

⁹⁶ CAFTA m.10.20.3, CETA Ek-29-A para. 43-46, 2012 ABD Model BIT m.28(3), Kanada Yabancı Yatırım, Teşvik ve Koruma Anlaşması m.39.

⁹⁷ Wiik, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, 118.

Burada belirlenen şartlar amicus başvurularının milli veya uluslararası mahkeme ve heyetlerde takip etmesi gereken usul ve esaslar olmadığı açıktır. Bunun yanı sıra, FTC Beyanı ile getirilen şartlar Methanex ve UPS tahkim heyetleri tarafından genel olarak benimsenen ilkelerle örtüşmektedir. FTC Beyanı ile benimsenen amicus tarafsız ve seyirci bir üçüncü kişidir. Açıkça herhangi bir taraf aleyhinde önyargı oluşturacak amicus görüşlerinin kabul edilmemesi gerektiği beyan edilmektedir.

FTC Beyanı'nın hazırlanmasına iten süreçler düşünüldüğünde amicus görüşüne izin verilmesindeki amacın çevre sorunları, kamu yararı ya da milli menfaatlerin tahkim heyetleri tarafından duyulmasını sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumun "meşhur" demokratik unsur eksikliğini gidereceği yaygın bir kanıdır. Ayrıca şimdiye kadar mahrem kalması gerektiğine inanılan yatırım tahkiminin amicus görüşlerine açılması ve amici'nin dava mündericatında mevcut dilekçeleri veya izin verildiği ölçüde diğer materyalleri incelemesi de yatırım tahkiminin alenileştirilmesi ihtiyacının (veya inancının) bir karşılığıdır. Daha sonrasında FTC Beyanı'nı takip eden gelişmeler onu örnek almıştır. ICSID Tahkim Kuralları Kural 37(2) ve UNCITRAL şeffaflık kuralları FTC Beyanı tarafından ciddi bir şekilde etkilenmiştir.

ICSID mevzuu aşağıda ayrıca açıklanacaktır. UNCITRAL şeffaflık kurallarına gelince 2010 yılında UNCITRAL Çalışma Grubu II hukuki bir standart hazırlamak için görevlendirildi⁹⁸. Çalışma Grubu çalışmalarını 2013 Şubat'ında nihayete erdirdi. 11 Temmuz 2013 tarihinde UNCITRAL tarafından Şeffaflığa Dair UNCITRAL Kuralları hayata geçirildi⁹⁹. Kurallar 1 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe girdi. Kuralların dördüncü maddesi amicus curiae katılımına olanak sağlamaktadır. Kısacası NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu yayınladığı FTC Beyanı ile yatırım tahkiminde amicus katılımına kapı araladığı gibi bunun şartlarını ve şeklini de belirlemiştir.

2.5.5. Kamusal Katılım, Şeffaflık ve Demokratik Unsur Eksikliği

Amicus curiae katılımının kamu çıkarlarını temsil etme ve savunma işlevi, yatırım tahkimine eleştirel yaklaşımların yanı sıra yatırım anlaşmazlıklarının doğasından kaynaklanan önemli kamu çıkarlarının işleminin bir sonucu olarak ortaya

⁹⁸ Genel Kurul Resmi Kayıtları, 65. Oturum, No:17 UN Doc. A/65/17, para. 190.

⁹⁹ UN Doc. A/68/17, s. 22, para. 128.

çıkılmaktadır. Her yatırım tahkimi, bir devletin taraf olduğu için kamusal bir çıkar unsuru içermektedir, çünkü yatırım taleplerine ödenecek her tazminat, o ülkenin vergi mükellefleri tarafından finanse edilmektedir. Ayrıca, giderek daha yaygınlaşan konuları ele alan konularda, yatırım anlaşmazlıkları da genellikle aşikâr ve önemli kamu çıkarlarını gündeme getirir. Kamu sağlığının ve çevrenin korunmasına yönelik düzenlemeler gibi konularda mevzuat ve idari kontrol giderek yaygınlaşmıştır ve etkilenen işletmeler üzerinde olumsuz etkilere sahip olabilir. Yabancı yatırımcılar, bu tür etkilere karşı tazminat talep ederek yatırım anlaşmazlıkları başlatmış ve böylece kamu yararı amaçlayan düzenlemeler nedeniyle yabancı yatırımcılara karşı yerel devletin sorumluluğunu gündeme getirmiştir. Çok sayıda insanın su hizmeti sunma sözleşmesi gibi önemli kamu çıkarlarını içeren yatırım anlaşmazlıklarına yol açan kamu hizmetlerinin işletilmesi, bu tür anlaşmazlıkların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Amicus curiae katılımının önerildiği temel neden, özel ticari tahkim prosedürlerinin yatırımcı-devlet anlaşmazlığı çözümüne uygulanması nedeniyle meydana gelen bir meşruiyet eksikliğidir. Bu argüman, yatırımcı-devlet tahkim hakem kararlarının sadece tarafları değil, genel halkı da etkilediği için, kararların bu etkilenen kişilerin bakış açısından meşrulaştırılabilmesi için bu kararların, kararları etkileyebilecek kişilerin bakış açısından meşrulaştırılabilmesi gerektiğini iddia eder. İstikrarlı yargılama gibi hukuk devleti kavramlarının uygulanması durumunda, yatırım tahkiminin meşruiyet derecesi, tarafların bakış açısından artırılır, ancak kararlar, halkın girişim eksikliği nedeniyle kamu katılım prosedürleri olmaksızın alındığında bir eksiklik oluşabilir, çünkü kamusal katkı olmadan, kamusal çıkarın mahkeme için faydalı olabilmesi daha az olasıdır. Hakem heyetlerinin ödülleri yabancı yatırım hukukunun evrimine katkıda bulunabilir, bu nedenle bir yatırım tahkimine katılmak isteme motivasyonu bir amicus curiae olarak meşrulaştırılabilir. Bu, yabancı yatırım hukuku geliştikçe ve yatırım sözleşmeleri ve anlaşmazlıkları yaygınlaştıkça daha fazla geçerlilik kazanabilir¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Amokura Kawharu, “Part III Chapter 11: Participation of Non-Governmental Organizations in Investment Arbitration as Amici Curiae”, içinde *The Backlash against Investment Arbitration*, ed. Asha Kaushal vd. (Kluwer Law International, 2010), 280-90.

Uluslararası yatırım tahkiminde amicus curiae katılımı, yatırım anlaşmazlıklarının çeşitli hukuki düzenlemeler ve kamu çıkarları ile nasıl ilişkilendirilebileceğini ele alarak, hukuki bütünlüğü ve halkın kabulünü artırma potansiyeline sahiptir.

2.6. ICSID Yatırım Tahkiminde Amicus Curiae

2.6.1. Giriş

Amicus curiae görüşleri, ICSID tahkiminde son yıllarda giderek yaygınlaşmıştır. ICSID tahkimi, yabancı yatırımcılar ile yatırım yaptıkları devletler arasındaki anlaşmazlıkları çözmek için kullanılan bir yatırımcı-devlet anlaşmazlık çözüm merkezidir. ICSID, tahkim sürecini yöneten bir hükümetler arası kuruluştur. ICSID tahkiminde amicus curiae görüşlerinin giderek daha yaygın hale gelmesinin birkaç nedeni vardır. İlk olarak, artan ICSID dava sayısı, yatırımcı-devlet anlaşmazlığı çözümünün öneminin daha iyi anlaşılmasına yol açmakta ve amicus görüşleri, hakem heyetine ek bakış açıları ve uzmanlıklar sağlama yolu olarak görülmektedir.

İkinci olarak, birçok örgüt ve birey, yatırımcı-devlet anlaşmazlığı çözümünün insan hakları, çevre ve su gibi temel hizmetlere erişim gibi konular üzerindeki etkisi konusunda giderek daha fazla endişelenmektedir. Amicus curiae görüşleri, bu konuları gündeme getirmenin ve tahkim sürecinde hesaba katılmasını sağlamanın bir yolu olarak görülmektedir. Son olarak, DTÖ ve ICJ gibi diğer uluslararası anlaşmazlık çözüm mekanizmalarında amicus curiae görüşlerinin giderek daha fazla kullanılması, kavramın daha tanındık hale gelmesine ve ICSID tahkiminde kullanılması konusunda daha büyük bir isteklilik oluşmasına yol açmıştır.

ICSID tahkiminde amicus curiae kurumunun kullanımı nispeten yeni olmasına rağmen, amicus curiae kurumunun kullanıldığı örnekler mevcuttur. Örneğin, *Occidental Petroleum Corporation v. Ecuador* davasında, bir grup STK, şirketin faaliyetlerinin çevre ve yerli toplulukların hakları üzerindeki etkisini dikkate alması gerektiğini savunan bir amicus curiae görüşü sundu. Başka bir davada, bir grup akademisyen, İspanyol bir şirketin bir su hizmetinin hissesini millileştirmek için Arjantin'in kararını desteklemek amacıyla bir amicus curiae dilekçesi sundu.

Akademisyenler, insan hakları olarak su hakkı temelinde millileştirmenin haklı olduğunu savundu.

Potansiyel faydalarına rağmen, ICSID tahkiminde amicus curiae dilekçeleri tartışmalıdır. Bazı eleştirmenler, tahkim sürecini geciktirmek veya işle ilgili olmayan konuları gündeme getirmek için kullanılabileceklerini iddia etmektedir. Diğerleri, güçlü çıkar gruplarının tahkim kararını etkilemek için bir araç olarak kullanılabileceğini savunmaktadır.

Sonuç olarak, amicus curiae dilekçeleri, ICSID tahkiminin giderek daha önemli bir özelliği haline gelmektedir. Üçüncü tarafların anlaşmazlıkların çözümüne katkıda bulunmalarına ve aksi takdirde göz ardı edilebilecek önemli konuları gündeme getirmelerine olanak sağlar. Ancak, kullanımları tahkim sürecini bozmamak veya zayıflatmamak için dikkatle izlenmelidir.

2.6.2. ICSID Yatırım Tahkiminde Amicus Curiae Başvurularının Başlangıcı: Suez v. Arjantin

Amicus curiae katılımı giderek artan bir oranda kurumsal tahkim kuralları içinde regüle edilmektedir. 2006 yılında ICSID İdari Konseyi yeni Tahkim Kuralları'nı çıkardı. ICSID Tahkim Kuralları, İdari Konsey tarafından kabul edilir¹⁰¹. ICSID kurumsal tahkim mekanizması idaresinde kurulan tahkim heyetleri amicus curiae taleplerini daha ilk defa kabul ettiği sırada İdari Konsey amicus curiae katılımına ilişkin bir hükmü Tahkim Kuralları'na ithal etmek için tadil çalışmalarına zaten başlamıştı. Şöyle ki bu durum da 2006 yılında ICSID Tahkim Kuralları Kural 37(2) kabulünü intaç etti¹⁰².

Kural 37(2) heyetlere her iki tarafa danıştıktan sonra yazılı amicus curiae taleplerini kabul etme yetkisi verir¹⁰³. Kural 37(2) heyetin, taraf olmayanları duruşmalara kabulü

¹⁰¹ ICSID m.6(1)(c)

¹⁰² Şöyle ki mezkur heyetlerin eli kulağında olan söz konusu değişikliklerden haberdar olduğu söylenmektedir. Bu nedenle heyetler üye devletlerin temel düzeyde amicus curiae katılımına muhalif olmadıklarını bilmekteydiler. Bkz: Wiik, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, 118.

¹⁰³ ICSID İlave Hizmet Kuralları Kural 41 ile Tahkim Kuralları Kural 37 birebir aynıdır.

için belli bazı şartlar altında heyete izin vermektedir. Kuralların istişaresi için söz konusu süreç 2005 yılında başlamıştır. Bu ise *Suez/Vivendi v. Argentina* ve *Suez/Inter Aguas v. Argentina* tahkim davalarında verilen kararlardan öncesine tesadüf etmektedir. Amicus curiae'ya ilişkin hükümlerin ithaline dair fikir, ICSID Sekreteryasında *Methanex* ve *UPS* kararları peşine ortaya çıkmaktadır¹⁰⁴. Mamafih, ICSID'in idari ve "yargı" kolları amicus curiae katılımına benzer zamanlarda açılmıştır¹⁰⁵.

Fransız bir şirket olan Suez öncülüğünde su ve atık su hizmetleri için verilen imtiyazın ihlali nedeniyle Arjantin'e karşı dört ayrı yatırım tahkim davası açıldı. Bu davaların üçü ICSID nezdinde iken birisi UNCITRAL kurallarına göre gerçekleştirilmiştir. ICSID idaresinde bulunan davalar şöyledir: *Suez vd. v. Arjantin*, ICSID Dava No. 03/17¹⁰⁶, *Suez vd. v. Arjantin*, ICSID Dava No. 03/18¹⁰⁷, *Suez vd. v. Arjantin*, ICSID Dava No. 03/19¹⁰⁸. UNCITRAL (1976) kurallarına göre açılan dava ise *AWG v. Arjantin* yatırım tahkim davasıdır¹⁰⁹. Bu davaların hepsi 17 Temmuz 2003 tarihinde eş zamanlı olarak başlatılmıştır. Bu davaların hepsinde hakem heyeti de birebir aynıdır.

¹⁰⁴ ICSID Sekreteryası, "Possible Improvements of the Framework for Investor-State Arbitration", Discussion Paper, 22 Ekim 2004, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>; ICSID Sekreteryası, "Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations", Background Paper, 12 Mayıs 2005, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf>.

¹⁰⁵ Gerçekten de Kuralların istişaresinden önce yapılan amicus başvurularının reddedildiği görülmektedir. ICSID tahkiminde yapılan ilk amicus curiae başvurusu *Aguas del Tunari v. Bolivia* davasıdır (ICSID Case No. ARB/02/3). Burada bir grup STK'nın ve gerçek kişilerin (La Coordinadora para la Defensa del Agua y Vida, La Federación Departamental Cochabambina de Organizaciones Regantes, SEMAPA Sur, Friends of the Earth-Netherlands, Oscar Olivera, Omar Fernandez, Father Luis Sánchez, and Congressman Jorge Alvarado) 29 Ağustos 2002 tarihinde yapmış olduğu amicus başvurusu 29 Ocak 2003 tarihinde reddedilmiştir.

¹⁰⁶ Bu davada Suez, Sociedad General şirketleri ile birlikte Inter Aguas şirketi birlikte dava açmıştır. Bu yüzden *Suez/Inter Aguas v. Argentina* (veya *Suez/Inter Aguas*) olarak da ifade edilir.

¹⁰⁷ Tarafların anlaşması nedeniyle işbu davaya devam edilmemiştir.

¹⁰⁸ Bu davada Suez, Sociedad General şirketleri ile birlikte Vivendi şirketi birlikte dava açmıştır. Bu yüzden *Suez/Vivendi v. Argentina* (veya *Suez/Vivendi*) olarak da ifade edilir.

¹⁰⁹ Tarafların kararı ile *Suez/Vivendi v. Argentina* ile AWG davaları birleştirilmiş ve hakem heyeti ortak bir karar vermiştir.

İlk olarak *Suez/Vivendi* davasında beş ayrı STK¹¹⁰ tarafından 28 Ocak 2005 tarihinde, amicus başvurusu yapılmıştır¹¹¹. STK'lar Methanex ve UPS davalarını örnek göstererek söz konusu amicus başvurusunu yaparken duruşmalara katılmak için de izin istemektedir¹¹². Heyet ICSID Tahkim Kuralları Kural 32(2) hükmü gereğince duruşmalara katılım sağlanmasına izin veremeyeceğini beyan eder¹¹³. Kural 32(2) açık bir şekilde uyuşmazlığın taraflarının muvafakati ile üçüncü kişilerin duruşmalara katılım sağlayabileceğini hüküm altına almaktadır. Davacılar bu talebe itiraz ettiğinden Heyet bu talebi reddetmiştir. Heyet gerekçesinin devamında NAFTA tahkimlerinin UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre icra edildiğini ve tarafların aleni duruşmalar için muvafakat gösterdiğini de söylemektedir¹¹⁴.

Bununla birlikte STK'ların amicus görüşü sunmasında bir beis olmadığına karar veren Heyet STK'ların, kendi başvurularında amicus statüsünün ne olacağı hususunda açıklama yapmadığını, ancak bunun bazı hukuk sistemleri ile yakın zamanlı uluslararası uygulamalara benzer olacağını varsaymaktadır¹¹⁵. Heyet, dönemin ICSID Tahkim Kuralları'nın amicus başvurusunu reddeden veya kabul eden bir hükmün yer almadığını ve bu durumda Kural 44¹¹⁶ gereği bu hususa karar verme yetkisinin kendilerinde olduğu sonucuna varmaktadır¹¹⁷. Bu kararını desteklemek adına Heyet de Methanex davasına atıf yapmaktadır. *Methanex* davasında heyetin UNCITRAL Tahkim Kuralları m.15(1) gereği amicus başvurusunu kabul ettiğini ve m.15(1) hükmünün Kural 44 ile büyük oranda benzer olduğunu ifade etmektedir. Dahası tıpkı *Methanex* hakem heyeti gibi *Suez/Vivendi* hakem heyeti de amicus başvurularının usulü bir mesele olduğu ve tarafların haklarını ciddi bir şekilde etkilemeyeceği

¹¹⁰ Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Center for International Environmental Law (CIEL), Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria ve Unión de Usuarios y Consumidores.

¹¹¹ *Suez/Vivendi v. Argentine*, Order In Response To A Petition For Transparency And Participation As Amicus Curiae, No. ARB/03/19 (International Centre for Settlement of Investment Disputes 19 Mayıs 2005) para. 1.

¹¹² A.g.e. para. 4.

¹¹³ A.g.e. para. 7.

¹¹⁴ A.g.e. para. 6.

¹¹⁵ A.g.e. para. 8.

¹¹⁶ "Bu bölüm veya Tahkim Kuralları veya taraflarca üzerinde anlaşılan esaslar muvacehesinde belirlenmemiş herhangi bir usulü sorunun baş göstermesi halinde sorunun halline Heyet karar verecektir."

¹¹⁷ *Suez/Vivendi v. Argentine*, Order In Response To A Petition For Transparency And Participation As Amicus Curiae para. 13.

sonucuna varmaktadır¹¹⁸. *Suez/Inter Aguas* davasında da STK'lar tarafından yapılan amicus başvurusunda birebir aynı kararı vermektedir¹¹⁹.

2.6.3. Kural 37(2) ve Amicus Curiae Müdahalesi İçin Getirilen Şartlar

ICSID tahkimlerinde amicus katılımına ilişkin hukuki çerçeve, temel olarak ICSID Tahkim Kuralları'nın 37(2) numaralı kuralına dayanmaktadır. Bu kurala göre, potansiyel amici özgün bir hukuki veya gerçek perspektif sunmalıdır. Katılımları, başvuruya ilişkin önemli bir çıkarı veya tahkim süreci ile ilgili bir kamusal çıkarı içermelidir. Sunulan argümanlar anlaşmazlığın kapsamına girmelidir ve başvuru sahipleri gerekli uzmanlığa, deneyime ve bağımsızlığa sahip olmalıdır. Ayrıca, katılımları herhangi bir taraftan fazla yük getirmemeli veya adaletsiz zarar vermemelidir. Kural 37(2), tahkim kurullarının önceki içtihatlarını yansıtmaktadır ve aynı zamanda BIT'ler gibi anlaşmalara dayanan UNCITRAL Kuralları'na da uygulanır. Bu hukuki standart altındaki her bir kriter, ayrıntılı bir şekilde ele alınmaktadır.

2.6.3.1. Başvurucunun Heyete Yardım Etme Kabiliyeti

ICSID Tahkim Kuralları'nın 37(2) numaralı kuralı, amicus curiae müdahalesinin tahkim sürecine katılması için belirli şartlar getirir. Bu şartlardan biri, başvurucunun hakem heyetine yardımcı olma kapasitesidir. Bu kriter, amicus'un uzmanlık alanındaki bilgisi ve tecrübesi ile heyetin karar vermesine katkıda bulunup bulunamayacağını değerlendirir. Örneğin, bir amicus curiae, davanın hukuki veya teknik yönlerinde uzmanlık sunarak, heyetin daha bilgilendirilmiş ve adil bir karar vermesine yardımcı olabilir. Başvurucunun sunduğu bilgiler, uyuşmazlığın çözümüne doğrudan katkı sağlamalı ve heyetin değerlendirmesi için gerekli ve önemli olmalıdır.

¹¹⁸ A.g.e. para. 14.

¹¹⁹ *Suez/Inter Aguas v. Argentina*, Order In Response To A Petition For Participation As Amicus Curiae, No. ARB/03/17 (International Centre for Settlement of Investment Disputes 17 Mart 2006).

2.6.3.2. Başvurunun Uyuşmazlık Kapsamında Kalması

Amicus curiae başvurusu, uyuşmazlığın kapsamı dahilinde olmalıdır. Bu, başvurunun, tahkim sürecindeki temel hukuki veya gerçek sorunlarla doğrudan ilgili olması gerektiği anlamına gelir. Başvurunun, uyuşmazlık konusunu genişletmemesi veya tarafların ileri sürdüğü iddialardan sapmaması gerekir. Hakem heyeti, amicus curiae'nın sunacağı bilgilerin, uyuşmazlık konusu üzerinde aydınlatıcı olup olmayacağını değerlendirmelidir. Bu kriter, tahkim sürecinin verimliliğini ve odaklanmasını sağlamak amacıyla getirilmiştir.

2.6.3.3. Amicus'un Kayda Değer Bir Menfaatinin Mevcudiyeti

Amicus curiae'nın tahkim sürecine katılımı, kayda değer bir menfaat içermelidir. Bu, amicus'un temsil ettiği çıkarın, tahkim sürecinde tartışılan konular üzerinde önemli bir etkisi olduğu anlamına gelir. Amicus curiae, genellikle geniş bir kamu yararı veya belirli bir topluluğun çıkarları adına hareket eder. Başvurucunun, uyuşmazlığın sonucundan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenecek bir menfaate sahip olduğunu göstermesi gerekmektedir. Bu şart, amicus curiae müdahalelerinin keyfi ve ilgisiz olmasını önlemek amacıyla önemlidir.

2.6.3.4. Tahkim Konusu Uyuşmazlığının Kamusal Bir Menfaati İlgilendirmesi

Tahkim konusu uyuşmazlık, genellikle kamusal bir menfaati ilgilendirmelidir. Amicus curiae'nın müdahalesi, geniş çapta toplumsal, çevresel veya ekonomik etkileri olan davalarda daha sık görülür. Bu tür davalarda, amicus curiae, kamu yararını korumak ve toplumsal çıkarları savunmak amacıyla bilgi ve görüş sunar. Amicus curiae müdahalesi, tahkim sürecinin şeffaflığını artırabilir ve kamusal çıkarların daha iyi temsil edilmesini sağlayabilir. Hakem heyeti, uyuşmazlığın kamusal menfaat açısından önemini dikkate alarak amicus başvurularını değerlendirir.

2.6.3.5. Tahkim Sürecinin Adil ve Etkin Bir Biçimde Yürütülmesi

Amicus curiae müdahaleleri, tahkim sürecinin adil ve etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamalıdır. Bu, müdahalelerin taraflara gereksiz yük getirmemesi ve sürecin

gecikmesine yol açmaması gerektiği anlamına gelir. Hakem heyeti, amicus curiae'nın müdahalesinin sürecin hızını ve verimliliğini olumsuz etkilemeyecek şekilde düzenlenmesini sağlamakla yükümlüdür. Amicus curiae, tarafların haklarını zedelememeli ve tahkim sürecinin dengeli bir şekilde ilerlemesine katkıda bulunmalıdır.

2.6.3.6. Amicus'un Tarafsız ve Bağımsız Olması

Amicus curiae'nın tarafsız ve bağımsız olması, tahkim sürecinde güvenilirliğini artırır. Amicus curiae, belirli bir tarafın çıkarlarını savunmak yerine, objektif ve tarafsız bir perspektif sunmalıdır. Başvurucunun bağımsızlığı, sunduğu bilgilerin ve argümanların güvenilirliği açısından kritik öneme sahiptir. Hakem heyeti, amicus curiae'nın bağımsızlığını değerlendirirken, başvurucunun geçmişi, ilişkileri ve çıkar çatışması olup olmadığını dikkate alır.

2.7. Türk Hukukunda Amicus Curiae'ya İzin Verilir mi?

Bu sorunun cevabının verilebilmesi için öncelikle Türk hukuk sisteminin de dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde amicus curiae örneklerinin incelenmesi gerektiği kanaatindeyim. Kurum, Müşterek hukuk sisteminde gelişmiş ve Kıta Avrupası hukuk sistemi ülkelerinde de görünüşleri mevcuttur. Örneğin, 1999 yılında Brezilya bu konuda bir yasa çıkararak kurumu resmi bir şekilde düzenlemiştir. Arjantin Yüksek Mahkemesi ve Peru Anayasa Mahkemesi 2004 yılında açık bir şekilde amicus görüşlerin sunulmasına izin vermiştir. Meksika ise 2011 yılında kurumu yasallaştırmıştır.¹²⁰ Bir diğer örnek olarak 21 Haziran 1988 tarihli Paris İstinaf Mahkemesi kararında amicus curiae görüşlerinden yararlanıldığı görülmektedir.¹²¹ Avrupa Birliği ülkelerinde ise AB regülasyonları gereği olarak rekabet hukuku alanında mahkemeler amicus curiae kurumuna izin vermek durumundadır.¹²²

¹²⁰ Steven Kochevar, "Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions", *The Yale Law Journal* 122, sy 7 (Mayıs 2013): 1659-60.

¹²¹ Bolayır, "Fransız Hukuku'nda Amicus Curiae", 805.

¹²² Kochevar, "Amici in Civil Law", 1660.

Görüldüğü üzere Kıta Avrupası ülkelerinde *amicus curiae* kurumuna izin verilmektedir. Bir diğer önemli konu ise kurumun hukuki niteliğidir. *Amicus curiae* kurumunun hukuki niteliği incelenirken bilirkişilik (HMK.266) ve uzman görüşü (HMK.293) kurumları ile olan benzerlikleri mercek altına alınmaktadır.¹²³ *Amicus curiae* tarafından sunulan görüşlerin ve mahkemeyi ya da hakem heyetini bir konuda bilgilendirmesinin bilirkişilik kurumu ile benzerlik göstermesinden yola çıkarak *amicus curiae*'nin "*itibar bilirkişisi*" olduğu görüşü ileri sürülmüştür¹²⁴.

HMK'da yer alan ve benzerlik teşkil edebilecek bir başka kurum ise asli müdahale (HMK.65) ve feri müdahale (HMK.66) kurumlarıdır.¹²⁵ *Amicus curiae*'nin lehinde veya aleyhinde karar verilemeyecek olması, birçok uygulamasında dava evrakına dahi erişim sağlayamaması, korumayı hedeflediği çıkarların kendisine ait mikro düzeyde maddi kazanımlar olmadığı ve nihayet *amicus*'un işlevinin görüşlerini içeren bir dilekçeyi mahkemeye sunduğunda sona ermesi dikkate alındığında müdahil olamayacağı sonucuna varılmaktadır.¹²⁶

Amicus curiae'nin Türk hukukunda bir karşılığının olmadığı açıktır.¹²⁷ Her ne kadar özellikle Yargıtay nezdinde *amicus curiae* kurumuna başvurulduğu söylene de bunun gerçekten bir *amicus curiae* olup olmadığı da tartışmalıdır. Sıkça bahsedilen 24.03.1989 Tarihli, 1988/1 Esas ve 1989/2 Karar Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda Yargıtay'ın profesörlerden hukuki görüş alması olayının¹²⁸ gerçekten bir *amicus curiae* olmadığı veya emsal teşkil etmeyeceği kanaatindeyim. *Amicus* görünümünün iç hukuk ve uluslararası forumlarda birbirinden farklı olduğu ve mahkeme tarafından görüş istenmesinin *amicus curiae*'nin geleneksel görünümü olduğu söylenmektedir.¹²⁹ Bununla birlikte Yargıtay tarafından formel bir mektup veya karar ile çeşitli

¹²³ Barış Toraman, "Cumhuriyet'in İkinci Yüzyılına Gireken Bitmeyen Kavga; Bilirkişilik", içinde *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Cumhuriyetimizin 100. Yılına Armağanı*, 1., Legal Hukuk Kitapları Serisi 744 (İstanbul: Legal Yayıncılık A.Ş., 2023), 331; Gürcan, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda *Amicus*", 43-61, 64-67; Toraman, "İtibar Bilirkişiliği ve Yargısal Lobcilik Arasında Bir Müessese Olarak 'Amicus Curiae' (Mahkeme Dostu)", 187-93.

¹²⁴ Toraman, "İtibar Bilirkişiliği ve Yargısal Lobcilik Arasında Bir Müessese Olarak 'Amicus Curiae' (Mahkeme Dostu)", 196.

¹²⁵ Gürcan, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda *Amicus*", 61-64.

¹²⁶ A.g.e., 72.

¹²⁷ Bolayır, "Fransız Hukuku'nda *Amicus Curiae*", 824.

¹²⁸ Gürcan, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda *Amicus*", 87; Bolayır, "Fransız Hukuku'nda *Amicus Curiae*", 824.

¹²⁹ Toraman, "İtibar Bilirkişiliği ve Yargısal Lobcilik Arasında Bir Müessese Olarak 'Amicus Curiae' (Mahkeme Dostu)", 172.

profesörlerden hukuki görüşlerinin sunulması için başvuruda bulunulması, dosya evrakının en azından bir kısmına erişimin izin verilmesi gerekmektedir. Karar incelendiğinde bunlara ilişkin herhangi bir olgunun yer almadığı görülmektedir.

Kanaatimce yargı mensuplarının profesörlerden veya arkadaşlarından hukuki tavsiye almaları ya da bu tavsiyeleri yazılı bir şekilde almaları salt olarak *amicus curiae* olarak değerlendirilemez. *Amicus curiae*'nın en büyük işlevi demokratik unsur eksikliğini gidermesidir. Eğer *amicus curiae* kamusal bir faaliyet olarak yapılmazsa kurumun gerçek bir işlerliğinden bahsetmek mümkün değildir.

Türk hukukunda bir karşılığının olmadığı ve uygulamada yer edinmediği kanaatimce izahtan vareste bir durumdur. Ancak, TMK.1/3 yardımıyla *amicus curiae*'nin Türk hukukunda yer edinebileceğine dair bir görüş mevcuttur.¹³⁰ Her ne kadar *amicus curiae*'nin salt olarak bilimsel bir görüş olmadığı kanaatimde olsam da kurum uygulamasının ülkemizde artış göstermesinin demokratik unsur eksikliğini gidereceği inancındayım. Bu sebeple *amicus curiae* kurumunun yaygınlık kazanması yönündeki görüşlere¹³¹ katılmaktayım.

Sonuç olarak Türk hukukunda mevzuat olarak *amicus curiae*'ya yer verilmemiş olsa da -durumdan duruma değişiklik göstermekle birlikte- hakim takdir yetkisinin keyfiyeti, hukuki dinlenilme hakkının sınırları, mahkemenin kendi usulünü belirleme hürriyeti, hukukun gelişimi ve demokratik unsur eksikliğini giderilmesi amacıyla kuruma başvurulabileceği kanaatindeyim. Özellikle talep edilmeksizin *amicus görüşü* sunulması için başvuruların artması ve bu taleplerin kabul edilmesi gerektiği görüşündeyim.

¹³⁰ Bolayır, "Fransız Hukuku'nda *Amicus Curiae*", 824.

¹³¹ Bolayır, "Fransız Hukuku'nda *Amicus Curiae*"; Gürçan, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda *Amicus*"; Toraman, "İtibar Bilirkişiliği ve Yargısal Lobcilik Arasında Bir Müessese Olarak '*Amicus Curiae*' (Mahkeme Dostu)".

BÖLÜM III

AVRUPA KOMİSYONU'NUN ICSID YATIRIM TAHKİMİ DAVALARINA AMICUS CURIAE MÜDAHALELERİ

3.1. Komisyon'un Genel Olarak Yatırım Tahkimi Davalarına Müdahaleleri

3.1.1. Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü Mekanizmasına Kısa Bir Bakış

Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü¹³², ikili yatırım anlaşmaları (BIT'ler) ve EŞA¹³³ gibi diğer uluslararası sözleşmeler dahilinde kullanılan hukuki bir enstrümandır. Buna göre yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü, devletlerin söz konusu BIT'leri veya sözleşmeleri ihlal edildiği kanaatinde olan yatırımcılara tahkime başvuru hakkı vermektedir¹³⁴. UNCTAD verilerine bakıldığında yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü davalarının sayısında ciddi bir artış yaşandığı görülmektedir. 1987-2000 yılları arasında başlatılan toplam 56 dava sonraki on yıl içinde altıya katlamış ve 2010-2017 yılları arasında da ciddi bir artış yaşamıştır¹³⁵.

Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü için açılan tahkim davalarındaki bu ciddi artışta, AB ülkeleri ve yatırımcılarının (özellikle enerji sektöründe) önemli bir payı söz konusudur¹³⁶. Gerçekten de işbu ihtilafların ezici çoğunluğu AB'den gelen yatırımcılar tarafından dava açılması neticesinde ve enerji sektörüyle alakalı olarak meydana gelmektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü için

¹³² Investor-state dispute settlement, ISDS.

¹³³ Bkz: dipnot 88.

¹³⁴ Roderick Abbott, Fredrik Erixon, ve Martina Francesca Ferracane, "Demystifying Investor-State Dispute Settlement (ISDS)", No. 5/2014, ECIPE Occasional Paper (Brussels: European Centre for International Political Economy (ECIPE), 2014), 3, <http://hdl.handle.net/10419/174728>.

¹³⁵ "Investment Dispute Settlement Navigator", UNCTAD Investment Policy Hub, 31 Temmuz 2023, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

¹³⁶ A.g.e.

açılan davalarda, ihlal edildiği ileri sürülüp dayanak gösterilen uluslararası anlaşma diğerlerine nazaran büyük oranda EŞA'dır¹³⁷.

Yatırım tahkimi konusundaki bu yoğun ilgiyi, devletlerin dahil olduğu ihtilafların halli için teşekkül eden tahkim mekanizmasının şeffaflığı ve hesap verebilirliği hususunda ciddi bir kamuoyu endişesi de takip etmektedir¹³⁸. Tahkim yargılamasının ayrılmaz bir parçası olan mahremiyet ve gizliliğin devletlerin taraf olduğu uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kaldığını söyleyen yazarlar mevcuttur¹³⁹. Bu yüzden sivil toplum ve yorumcular yatırım tahkiminde daha çok kamusal katılım olması gerektiği çağrısında bulunmaktadır¹⁴⁰. Yatırım tahkiminin opak veya dışa kapalı yapısını tezyif edecek mekanizmalardan biri, uygun düştüğü takdirde tahkim yargılaması dahilinde başvurularda bulunabilecek uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü kişilerin müdahalesidir¹⁴¹.

3.1.2. AB İçi Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Mekanizması ve Komisyon'un Amicus Rolü

AB'li yatırımcılar tarafından mevcut BIT'ler veya EŞA kapsamında AB'ye üye devletler aleyhinde açılan birçok tahkim davasıyla yüz yüze gelen AB, yatırım tahkimindeki bu açıklık trendinden yararlanmakta ve söz konusu uyuşmazlıklarda amicus curiae görüşleri sunmaktadır¹⁴². Aslında STK'lara atfedilen ve geleneksel olarak onlar tarafından icra edilen amicus rolü aynı zamanda Komisyon tarafından da tatbik edilmektedir. Yukarıda açıkladığımız üzere esas itibariyle yatırım tahkiminde

¹³⁷ A.g.e.

¹³⁸ Anthony De Palma, "Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say", *The New York Times*, 11 Mart 2001, <https://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html>; Editorial, "The Secret Trade Courts", *The New York Times*, 27 Eylül 2004, blm. Opinion, <https://www.nytimes.com/2004/09/27/opinion/the-secret-trade-courts.html>.

¹³⁹ Blackaby ve Richard, "Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy", 256.

¹⁴⁰ August Reinisch ve Christina Knahr, "Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 6, sy 1 (2007): 98, <https://doi.org/10.1163/156918507X193131>; Eugenia Levine, "Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation", *Berkeley Journal of International Law* 29, sy 1 (2011): 202.

¹⁴¹ Barnali Choudhury, "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?", *Nal of Transnational Law Vanderbilt Journal of Transnational Law* 41, sy 3 (Mayıs 2008): 782, <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vjtl/vol41/iss3/3>; Blackaby ve Richard, "Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy", 256.

¹⁴² Abbott, Erixon, ve Ferracane, "Demystifying Investor-State Dispute Settlement (ISDS)", 10.

veya hususiyetle ICSID yatırım tahkiminde amicus curiae rolü sivil topluma, STK'lara veya yerli topluluklara atfedilmektedir. Bu aşamada hükümetler arası bir kuruluş olan ve belli bazı uluslararası anlaşmaların neticesinde ortaya çıkan Komisyon'un STK olmadığı¹⁴³ veya sivil topluma mensup olmadığı ortadadır. Buna rağmen amicus curiae olarak söz konusu yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü davalarına (hususiyetle ICSID yatırım tahkimi davalarına) müdahil olmakta ve tahkim heyetleri tarafından da görüş sunmasına izin verilmektedir. Hatta aşağıda örneği verileceği üzere *Eastern Sugar* ve *Achmea* gibi önemli bazı davalarda hakem heyeti tarafından görüş sunması için davet edilmektedir.

Tüm bu hususlar muvacehesinde Komisyon, ICSID veya diğer kurumsal yatırım tahkim mekanizmalarında ya da ad-hoc yatırım tahkimi davalarına müdahil olmaktadır. Bu başvuruların merkezinde AB üyesi devletler ile AB yatırımcıları arasında meydana gelen (AB içi¹⁴⁴) yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü davaları yer almaktadır. Komisyon, *AS Norvik v. Latvia*¹⁴⁵ davasında yaptığı amicus başvurusunda kendisini AB mevzuatının “icracısı ve bekçisi” olarak konumlandırmaktadır¹⁴⁶. Komisyon, “Birlik hukukunun yeknesak uygulanmasının temininde Birlik menfaatlerinin muhafaza altına alınması gayesiyle, herhangi bir Üye Devlet'e mensup bir yatırımcı ile başka bir Üye Devlet arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin tüm derdest ve müstakbel yatırım tahkimi yargulamalarında üçüncü kişi taraf olarak müdahale izni talebinde bulunma” kararlılığında olduğunu öne sürmektedir¹⁴⁷.

¹⁴³ Komisyon non-governmental bir organizasyon değil, inter-governmental bir organizasyondur.

¹⁴⁴ Bundan sonra AB'ye üye bir devlete mensup yatırımcı ile üye devlet arasındaki uyuşmazlıklara atfen, AB içinde birbirlerine karşı manasında “intra-EU” ifadesinin tercümesi olarak “AB içi” ifadesi kullanılacaktır.

¹⁴⁵ ARB/17/47, *AS Norvik v. Latvia*, Decision on the European Commission's Application pursuant to Rule 37(2) (ICSID 30 Ekim 2018).

¹⁴⁶ Komisyon'un kendisini AB antlaşmalarının bekçisi (the guardian of EU Treaties) konumlandırmasının amicus curiae olmasına engel olması gerektiğine dair bkz: Alexander G. Leventhal ve Akshay Shreedhar, “The European Commission: Ami Fidèle or Faux Ami? Exploring the Commission's Role as Amicus Curiae in ICSID Proceedings”, *European Investment Law and Arbitration Review Online* 5, sy 1 (11 Aralık 2020): 79, https://doi.org/10.1163/24689017_004; Komisyon'un amicus curiae olmaya ehil olup olmadığının her dava için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğine dair bkz: Filipe Galvão Teles Sanches Afonso, “The European Commission as Amicus Curiae of Arbitral Tribunals: Is It a Legitimate Relationship?”, *Spain Arbitration Review / Revista Del Club Español Del Arbitraje* 2019, sy 34 (2019): 120.

¹⁴⁷ *AS Norvik v. Latvia*, Decision on the European Commission's Application pursuant to Rule 37(2) paragraf 19.

İşbu sebeple AB yatırımcılarının AB üyesi devletlere karşı açtığı yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü davalarında AB hukukunu ilgilendirdiği ölçüde kendisini amicus olmaya ehil görmektedir. Mezkur *AS Norvik* davasında heyet tarafından Komisyon'un Kural 37(2) kapsamındaki başvurusu hakkında verilen kararda bu hususla alakalı olarak Komisyon başvurusuna atfen şu ifadeler yer verilmektedir.

Dahası, Komisyon Birliğin hariçteki temsil vazifesinin ABA 17. maddesine göre kendisinde olduğunu ve ABA 3. maddesi gereği uluslararası hukuka riayet etmekle yükümlü olduğunu iddia etmektedir. Böylelikle Komisyon “uluslararası hukuk bağlamında faal bir öznedir ve bu alanda özel bir tecrübe edinmiştir,” şu kadar ki işbu tecrübe ona “genel olarak uluslararası hukukun daha geniş nokta-i nazarından ve ‘uluslararası hukukta yeni bir hukuk düzenini’ teşkil eden Birlik hukuku zaviyesinden de eşsiz bir bakış açısı” getirme imkânı sağlamaktadır¹⁴⁸.

Söz konusu AB içi yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü davalarının iki yüzü var: AB içi BIT'ler ve EŞA. Yukarıda belirttiğimiz üzere AB içi BIT'ler ifadesi ile AB'ye üye devletlerin kendi aralarında yapmış olduğu ikili yatırım anlaşmaları kastedilmektedir. EŞA'nın 26. maddesi dördüncü fıkrası EŞA'ya taraf devletlerden gelen yatırımcıların ev sahibi devlete karşı sözleşme ihlali nedeniyle ICSID yatırım tahkimine başvurmasına izin vermektedir:

Bir Yatırımcı, uyuşmazlığın Paragraf 2(c) kapsamında yer aldığı biçimde çözümünü tercih ederse, uyuşmazlığın çözümü için aşağıda belirtilen makamlara başvurulmasını da kabul ettiğini yazılı olarak belirtecektir:

- (a) (i) Yatırımcının bulunduğu Anlaşma Tarafının ve uyuşmazlığa katılan Anlaşma Tarafının Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Konvansiyonuna (bundan böyle ICSID Konvansiyonu olarak anılacaktır) taraf olması durumunda; 18 Mart 1965 tarihinde Washington'da imzaya açılan, Devletler ve diğer Devletlerin vatandaşları arasında meydana gelebilecek yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için yapılan ICSID Konvansiyonu uyarınca kurulan Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi; veya (ii) Yatırımcının bulunduğu Anlaşma Tarafının veya uyuşmazlığa taraf olan Anlaşma Taraflarından herhangi birinin, ama ikisi birden değil, ICSID Konvansiyonuna taraf olması durumunda ise; yasal işlemlerin idaresi için Merkez'in Sekreteryası tarafından sağlanan İlave Hizmetler (bundan sonra İlave Hizmet Kuralları olarak anılacaktır) kapsamında altparagraf (a)(i)'de sözü geçen Konvansiyon uyarınca kurulan Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi,
- (b) Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun (bundan sonra UNCITRAL olarak anılacaktır) Hakemlik Kuralları gereğince oluşturulan bağımsız hakem veya bu amaç için oluşturulmuş 'ad-hoc' mahkeme; veya
- (c) Stokholm Ticaret Odası Hakemlik Enstitüsü uyarınca bir hakem¹⁴⁹.

Söz konusu AB içi BIT'ler genellikle AB üyesi bir devlet ile henüz AB'ye üye olmamış bir devlet arasında yapılmakta ve BIT akdedildikten sonra diğer devlet AB'ye

¹⁴⁸ A.g.e., par. 22.

¹⁴⁹ EŞA m.26.

katılmaktadır. 1 Mayıs 2004 tarihinde AB şimdiye kadar en büyük genişlemeyi gerçekleştirdi ve 10 ülke aynı anda AB'ye üye olmuştur. Bunlar, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Kıbrıs, Letonya, Litvanya, Macaristan, Malta, Polonya, Slovak Cumhuriyeti ve Slovenya. 1 Ocak 2007 tarihinde Romanya ve Bulgaristan, 1 Temmuz 2013 tarihinde ise Hırvatistan ortak pazara dahil olmuştur¹⁵⁰. 2015 yılında Komisyon tarafından hazırlanan bir tebliğde AB içi BIT'lerin toplam sayısının 200 civarı olduğu bildirilmektedir¹⁵¹.

Doğu Avrupa ülkelerinin son 20 yılda AB'ye blok halinde katılması onların daha önceden AB üyesi devletlerle yapmış olduğu anlaşmaların akıbeti ile alakalı olarak bir sorun yaratmaktadır. Hususiyetle 2000 öncesi AB üyesi devletlerle 2000 sonrası AB üyesi devletler arasında akdedilmiş BIT'ler ve bu BIT'ler vasıtasıyla getirilen yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmaları (örneğin ICSID) Komisyon açısından en başından beri bir sorun olarak kabul edilmektedir. Komisyon genelde AB içi BIT'lerin ve özelde AB içi BIT'ler aracılığı ile getirilen yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmalarının AB hukuku ile çeliştiğini, yani tenakuz halinde olduğunu düşünmektedir¹⁵².

Komisyon tarafından yapılan amicus müdahaleleri doğal olarak uygun gördüğü tüm yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü davalarını kapsar, ancak burada hususiyetle ICSID yatırım tahkimi davaları ele alınacaktır. Uygun düştüğü ölçüde bu husus anlatılırken diğer kurumsal veya *ad-hoc* tahkim davaları da ele alınacaktır. Bu bölümde öncelikle Komisyon'un amicus curiae müdahalesinin temelleri, nedenleri ve dayanakları incelenecektir. Daha sonrasında Komisyon'un amicus müdahalesinin Kural 37(2) bağlamında şartları barındırıp barındırmadığı ve tahkim heyetlerinin buna ilişkin verdiği kararlar ele alınacaktır. Son olarak, Komisyon'un amicus görüş sunmak için başvuruda bulunduğu ICSID davaları bakımından Komisyon müdahalesinin sonuçları ve tahkim kararlarının infazına ilişkin sorunlar ele alınacaktır.

¹⁵⁰ https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/enlargement-policy/6-27-members_en. (erişim, 12.02.2024)

¹⁵¹ Avrupa Komisyonu, "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions; Action Plan on Building a Capital Markets Union", Tebliğ (Brüksel: Avrupa Komisyonu, 30 Eylül 2015), 25, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0468>.

¹⁵² A.g.e.

3.1.3. Komisyon'un AB İçi Yatırım Tahkimi Davalarına Amicus Curiae Müdahalesi

1990'ların başlarında AB üyesi devletler üçüncü ülkelerle binin üzerinde BIT akdetti¹⁵³. Bunun bir kısmı da Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri ile yapıldı. Yukarıda izah edildiği üzere 2004 ve 2007 yıllarında bu ülkelerin AB'ye katılması ise bu BIT'lerin AB içi BIT olması neticesini doğurdu. Söz konusu AB içi BIT'lerin ihlali nedeniyle birçok yatırım tahkimi davası açıldı: Eastern Sugar, 2007; Achmea (Eureko), 2010; AES Summit Generation Limited, 2010; Electrabel, 2012 vb. Bunların ilk ikisi AB içi BIT'ler nedeniyle ortaya çıkan yatırım uyuşmazlıkları iken son ikisi çok taraflı bir uluslararası anlaşma olan EŞA'ya dayanılarak ICSID nezdinde başlatılmış yatırım tahkimi davalarıdır.

İşbu yatırım uyuşmazlıklarıyla ilgili esas sorunlardan birisi uluslararası anlaşmalar (örneğin BIT'ler) ile AB hukuk düzeni arasındaki ilişkidir. İki arasındaki ilişkiyi düzenleyen ayrıntılı hükümlerin yokluğu söz konusu yatırım uyuşmazlıklarında tarafları karışıklığa sevk etmekte ve iki rejim arasında fiili veya muhtemel çatışmaların çıkması halinde AB içi BIT'ler içinde yatırımcıları koruyan hükümler karşısında AB hukukunun öncelik kazanıp kazanmayacağı hususu tartışılmaktadır¹⁵⁴. 15 Kasım 2006 tarihinde yayımlanan bir AB raporunda şu ifadeler yer almaktadır:

EFC, muhteviyatının bir kısmı AB'ye katılım ile Birlik hukuku tarafından hükümsüz kılınan, AB Üye Devletler arasında mevcut durumda halen cari 150 civarı İkili Yatırım Anlaşmaları (BIT) olduğunu not etmektedir. İşbu müphem durumda Üye Devletler için yaratacağı hukuki belirsizlikleri ve gereksiz riskleri bertaraf etmek adına, Üye Devletler söz konusu anlaşmalara duyulan ihtiyacı gözden geçirmeye davet edilmektedir...¹⁵⁵

¹⁵³ Solveiga Paleviciene, "Developments and challenges in investment treaty cases concerning intra-EU BITs", içinde *10 gadi Eiropas Savienībā–sasniegumi, problēmas un nākotnes ieceres: XV starptautiskā zinātniskā konference: Biznesa augstskolas Turība konferenču rakstu krājums= 10 Years in the European Union–achievements, problems and expectations: XV international scientific conference: proceedings of the conference of Turība University: Rīga 2014. gada 29. maijs. Rīga: Biznesa augstskolas Turība, 2014.*, 2014, 418.

¹⁵⁴ A.g.e., 419.

¹⁵⁵ Economic and Financial Committee, "Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments", İnceleme (Brüksel: Avrupa Birliği, 15 Kasım 2006), 7, <https://www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vi7jgt4vgwwr>.

3.1.3.1. Eastern Sugar Davası

Komisyon'un yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü davalarına müdahalesi ilk defa *Eastern Sugar* yatırım tahkimi davasında dolaylı olarak gerçekleşmektedir¹⁵⁶. *Eastern Sugar v. Çek Cumhuriyeti ve Achmea (Eureko) v. Slovak Cumhuriyeti* tahkim davalarının her ikisi de Hollanda Krallığı ile Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti arasında Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunması Anlaşması'nın (Çekoslovakya BIT veya Hollanda-Çek BIT veya Hollanda-Slovak BIT) ihlali iddiasıyla davacı şirketler tarafından 8. maddeye dayanılarak yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü davaları açılmıştır¹⁵⁷. Çekoslovakya BIT'in yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizması getiren 8. maddesi ise şu şekildedir:

- i. Bir Akit Devlet ile diğer Akit Devlet'in yatırımcısı arasında ikincisinin yatırımından kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar eğer mümkünse dostane yöntemlerle çözülecektir.
- ii. Her iki Akit Devlet böylelikle işbu Maddenin birinci paragrafında belirtilen bir uyuşmazlığı bir hakem heyetine sunmayı kabul eder; meğerki uyuşmazlığın herhangi bir tarafının dostane çözümü talep ettiği tarihten itibaren altı aylık bir süre içinde uyuşmazlık dostane bir şekilde çözülmüş olsun.
- iii. İşbu Maddenin ikinci paragrafında anılan hakem heyeti her bir dava için aşağıdaki şekilde oluşturulacaktır: Uyuşmazlığın her iki tarafı da bir hakem atar ve atanın iki hakem üçüncü bir Devlet'in vatandaşını heyet başkanı olarak seçer. Uyuşmazlığın her iki tarafı da kendi hakemini iki ay içinde atamalıdır. Başkan ise yatırımcının diğer Akit Devlet'e uyuşmazlığı hakem heyetine sunma kararını bildirdiği tarihten itibaren üç ay içinde atanmalıdır.
- iv. Eğer atamalar anılan sürelerde yapılmazsa uyuşmazlığın her iki tarafı da gerekli atamaların yapılmasını Stokholm Ticaret Odası Tahkim Merkezi Başkanı'ndan isteyebilir. ...
- v. Hakem heyeti, Uluslararası Ticaret Hukuku Birleşmiş Milletler Komisyonu (UNCITRAL) tahkim kurallarına başvurarak kendi usulüne karar verir.
- vi. Hakem heyeti münhasıran olmasa da özellikle aşağıda sayılanları dikkate almak suretiyle, kanunlara dayanarak karar verir: İlgili Akit Devlet'in meri kanunları, İşbu Anlaşma'nın hükümleri ve Akit Devletler arasında ilgili diğer Anlaşmalar, Yatırımla alakalı hususi anlaşmaların hükümleri, Uluslararası hukukun genel ilkeleri.
- vii. Heyet kararını çoğunluk oyuyla alır. İşbu karar kesin ve uyuşmazlığın taraflarını bağlayıcıdır.

¹⁵⁶ "Investment Dispute Settlement Navigator" Söz konusu UNCTAD web sitesindeki sayfada tüm yatırımcı-devlet çözüm mekanizması davaları mevcuttur. Kronolojik olarak yapılan araştırmada ilk olarak bu davada Komisyon tarafından amicus müdahalesi yapıldığı tespit edilse de bugün AB içi BIT olarak tanımlanan yatırım anlaşmalarının ihlaline dayanılarak açılan birçok yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü davası söz konusudur. Bu davalardan bazıları şunlardır: *Saluka v. Czech Republic*, 2001 (Çekoslovakya BIT); *AES v. Hungary*, 2001 (EŞA); *Nykomb v. Latvia*, 2001 (EŞA); *Nagel v. Czech Republic*, 2002 (Çek Cumhuriyeti-İngiltere BIT); *Eureko v. Poland*, 2003 (Hollanda-Polonya BIT). İşbu yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü davalarında Komisyon tarafından herhangi bir müdahale söz konusu değildir.

¹⁵⁷ *Eastern Sugar* yatırım tahkimi davasında heyet başkanını belirleyen ve kayıtları tutan kurum Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce iken *Achmea* davasında Permanent Court of Arbitration nezdinde söz konusu kayıtlar muhafaza edilmektedir.

Çekoslovakya BIT 29 Nisan 1991 yılında akdedilmiş ve 1 Ekim 1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Çekoslovakya BIT'in akdedilmesi ve yürürlüğe girmesinden sonra Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti dağılmış; 1 Ocak 1993 tarihinde anılan devletin halefi olarak Çek Cumhuriyeti ve Slovak Cumhuriyeti Çekoslovakya BIT kapsamındaki hak ve yükümlülere sahip çıkmıştır. Çek Cumhuriyeti ve Slovak Cumhuriyeti 1 Mayıs 2004 tarihinde AB'ye katılmıştır¹⁵⁸.

Çek Cumhuriyeti AB'li yatırımcı Eastern Sugar tarafından kendisi aleyhine açılan yatırım tahkimi davasında meselenin esasına girmeden önce usulü itirazını ortaya koymakta ve yargı yetkisi itirazında bulunmaktadır. Şöyle ki Çek Cumhuriyeti 4 Ekim 1993 tarihinde AB ile Ortaklık Anlaşması¹⁵⁹ (AB-Çek Ortaklık Anlaşması) akdetmektedir. AB-Çek Ortaklık Anlaşması'nın taraflarından biri AB'ye üye bir devlet olarak aynı zamanda Hollanda'dır. Çek Cumhuriyeti yargı yetkisi itirazında Hollanda-Çek BIT ile AB kurallarının yarışan hukuki çerçeveler olduğunu ve ikisinin de aynı konuya (yani, dava konusuna) değindiğini iddia etmektedir. Çek Cumhuriyeti'nin iddiasına göre, Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti ile Hollanda'nın sübjektif niyetleri Hollanda yatırımlarının AB hukuku tarafından idare edilmesiydi¹⁶⁰. Çünkü AB-Çek Ortaklık Anlaşması'nın 118. maddesi şu hükmü getirmektedir: “*Bu Anlaşma, bireyler ve ekonomik operatörler için bu Anlaşma kapsamında eşdeğer haklar elde edilene kadar*¹⁶¹, bir veya daha fazla Üye Devleti ve diğer taraftan Çek Cumhuriyeti'ni bağlayan mevcut anlaşmalar yoluyla kendilerine sağlanan hakları etkilemeyecektir.”

Davalı Çek Cumhuriyeti aynı zamanda ABAD'ın *Commission v. Italy* kararına atıf yapmakta ve bu kararda mahkemenin, EEC Anlaşması¹⁶² ile çelişmesi halinde bu anlaşmadan daha önce akdedilen anlaşmalara göre edinilmiş haklardan herhangi bir üye devletin yararlanmaması gerektiği şeklinde hüküm kurduğunu belirtmektedir¹⁶³. Davalı devlet ayrıca AB'ye üye olması ile birlikte AB içi yatırım anlaşmalarının artık

¹⁵⁸ SCC No. 088/2004, *Eastern Sugar v. The Czech Republic*, Partial Award (27 Mart 2007) par. 1-5.

¹⁵⁹ Europe Agreement establishing an Association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Czech Republic, of the other part, European Communities No. 2 (1994).

¹⁶⁰ *Eastern Sugar v. The Czech Republic*, Partial Award paragraflar 101-102.

¹⁶¹ Vurgu eklenmiştir.

¹⁶² Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Anlaşma veya Roma Antlaşması (Treaty of Rome).

¹⁶³ *Eastern Sugar v. The Czech Republic*, Partial Award paragraf 103.

AB hukuku tarafından ilga edildiğini, çünkü zaten aynı koruma imkanını ve eşit hakları sağladığını belirtmektedir.

Komisyon'un bu davaya müdahalesi kısıtlı, müphem ve muğlak bir şekildedir. Öncelikle Çek Cumhuriyeti Finans Bakan Yardımcısı Mr. Zelinka tarafından 13 Haziran 2005 tarihinde Avrupa Komisyonu İç Pazar ve Hizmetler birimine yazdığı mektuba cevap söz konusu birimden Mr. Schaub tarafından 13 Ocak 2006 tarihinde verilmektedir¹⁶⁴. Kendinden sonraki uygulamalarla karşılaştırıldığında doğrudan amicus curiae olarak müdahil olan Komisyon'un davaya sadece bir mektup göndererek yetinmesi ve bu mektubun da oldukça geç gönderilmesi dikkate değer hususlardır.

Ayrıca mektubun içeriği okunduğunda Eastern Sugar hakem heyetinin belirttiği gibi gerçekten müphem ve muğlak bir dilin hakim olduğu görülecektir¹⁶⁵. Komisyon söz konusu mektubunda genel olarak AB müktesebatının (birincil ve ikincil kurallarının) AB içi BIT hükümlerine göre öncelenmesi gerektiğini belirtse de bunu net bir şekilde ifade etmekten de kaçınmaktadır. Netice itibariyle Eastern Sugar hakem heyeti Komisyon'un görüşlerinin kendileri bakımından bağlayıcı olmadığı sonucuna varmaktadır. İşbu amicus curiae görüşünde Komisyon'un pozisyonu tam olarak anlaşılamadığından daha sonrasında Achmea davasında hakem heyeti tarafından Komisyon'un söz konusu mektuba açıklık getirmesi ve pozisyonunu belirtmesi için amicus curiae görüş sunmaya davet edilmesi söz konusudur¹⁶⁶.

3.1.3.2. Achmea Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü Davasında Komisyon Tarafından Sunulan Amicus Görüşü

Achmea yatırım tahkimi davası da Çekoslovakya BIT 8. maddesinde düzenlenen yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizması neticesinde meydana gelmektedir. Achmea (eski adıyla Eureko) sağlık sigortası işi yapan bir şirkettir. Slovak

¹⁶⁴ Söz konusu cevabi mektup için bkz: A.g.e., par. 109.

¹⁶⁵ A.g.e., par. 120.

¹⁶⁶ Stier, Eastern Sugar davasında Komisyon pozisyonunun Achmea davasında değişmiş olmasını ilginç bulmaktadır. Anna Stier, "The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal in Intra-EU Investment Treaty Disputes after the Decision in *Electrabel v Hungary*", *Arbitration International* 31, sy 1 (01 Mart 2015): 166, <https://doi.org/10.1093/arbint/aiv003>.

Cumhuriyeti sağlık sisteminde yaptığı yeniliklerle birlikte 2004 yılında sağlık sisteminde özelleşmeye gitmiş ve özel sağlık sigortası sunan milli veya AB'ye Üye Devletlerden işletmecilere söz konusu pazarı açmaktadır. Achmea, Hollandalı bir sigorta grubuna ait işletmedir. İşletme, Slovak Cumhuriyeti'nde bağlı bir kuruluş kurmakta ve oraya sermaye aktarmaktadır. Söz konusu bağlı kuruluş sayesinde Slovak pazarında özel sağlık sigortası hizmeti sunmaktadır.

Değişen politik iklimle birlikte Slovak Cumhuriyeti 2006 yılında özel sağlık sigortası sektöründeki liberalizasyondan vazgeçerek tam tersi yönde kanunlar çıkarmaktadır. Hulusiyetle 25 Ekim 2007 tarih ve 530/2007 sayılı kanunla özel sağlık sigortası işlemlerinden elde edilen kârın dağıtılması engellenmektedir. Daha sonrasında Slovak Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi 26 Ocak 2011 tarihinde söz konusu yasağın anayasaya aykırı olduğuna karar vermekte ve bunun üzerine Slovak Cumhuriyeti tekrardan 1 Ağustos 2011 tarihinde geçirdiği bir yasayla yasağı kaldırarak kârın dağıtılmasına olanak sağlamaktadır. Hulusa Achmea, Slovak Cumhuriyeti'nin yaptiğı söz konusu kanuni değişikliklerle kendi yatırımını zarara uğrattığını düşündüğünden Hollanda-Slovak BIT'in 8. maddesine dayanarak 1 Ekim 2008 tarihinde Slovak Cumhuriyeti aleyhinde tahkim yargılamasını başlatmaktadır¹⁶⁷.

Tahkim yargılamasının en başından beri Slovak Cumhuriyeti AB içi yargı yetkisi itirazında bulunmaktadır. Slovak Cumhuriyeti, AB'ye girmesinin bir sonucu olarak Hollanda-Slovak BIT'in 8(2) maddesinin uygulanmasının AB hukukuna aykırı olduğunu ileri sürmekte ve işbu sebeple hakem heyetinin yargı yetkisinin yokluğunu savunmaktadır. Achmea davasında hakem heyeti, davalı devletin AB içi yargı yetkisi itirazına dair yapılan duruşmanın akabinde, Avrupa Komisyonu Hukuk Hizmetleri Genel Müdürü'ne 10 Mayıs 2010 tarihinde gönderdiği mektupta *Eastern Sugar* davasındaki Komisyon mülahazalarının ne manaya geldiğini sormakta ve işbu heyetin yargı yetkisi bakımından varsa Komisyon'un diğer mülahaza ve mütalaalarını talep etmektedir¹⁶⁸. Nihayet 7 Temmuz 2010 tarihinde *Eastern Sugar* yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümlü davasında sunduğu mülahazaları açıklamak ve AB içi yargı

¹⁶⁷ PCA Case No. 2008-13, *Eureka BV v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension (26 Ekim 2010) par. 43-56.

¹⁶⁸ A.g.e., par. 31.

yetkisi itirazı hususundaki mütalaasını sunmak üzere Komisyon, heyete bir amicus görüşü sunmaktadır¹⁶⁹. İşbu amicus görüşün değindiği hususlar aşağıdaki gibidir.

3.1.3.2.1. Komisyon AB Dışı BIT'ler ile AB İçi BIT'ler Arasında Fark Olduğunu Vurgulamaktadır.

Komisyon, amicus görüşüne AB dışı BIT'ler ile AB içi BIT'ler arasında bir ayrım yaparak başlamaktadır¹⁷⁰. Lizbon Anlaşması'nın yürürlüğe girmesinden¹⁷¹ sonra yabancı doğrudan yatırım bakımından AB, ortak ticari politikanın bir parçası olarak münhasır yetkiye¹⁷² sahiptir. Komisyon AB dışı BIT'lerin değiştirilmesi ve akdedilmesinde Üye Devletlerin hangi şart ve usullerde yetkilendirileceğine ilişkin yeni bir AB Regülasyon önerisinin olduğunu belirtmesine rağmen, öneri hiçbir şekilde AB içi BIT'leri kapsamamaktadır. Ayrıca, Komisyon AB dışı ülkelerle akdedilen BIT'ler neticesinde meydana gelen üçüncü taraf tahkim mekanizmalarına, AB içi BIT'lerin aksine, karşı çıkmadığını beyan etmektedir¹⁷³. *Pacta sunt servanda* ilkesinin AB içi BIT'ler için uygulanmayacağını, fakat AB dışı BIT'ler için geçerli olacağını ifade etmektedir.

Komisyon'un bu kısımdaki ana argümanı AB yargı sistemi ile AB içi BIT'ler vasıtasıyla getirilen yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmalarının çeliştiği iddiasıdır. Komisyon AB içi BIT'lerin AB iç pazar kuralları ile çakıştığını ve intra EU BIT'lerin "AB iç pazarı içinde bir anomali"¹⁷⁴ olduğunu iddia etmektedir. AB yargı

¹⁶⁹ A.g.e., par. 175.

¹⁷⁰ A.g.e., par. 176 Komisyon'un amicus görüşüne göre o sırada mevcut bine yakın AB dışı BIT söz konusu iken yaklaşık 190 tane AB içi BIT mevcuttur. AB içi BIT sayılarının AB tarafından hazırlanan metinlere göre gün geçtikçe arttığı görülmektedir. Dipnot 134'te alıntılanan AB raporu 2006 yılında 150 sayısını verirken 2010 yılında hazırlanan Komisyon amicus görüşü 190 sayısını vermektedir. Bu sayısının Komisyon görüşlerine göre azalması gerekirken artış göstermesi Komisyon'un amicus müdahalesine karşı eleştirel yaklaşımları hak vermeyi gerektirebilir. Eleştirel yaklaşımlar için bkz: Leventhal ve Shreedhar, "The European Commission: Ami Fidèle or Faux Ami?"; Afonso, "European Commission as Amicus Curiae".

¹⁷¹ Lizbon Anlaşması 17 Aralık 2007 tarihinde akdedilmiş ve 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anlaşma mevcut anlaşmalarda değişiklikler yapmış ve eski EC Treaty yeni haliyle Treaty on the Functioning of the EU (TFEU) olmuştur. [https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/treaties.html#:~:text=The%20Lisbon%20Treaty%2C%20signed%20on,of%20the%20EU%20\(TFEU\)](https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/treaties.html#:~:text=The%20Lisbon%20Treaty%2C%20signed%20on,of%20the%20EU%20(TFEU).). (erişim, 15.02.2024).

¹⁷² "exclusive competence", ABİHA m.207(1) ortak ticari politikanın tek tip ilkelere dayanması gerektiği ifade etmekte ve yabancı doğrudan yatırım hususiyetle belirtmektedir.

¹⁷³ *Eureka BV v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension paragraf 176.

¹⁷⁴ A.g.e., par. 177.

sisteminde ABAD şu iki durumda münhasır yargı yetkisine sahiptir: (i) ihlal yargılamalarında AB üyesi devletlerin AB hukukundan kaynaklanan sorumlulukları yerine getirip getirmediğine ilişkin davalar, (ii) AB içi milli mahkeme ve heyetler tarafından talep edilmesi halinde AB hukukuna ilişkin sorunlarda ön karar davaları. ABİHA m.344 gereği, kısmen de olsa AB hukuku kapsamında olan mevzularda, AB üyesi devletlerin kendi aralarında farklı bir uyuşmazlık çözüm mekanizması benimseyemezler¹⁷⁵. Komisyon'a göre, yatırımcıların da milli bir mahkemeye başvurmaları veya ihlal yargılamasını başlatması için Komisyon'a başvurmaları gerekmektedir¹⁷⁶. Komisyon, "bir özel hukuk kişinin, AB hukukunun [kendisi tarafından] olası bir ihlalini meşrulaştırmak için uluslararası bir anlaşmadaki hükümlere dayanamayacağını"¹⁷⁷ ifade etmektedir.

Bu kısımda son olarak Komisyon, AB'ye katılan tüm devletler için AB antlaşmalarının, AB içi BIT'lere göre sonraki anlaşma, *lex posterior*, olduğunu ve Viyana Konvansiyonu'na göre çelişki durumunda sonraki anlaşmanın geçerli sayılacağını ifade etmektedir. Komisyon, aynı zamanda şu cesur ifadeye de yer vermektedir: "Eninde sonunda tüm AB içi BIT'ler feshedilecektir."¹⁷⁸

3.1.3.2.2. Komisyon AB İçi BIT'lerin Ayrımcılık Yarattığını Vurgulamaktadır.

Komisyon, söz konusu AB içi BIT'i akdeden AB üyesi devlet haricinde diğer AB üyesi devletlerden gelen yatırımcıların ayrımcılığa uğraması bakımından olası riskler taşıdığı için AB içi BIT'lerin AB hukukuyla bağdaşmadığını düşünmektedir. Bunun sebebi ise bazı yatırımcılar AB içi BIT'lerin sağladığı avantajlardan yararlanıp özel bir yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasına başvurabilirken, diğerleri için bu gerçekleşmeyecektir. Komisyon ayrıca böylesi bir ayrımcılığın müsbet bir şekilde, yani tüm yatırımcılara bağımsız uluslararası bir tahkime gitme imkanı tanınması şeklinde, çözümlenebileceği önerisinin AB hukuku bakımından mümkün olmadığını ve AB hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıkların çözümü için dış kaynak kullanılarak

¹⁷⁵ A.g.e., par. 178 Komisyon MOX Plant davasını örnek vermektedir.

¹⁷⁶ A.g.e., par. 179.

¹⁷⁷ A.g.e., par. 180.

¹⁷⁸ A.g.e., par. 181-182. Ayrıca bkz: dipnot 149.

tahkim heyetlerine bu yetkinin tevsikinin AB yargı sistemi içerisinde (bkz: ABAD *MOX Plant* kararı) kabul edilmesinin imkansız olduğunu belirtmektedir¹⁷⁹.

3.1.3.2.3. Mahkeme ve Hakem Mekanizmalarının Yarışması Hususu

Komisyon tüm yatırımcılara tahkim mekanizmasına başvuru imkanı verilmesinin “forum shopping” yapılmasına neden olacağı ve yargı mekanizmalarının yarışacağını takdir etmektedir. Bunun da uluslararası hukuku giderek daha fazla bölünmesine ve parçalanmasına sebebiyet vereceğini ifade eden Komisyon şu ifadelere yer vermektedir:

AB vatandaşlarının AB içi BIT'lere dayanarak harici uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurularının temadi etmesi aynı zamanda AB Üye Devletlerin mahkemelerine olan güvensizliği de ortaya koymaktadır. Bu durumun mevcut genişleme sonrası bağlamda yeri yoktur. Şu kadar ki bu bağlam, Üye Devletler arasında karşılıklı güvende kökleşmekte ve müşterek münasip bir yatırım ortamının inkişafı üzerinde kurulmaktadır. Avrupa Birliği dahilinde yargı idaresine karşı duyulan karşılıklı güven, iç pazarın sağlıklı işlemesi için Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından gerekli addedilen ilkelerden birisidir¹⁸⁰.

3.1.3.2.4. Hollanda-Slovak BIT'nin feshedilmesi Komisyon Tarafından Arzu Edilse de VCLT m.59¹⁸¹ Kapsamında Fesih Söz Konusu Değildir.

Achmea tahkim davasına konu BIT bağlamında, Komisyon AB üyesi devletlerin kendi aralarında akdettiği bu tür BIT'leri derhal feshetmesi gerektiği inancında olduğunu paylaşmaktadır. Buna rağmen, tarafların bu yönde iradelerinin ortaya çıkmadığı ve 2003 Katılım Anlaşmasında taraflar arasında mevcut önceki AB içi BIT'lerin ilga edilmesine dair bir niyetin de mevcut olmadığını beyan etmektedir. Komisyon VCLT m.59(1) kapsamında söz konusu Hollanda-Slovak BIT metninin tamamının zımnen feshedildiği veya askıya alındığı sonucuna varılamayacağı noktasında davacı şirket ile

¹⁷⁹ A.g.e., par. 183-184.

¹⁸⁰ A.g.e., par. 185.

¹⁸¹ Vienna Convention on the Law of Treaties, Türkçesi: Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi. m.59: “Daha sonraki tarihli bir andlaşmanın yapılması ile bir andlaşmanın zımnen sona erdirilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması (1) Bir andlaşmanın bütün tarafları aynı konuyla ilgili daha sonraki tarihli bir andlaşmayı akdederse ve: (a) tarafların meseleyi o andlaşmaya tabi kılmak istedikleri daha sonraki andlaşmadan anlaşılır veya başka türlü tespit edilirse; veya (b) daha sonraki andlaşmanın hükümleri daha öncekinin hükümleri ile ikisinin aynı zamanda uygulanamayacağı kadar bağdaşmıyorsa, o andlaşma sona ermiş kabul edilir. (2) Daha önceki andlaşmanın sadece yürürlüğünün askıya alındığını kabul edilmesi, tarafların niyetinin bu olduğunun daha sonraki andlaşmadan anlaşılması veya başka türlü tespit edilmesine bağlıdır.”

aynı fikirdedir. Ancak Komisyon AB hukukunun öncelikli olduğunu ve özel hukuk kişilerinin bu anlaşmaların AB ile çelişen hükümlerine itimat etmemesi gerektiğini iddia etmektedir¹⁸².

3.1.3.2.5. Komisyon VCLT m.30(3)¹⁸³ Kapsamında Hollanda-Slovak BIT Hükümlerinden Bazılarının Uygulanmayacağını Öne Sürmektedir.

Komisyon Hollanda-Slovak BIT ile AB antlaşmalarının aynı konuyu ilgilendirdiğini, önceki antlaşma (yani, Hollanda-Slovak BIT) hükümlerinden bazılarının sonraki antlaşma (yani, AB antlaşmaları) hükümleri ile çeliştiğini ve işbu sebeple VCLT m.30(3) hükmünün uygulanması gerektiğini iddia etmektedir. Aynı konu mevzusunda Komisyon *Eastern Sugar* davasındaki hakem heyetinin, AB antlaşmaları ile Hollanda-Slovak BIT'in aynı konuyu içermediği şeklindeki kanaatinin yerinde olmadığını, "aynı konu" unsurunun "tam olarak birebir aynı konu" olması gerekmediğini, "ekseriyetle benzer veya kıyas götürür derecede" aynı olmasının yeterli olacağını iddia etmektedir. Somut olayda Slovak sağlık sektörünün hem ABİHA hem de Hollanda-Slovak BIT kapsamında değerlendirilmesi gerekliliği her iki antlaşmanın da VCLT m.30 kapsamında aynı konuya hitap ettiğini göstermektedir¹⁸⁴.

Komisyon son olarak AB hukukuna aykırı bir şekilde verilen kararların icrası ve tenfizinin mümkün olmayacağını, bu yüzden bu hususun özellikle ABAD tarafından çözümlenene kadar davanın en azından sürüncemede bırakılmasını talep etmektedir. *Achmea* yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü davasında AB tarafından sunulan *amicus curiae* görüşün içeriği bu şekildedir. *Achmea* davasında hakem heyeti yatırımcı lehine karar verir, ancak davalı ev sahibi devlet bu kararın iptali için girişimlerde bulunur. Bunun neticesinde ABAD tarafından verilen meşhur *Achmea* kararı ortaya çıkar.

¹⁸² *Eureko BV v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension paragraf 187.

¹⁸³ "Daha önceki bir anlaşmanın bütün tarafları aynı zamanda sonraki anlaşmaya da taraf olduğu fakat önceki anlaşma 59'uncu maddeye göre sona erdirilmediği veya yürürlüğü askıya alınmadığı zaman, daha önceki anlaşma sadece hükümlerinin sonraki anlaşmayla bağdaşması ölçüsünde uygulanır."

¹⁸⁴ *Eureko BV v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension paragraflar 188-193.

3.1.4. ABAD Tarafından Verilen *Achmea* Kararı

Başkan, başkan yardımcısı ve toplam beş adet daire üyelerinden müteşekkil ABAD Büyük Dairesi 6 Mart 2018 günü *Achmea* davasında¹⁸⁵ kararını açıklamaktadır. On altı AB üyesi devlet hükümetleri ve Komisyon, dava konusu vaka hakkında farklı fikirler ve yaklaşımlar öne sürerek söz konusu ön karar davasına aktif bir şekilde katılım sağlamıştır. *Achmea* kararı AB yargı sistemi ile özerk yatırım tahkim yargılamaları arasındaki ilişki açısından dönüm noktası bir karar olarak kabul edilmektedir¹⁸⁶. *Achmea* kararı sadece somut olayda eldeki davayı etkileyen bir karar değil, kendinden sonraki tüm tahkim yargılamalarını etkileyen tarihi bir karardır¹⁸⁷.

Söz konusu tarihi kararı incelemeyen önce ABAD tarafından ön karar davası görülmesine yol açan Slovak Cumhuriyeti tarafından açılan iptal davasına ilişkin yargılama sürecine değinilmesi uygun düşecektir. UNCITRAL Tahkim Kuralları 18. maddesinde taraflarca tahkim yerine karar verilmediği durumlarda hakem heyetinin tahkim yerini seçeceği ve kararın tahkim yerinde verilmiş sayılacağı düzenlenmektedir. Buna göre, 19 Mayıs 2009 tarihinde Frankfurt/Almanya, *Achmea* hakem heyeti tarafından tahkim yeri olarak seçilmektedir. İşbu sebeple tahkim yargılamasında usule ilişkin olarak Alman hukuku uygulanmaktadır. Alman Hukuk Usulü Kanunu'nun (Zivilprozessordnung) 1059(2) maddesine göre hakem kararları ancak tahkim şartının geçersiz olması ve kamu düzenine aykırı olması sebepleriyle iptal edilebilir¹⁸⁸.

Slovak Cumhuriyeti, Hollanda-Slovak BIT'in 8. maddesindeki tahkim mekanizmasının ABİHA 18, 267 ve 344. maddeleriyle çeliştiği ve tahkim şartının işbu

¹⁸⁵ C-284/16, *Slovak Republic v Achmea BV* (Avrupa Birliği Adalet Divanı 06 Mart 2018).

¹⁸⁶ Burkhard Hess, "The Fate of Investment Dispute Resolution After The Achmea Decision of the European Court of Justice", *Revista Eletrônica de Direito Processual* 19, sy 3 (2018): 116.

¹⁸⁷ Bu hususta literatürde yazılmış eserler için bkz: Szilárd Gáspár-Szilágyi ve Maxim Usynin, "The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment", *European Investment Law and Arbitration Review Online* 4, sy 1 (16 Aralık 2019): 29-65, https://doi.org/10.1163/24689017_00401003; Leventhal ve Shreedhar, "The European Commission: Ami Fidèle or Faux Ami?"; Afonso, "European Commission as Amicus Curiae"; Hess, "The Fate of Investment Dispute Resolution After The Achmea"; Stier, "The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal in Intra-EU Investment Treaty Disputes after the Decision in *Electrabel v Hungary*"; Johannes Hendrik Fahner, "Compensation or Competitive Advantage? Reconciling Investment Arbitration with EU State Aid Law", ed. Meg Kinnear ve Campbell McLachlan, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 37, sy 3 (2022): 672-86.

¹⁸⁸ *Slovak Republic v Achmea BV* paragraflar 4-10.

sebeple geçerli olmadığı savıyla tahkim yargılaması devam ederken yaptığı AB içi yargı yetkisi itirazının reddine ilişkin ara kararın iptali için Frankfurt Yüksek Bölge Mahkemesi'nde (Oberlandesgericht) dava açmaktadır. ABİHA 18. maddesinde uyrukluktan kaynaklanan nedenlerle yapılan her türlü ayrımcılığın yasaklanması hususu mevcuttur. ABİHA 267. maddesinde ise Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ön karar alması hususu düzenlenmektedir:

Avrupa Birliği Adalet Divanı, aşağıdakiler hakkında ön karar verme yetkisine sahiptir:

a) Antlaşmalar'ın yorumu,

b) Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu.

Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, Adalet Divanı'ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir.

Bu tür bir sorunun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya konması halinde, bu mahkeme Divan'a başvurmakla yükümlüdür.

Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde görülmekte olan tutuklu bir kişiyle ilgili bir davada ortaya konması halinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı mümkün olan en kısa sürede harekete geçer.

ABİHA 344. maddesi ise şu şekildedir: *“Üye devletler, Antlaşmalar'ın yorumu veya uygulanması ile ilgili bir uyuşmazlık konusunda, Antlaşmalar'da öngörülenler dışında bir çözüm yöntemine başvurmamayı taahhüt ederler.”* Frankfurt Yüksek Bölge Mahkemesi Slovak Cumhuriyeti'nin talebini 10 Mayıs 2012 tarihinde reddetmektedir. Mahkeme, ABİHA 344. maddesinin AB'ye üye devletler arasındaki uyuşmazlıklara uygulanacağını, yatırımcı-devlet tahkimi bağlamında uygulanmasına yer olmadığına karar vermiştir. Ayrıca mezkur mahkeme ABİHA 267. maddesi kapsamında ABAD nezdinde ön karar başvurusu prosedürünün AB hukukunun geçerliliğine ilişkin başlatılabileceğini, Hollanda-Slovak BIT'in 8(2) maddesinin geçerliliği için böyle bir başvuru yapılamayacağını belirtmiştir¹⁸⁹.

Bunun üzerine Slovak Cumhuriyeti söz konusu kararı Almanya Federal Temyiz Mahkemesi'nde (Bundesgerichtshof) temyiz etmiş ve temyiz süreci devam ederken Hakem Heyeti karar vermiştir. Hakem Heyeti yargı yetkisine itirazı ara kararla reddettiği gibi 7 Aralık 2012 tarihli nihai kararında da yargı yetkisi itirazına karşı verdiği ret kararına atıfta bulunmaktadır. Hakem heyeti nihai kararında Slovak

¹⁸⁹ A.g.e., par. 11-12.

Cumhuriyeti'ni haksız bularak davacıya 22,1 milyon Euro ödemesine karar vermektedir¹⁹⁰.

Almanya Federal Temyiz Mahkemesi Slovak Cumhuriyeti'nin başvurusunu her ne kadar hukuka uygun bulmasa da Slovak Cumhuriyeti'nin meselenin ön karar verilmesi için ABAD'a sunulması talebini kabul etmiştir. Temyiz Mahkemesi bir alt mahkeme olan Bölge Mahkemesi gibi ABİHA 344. maddesinin yatırımcı-devlet tahkim mekanizmasına uygulanamayacağını ve ABAD yargı yetkisinin AB'ye üye devletler arasında yapılan antlaşmalarla sınırlı olduğu fikrindedir. Ne var ki Temyiz Mahkemesi AB içi BIT'lerin ve işbu BIT'lerde mevcut yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasının çok sayıda olması nedeniyle yargılamanın bekletilmesine ve AB içi BIT'lerde kararlaştırılan yatırımcı-devlet tahkim mekanizmalarının ABİHA 344. maddesi ile çelişip çelişmeyeceği ve işbu nedenle tahkim şartlarının geçersiz olup olmayacağı yönünde ön karar verilmesi için ABAD'a başvurulmasına karar vermektedir¹⁹¹.

Başsavcı Wathelet kendi görüşünün sonuç kısmında, anlaşma taraflarından birisinin AB'ye katılmadan önce AB üyesi bir devletle akdettiği BIT'ler kapsamında oluşturulan yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmalarının ABİHA 18., 267. ve 344. maddelerine engel teşkil etmediği şeklinde karar verilmesini önermektedir¹⁹². ABAD, 10 sayfalık kararında Başsavcı¹⁹³ Wathelet tarafından yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü tahkimine sıcak bakan görüşlerine katılmamakta ve bu yöndeki önerisini reddetmektedir. ABAD, işbu kararında büyük oranda AB'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olması hakkında görüşlerini belirttiği *Opinion 2/13*¹⁹⁴ içerisinde mevcut gerekçelere dayanmaktadır¹⁹⁵.

¹⁹⁰ PCA Case No. 2008-13, *Eureko BV v. The Slovak Republic*, Final Award (07 Aralık 2012) par. 352.

¹⁹¹ C-284/16, *Slovak Republic v Achmea BV* paragraflar 13-23.

¹⁹² "Opinion of Advocate General Wathelet, Case C-284/16", 19 Eylül 2017, par. 273.

¹⁹³ Advocate General ifadesinin literatürde Hukuk Sözcüsü olarak çevrildiği eserler mevcutsa da Başsavcı ifadesinin daha uygun olduğu kanaatindeyim. *Hukuk Sözcüsü* ifadesi için bkz: Tuğçe Akdemir Altunbaşak, "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 8 Aralık 2016 Tarihli Sera Gazı Emisyon Azaltım Kredilerinin (Karbon Kredilerinin) Niteliği Üzerine Kararı", *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi* 7, sy 22 (Haziran 2017): 109-17.

¹⁹⁴ Opinion 2/13 of The Court (Full Court), No. ECLI:EU:C:2014:2454 (Avrupa Birliği Adalet Divanı 18 Aralık 2014).

¹⁹⁵ C-284/16, *Slovak Republic v Achmea BV* paragraflar 32-37, 57.

Opinion 2/13 kararında ABİHA m.344 incelemesi yapan mahkeme, AB antlaşmaları tarafından sınırları çizilmiş erklerin dağılımının uluslararası bir anlaşmadan etkilenemeyeceğini ve sonuç olarak kurallara riayeti ABAD tarafından temin edilen AB yargı sisteminin bağımsızlığına hanel getiremeyeceğini belirtmektedir¹⁹⁶. Buna göre, AB'ye üye devletler AB antlaşmalarının yorumlanmasına ve uygulanmasına müteallik bir uyumsuzluğu, AB antlaşmaları ile sağlanan mekanizmalar haricinde herhangi bir uyumsuzluk çözüm mekanizmasına başvuramaz¹⁹⁷. Dahası, ABAD söz konusu görüşünde şunları ifade etmektedir:

Tüm bunlara bir de AB hukukunun kendi doğasından kaynaklanan hususi nitelikler eklenmelidir. Bilhassa, Adalet Divanı'nın birçok kez belirttiği gibi, AB hukuku, bağımsız bir hukuk kaynağı olan Antlaşmalardan kaynaklanması, Üye Devletlerin hukuku üzerindeki önceliği ve Üye Devletlerin vatandaşları ve kendileri için geçerli olan bir dizi hükmün doğrudan etkisi ile karakterize edilir¹⁹⁸.

Büyük Daire, yatırım tahkimi ile ABAD'ın yetkileri arasındaki ayrımı ortaya koymakta ve iç pazarda sermayenin serbest dolaşımı, sınır aşırı hizmetler ve yerleşmeye ilişkin temel özgürlüklere ilişkin uyumsuzluklarda ABAD'ın nihai hakem olduğuna karar vermektedir¹⁹⁹. Ayrıca Hollanda-Slovak BIT ile getirilen yatırımcı-devlet uyumsuzluk çözümü mekanizması neticesinde teşekkül eden hakem heyetinin AB yargı sistemi içerisinde işleyen bir mahkeme veya heyet olmadığı ve işbu nedenle ABAD'a ön karar vermesi için başvuruda bulunamayacağı neticesine varmaktadır²⁰⁰. Ancak Büyük Daire, mesela Benelux Adalet Divanı'nın ABAD'a böylesi bir başvuru yapmasında AB hukuku bakımından bir engel olmadığını beyan etmektedir²⁰¹. Aynı zamanda Hollanda-Slovak BIT'in 8(7) maddesi gereği tahkim kararının kesin olduğu, 8(5) maddesi gereği UNCITRAL tahkim kurallarının tahkim yargılamasının usulüne uygulanacağı ve buna göre tahkim yerinin her davada hakemler tarafından serbestçe kararlaştırılabileceği görülmektedir. Achmea davasında Slovak Cumhuriyeti'nin söz konusu iptal davasını Almanya'da ikame edebilmesi ve söz konusu ön karar davasının ABAD nezdinde görülmesinin sebebi heyetin tahkim yeri olarak Frankfurt'u seçmesinden ibarettir. Bu olmasaydı AB yargı sistemi hiçbir şekilde işbu yatırımcı-

¹⁹⁶ Opinion 2/13 of The Court (Full Court) paragraf 201.

¹⁹⁷ C-284/16, *Slovak Republic v Achmea BV* paragraf 32.

¹⁹⁸ Opinion 2/13 of The Court (Full Court) paragraf 166.

¹⁹⁹ C-284/16, *Slovak Republic v Achmea BV* paragraf 42.

²⁰⁰ A.g.e., par. 43-46.

²⁰¹ A.g.e., par. 47-48.

devlet uyuşmazlık çözümü davasına müdahil olamayacaktı. Kaldı ki Almanya mahkemeleri dahi iptal davasında milli hukukları gereği söz konusu kararın esasına giremeyecek ve sadece usulü bir inceleme yapabilecektir²⁰².

Büyük Daire, uluslararası ticari tahkim şartına tarafların özgür iradeleri ile karar verdiği ve ticari tahkim şartının ABİHA 344. maddesi ile çelişmesinin düşünülemeyeceğini belirtmektedir. Zaten neticesi itibariyle uluslararası ticari tahkim yargılamasında verilen kararların AB'ye üye devletlerin mahkemeleri tarafından kendi usul hukukuna uygun bir biçimde ve sınırlı bir şekilde incelenebileceğini ifade etmektedir. Şu kadar ki yatırımcı-devlet tahkim mekanizmasının ise ticari tahkimden farklı olduğunu, zira ilkinin devletlerarası BIT'ler ile oluşturulduğunu belirtmektedir. Sonuç olarak AB içi BIT'ler neticesinde getirilen yatırım korumasının AB hukukunu ilgilendirdiğini, ancak yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizması dahilinde teşekkül eden tahkim heyetlerinin AB yargı sistemine dahil olmadığı ve en önemlisi AB hukukunun yeknesak uygulanmasını temin ile görevli ABAD tarafından denetlenebilir olmadığını beyan eden ABAD tüm bunların AB hukukunu ihlal ettiği sonucuna varmaktadır²⁰³. ABAD verdiği ön karar ile AB içi BIT'ler kapsamında getirilen yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasının AB hukukuna aykırı olduğu ve bu nedenle hakem heyetlerinin yargı yetkisinden yoksun ve verdiği kararların da batıl olduğuna karar vermektedir:

ABİHA 267. ve 344. maddeler, Hollanda Krallığı ile Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti arasında Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunması Anlaşması'nın 8. maddesi gibi, Üye Devletler arasında akdedilen uluslararası bir anlaşmanın aşağıda belirtilen şekildeki bir hükmünü menettiği biçiminde yorumlanmalıdır: Üye Devletlerden birine mensup bir yatırımcı, başka bir Üye Devletteki yatırımlarına ilişkin uyuşmazlık doğması halinde ikinci Üye Devletin aleyhine ve o Üye Devletin yetkisini kabul etmeyi garantilediği bir hakim heyetinin önünde yargılama başlatabilir²⁰⁴.

Eastern Sugar ile başlayan, Komisyon amicus müdahalelerinin ABAD tarafından verilen Achmea kararı ile bir mertebeye ulaştığı söylenebilir. Achmea kararının etkileri aşağıda açıklanacaktır. Kısaca değinmek gerekirse Achmea kararı AB hukuk sistemi içerisinde AB içi BIT yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mekanizmasını

²⁰² A.g.e., par. 51-53.

²⁰³ A.g.e., par. 54-60.

²⁰⁴ A.g.e., 10.

mutlak butlanla batıl kılmaktadır. Bununla birlikte Achmea kararı sadece ad-hoc tahkimleri etkilemekle kalmayıp daha şümüllü bir etki yapısına sahiptir ve ICSID başta olmak üzere kurumsal yatırım tahkimi davalarına da değmektedir.

3.2. Komisyon'un ICSID Yatırım Tahkimi Davalarına Amicus Curiae Müdahalesi

3.2.1. Perspektif

Konunun geldiği nokta itibariyle bakış açımızı kaybetmemek adına şu açıklamaları yapmak ihtiyacı hasıl olmuştur. Amicus curiae başvuruları yatırım tahkiminde görece yeni bir fenomendir²⁰⁵. Amicus curiae kurumu, yatırım tahkiminin doğasına aykırı bir görünüşe²⁰⁶ sahip olsa da insan haklarına önem verilmesi ve şeffaflık ve demokratik unsur eksikliğinin giderilmesi amaçları ile yaygınlık kazandığı söylenmektedir²⁰⁷. Burada yatırım tahkimi davalarına bakan heyetler, amicus olmaya en müsait adaylar olarak uluslararası STK'lara kollarını açmıştır²⁰⁸. Amicus curiae başvurularının kabul edilmeye başlaması ile kurum, “maden sanayii temsil organı,” “yerli halk” veya “yönetim danışmanlığı şirketi” tarafından kullanılmıştır²⁰⁹. Amici curiae hakları STK'lar ve özel kurumlar ile sınırlandırılmadı; devlet kurumları da amicus olmaya layık görüldüler. Bunun ICSID tahkimindeki ilk örneği de Komisyon'dur: “*Amici curiae katılımının kapsamındaki bu genişleme Avrupa Birliği Komisyonu'na (AB) AES v. Hungary ve Electrabel v. Hungary davalarında amicus curiae katılım hakkı verildiğinde başladı*²¹⁰.”

²⁰⁵ Mourre, “Are Amici the Proper Response?”, 258.

²⁰⁶ Maciej Zachariasiewicz, “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: Can It Enhance the Transparency of Investment Dispute Resolution?”, *Journal of International Arbitration* 29, sy 2 (01 Nisan 2012): 207, <https://doi.org/10.54648/JOIA2012012> (“Başka hususların yanı sıra, yatırım uyuşmazlıklarının doğaları itibariyle ticari olduğu ve taraflar arasındaki mahremiyetin korunması gerektiği iddia edilmektedir.”); Reinisch ve Knahr, “The Biwater Gauff Compromise”, 98 (“Tahkim sürecinin ne ölçüde şeffaf olması gerektiği ve genellikle tahkimin temel niteliklerinden biri olarak addedilen mahremiyetin nerede öncelik kazanması gerektiği saptaması kolay olmayan hususlardır.”).

²⁰⁷ Crina Baltag, “The Role of *Amici Curiae* in Light of Recent Developments in Investment Treaty Arbitration: Legitimizing the System?”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 35, sy 2 (28 Nisan 2021): 279-310, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siaa021>.

²⁰⁸ Zachariasiewicz, “Amicus Curiae in International Investment Arbitration”, 219; Kawharu, “NGOs in Investment Arbitration as Amici”, 277.

²⁰⁹ Lucas Bastin, “Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends”, *Arbitration International* 30, sy 1 (01 Mart 2014): 129, <https://doi.org/10.1093/arbitration/30.1.125>.

²¹⁰ A.g.e., 130.

Komisyon tarafından yapılan söz konusu amicus başvurularının arkasında yatan sebep araştırıldığında ise bunun nedeninin AB içi yatırım davaları olduğu anlaşılmaktadır. Komisyon, 19 Temmuz 2018 tarihli *AB İçi Yatırımların Korunmasına İlişkin Tebliğ'in* anlaşılması amacı ile çıkardığı soru-cevap bilgi formunda aşağıdaki soru ve cevabı vermektedir:

AB içi BIT'ler ile alakalı olarak Komisyon'un pozisyonu nedir?

Avrupa Komisyonu istikrarlı bir şekilde, AB içi BIT'lerin AB hukuku ile bağdaşmadığı ve Enerji Şartı Anlaşması'nın AB Üye Devletleri arasında uygulanmayacağı görüşünü benimsemektedir. AB içi BIT'ler, Tek Pazar kuralları ile çatışan paralel bir sistem teşkil etmektedir. İlave olarak, AB içi BIT'ler Tek Pazar içindeki AB yatırımcıları arasında ayrımcılık yasağı ilkesini ihlal etmektedir; zira, sadece bazı Üye Devletlerden gelen yatırımcılara karşılıklı olarak haklar sağlamaktadır. Dahası, AB içi BIT'ler Tek Pazar içinde adil şartlarda faaliyetin ihlali manasına gelecek gayri-hukuki devlet yardımı ödeneği için kaynak teşkil edebilir. Nihayet, AB içi BIT'ler, AB hukukunu ilgilendiren uyumsuzluklar için daimi olmayan ve özel tahkim heyetlerini görevlendirmektedir ki bunlar devlet organı da değildir. İşbu nedenle bunlar [AB] Antlaşmaları ile ortaya konan uyumsuzluk çözüm mekanizmalarının dışında kalmaktadır. ABAD ile yargısal diyalogdan mahrum bir şekilde AB hukukunun doğru ve yeknesak bir uygulaması temin edilemeyecektir.²¹¹

Komisyon AB içi yatırımcı-devlet uyumsuzluk çözümünün AB hukuk ve yargı sistemi içerisinde kalması gerektiği şeklinde bir pozisyona sahiptir. ABAD tarafından verilen Achmea kararı ile Komisyon'un söz konusu idari kararlılığının AB yargı erki tarafından tasdik edildiğini görmekteyiz²¹². Komisyon, temelde AB içi yatırımcı-devlet uyumsuzluk çözümü tahkim davalarında hakem heyetlerinin yargı yetkisinin olmadığı şeklinde amicus görüş sunmaktadır. Komisyon'un bu konudaki tutumu şu şekildedir: AB'den gelen yatırımcılar, AB üyesi devletlere karşı yaşadıkları ihtilafların halli için AB üyesi devletlerin milli mahkemelerine başvurmalı ve bu şekilde davaların AB yargı mekanizması içinde görülmesi sağlanmalıdır; çünkü bu sayede yargılama ABAD kontrolünde olacaktır. Diğer bir yol ise yatırımcının Komisyon'a başvuru yaparak Komisyon tarafından ihlal soruşturmasının başlatılması ve ihtilafın bu şekilde çözüme kavuşturulmasıdır²¹³.

²¹¹ Avrupa Komisyonu, "Commission Provides Guidance on Protection of Cross-Border EU Investments – Questions and Answers", Fact Sheet (Brüksel: Avrupa Komisyonu, 19 Temmuz 2018), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_18_4529.

²¹² Arne Fuchs ve Katrine Tvede, "Chapter 3: The New Generation of Investment Treaties of the European Union: Long Overdue Reform or Another Brick in the Wall?", içinde *The Future of Investor-State Dispute Settlement: Reforming Law, Practice and Perspectives for a Fast-Changing World*, ed. Ben Beaumont vd. (Kluwer Law International, 2024), 24 ("ABAD 2018 yılında verdiği ünlü *Slovak Republic v. Achmea B.V.* kararının başı çektiği çeşitli kararlarla Komisyon'un pozisyonunu tasdik etmiştir.")

²¹³ ARB/14/1, *Masdar Solar v. Spain*, Award (ICSID 16 Mayıs 2018) par. 305.

ICSID nezdinde görülen AB içi yatırım tahkimi davaları arasından 86 tanesinde amicus curiae başvurusu talebinde bulunulmuştur. Bunlardan 20 tanesinde amicus curiae başvurusu yapılmasına rağmen başvurunun kimin tarafından yapıldığı veya kabul edilip edilmediği ya da başvuru içeriği hakkında açık erişimli kaynaklardan herhangi bir bilgi edinilememektedir. Bakiye 66 davanın hepsinde Komisyon tarafından iptal süreci de dahil en az bir amicus başvurusu yapılmıştır. Bu davaların 65'inde tahkim yargılaması sürecinde Komisyon tarafından en az bir amicus başvurusu yapılmıştır. Tahkim yargılaması sürecinde amicus müdahale talep edilen işbu davaların 17'sinde ikinci kez ve bunların da 4'ünde üçüncü kez amicus curiae başvurusunda bulunulmuştur.

Söz konusu 65 davada tahkim yargılaması sürecinde Komisyon tarafından yapılan ilk amicus curiae başvurularının 22'sinin *Achmea* kararı öncesine denk geldiği yukarıda ifade edildi. İşbu 22 davanın 14'ünde ikinci kez başvuru yapılmış ve bunların da 4 tanesi *Achmea* kararı sonrasına denk gelmektedir. İşbu davalarda üçüncü kez yapılan toplamda 4 başvuru mevcut olup bunların tamamı *Achmea* kararı sonrasında yapılmıştır. Bu davaların 17'sinde iptal süreci işletilmiş ve iptal yargılamaları sırasında Komisyon tarafından 14'ünde amicus curiae başvurusu talep edilmiştir. *Micula (I)* davasının iptal yargılaması hariç bakiye 13 tanesinin hepsinde Komisyon'un başvuru tarihi *Achmea* kararı sonrasına denk gelmektedir. İşbu 13 başvurunun 9'u kabul edilmiş, birisi şartlı kabul, ikisi reddedilmiş ve sonuncusu hakkında bilgi elde edilememiştir. Şartlı kabul sonrası sunum yapmayan Komisyon bir daha başvuruda bulunmuş, ancak amicus başvuru talebi reddedilmiştir. *Eiser* davasında iptal yargılaması sonrası tekrar yargılama (resubmission) süreci yaşanmış ve burada da Komisyon tarafından amicus başvuruda bulunulmuş ve kabul edilmiştir.

Söz konusu 22 davayı dışladığımızda geriye kalan 44 davanın 43'ünde tahkim yargılaması sırasında Komisyon tarafından amicus curiae başvurusu yapılmıştır. Bunların 14'ü reddedilmiş, üçü şartlı kabul edilmiş ve bu sebeple sunum yapılmamış, birisi²¹⁴ hakkında ise herhangi bir bilgi elde edilememiştir. Söz konusu 14 davanın üçünde Komisyon tarafından ikinci bir başvuru yapılmış ve bu başvurular kabul

²¹⁴ *Société Générale S.A. v. Republic of Croatia* ICSID yatırım tahkimi davasında Komisyon tarafından başvuru yapıldığı ve hakem heyetinin 11.04.2023 tarihinde karar verdiği bilinse de başvuru tarihi veya kararın sonucu bilinmemektedir.

edilmiştir. Tahkim yargılaması sürecinde başvuru yapılmayan ancak sadece iptal yargılaması sürecinde başvuru yapılan tek bir dava söz konusudur.²¹⁵ Bununla birlikte yukarıda saydığımız 44 davanın 10'unda iptal yargılaması sürecinde de Komisyon tarafından *amicus curiae* başvurusu talep edilmiştir. Burada yapılan başvuruların 6'sı reddedilirken 4'ü kabul edilmiştir. Reddedilen başvurular içinden birinde²¹⁶ Komisyon ikinci kez başvuru yapmakta ancak o da hakem heyeti tarafından reddedilmektedir. Sonuç olarak, açık erişimli kaynaklardan elde edilen bilgilere göre Komisyon tarafından ICSID yatırım tahkimi davalarında 66 ayrı yatırım uyuşmazlığında (tahkim, iptal ve yeniden yargılama süreçleri dahil) toplamda 113 ayrı *amicus curiae* başvurusu talep edilmiştir. Bu sayılara muhtemelen Komisyon tarafından başvuru yapılmış, ancak bilgi edinilemeyen 20 dava dahil değildir. 113 başvurunun 33'ü *Achmea* kararı öncesi yapılırken 80'i *Achmea* kararı sonrasında yapılmaktadır. 113 başvurunun 62'si kabul edilmiş ve sunum yapılmış, 10'u şartlı kabul edilmiş ve sunum yapılmamış, 39'u reddedilmiş ve sunum yapılmamış ve son olarak 2'si hakkında bilgi edinilememiştir.

Söz konusu 66 yatırım uyuşmazlığının 46'sında uygulanabilir uluslararası antlaşma EŞA'dır. İşbu davalarda uygulanabilir uluslararası yatırım anlaşmaları olan söz konusu AB içi BIT'lere ilişkin olarak yukarıda gerekli bilgiler verilmektedir. Ayrıca EŞA'nın da yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizması getirdiği, m.26(4) kapsamında yatırımcıların ev sahibi devlete karşı ICSID nezdinde yatırım tahkimi davası başlatabileceğine değinilmiştir. Bununla birlikte EŞA'ya AB üyesi tüm devletlerin²¹⁷ ve hatta bir tüzel kişilik olarak AB'nin²¹⁸ taraf olduğunu²¹⁹ belirtmek

²¹⁵ *Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. v. Hellenic Republic*

²¹⁶ *Hydro Energy 1 S.à r.l. and Hydroxana Sweden AB v. Kingdom of Spain*

²¹⁷ Kaj Hober, "Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty", *Journal of International Dispute Settlement* 1, sy 1 (01 Şubat 2010): 155, <https://doi.org/10.1093/jnlids/idp003>.

²¹⁸ European Parliament vd., *Responsibility in Investor-State-Arbitration in the EU: Managing Financial Responsibility Linked to Investor-State Dispute Settlement Tribunals Established by EU's International Investment Agreements* (Luxembourg: Publications Office, 2012), 8, <https://data.europa.eu/doi/10.2861/94695> ("ABİHA m.207[1] doğrultusunda AB, yabancı doğrudan yatırım konusunda, Lisbon Antlaşması sayesinde 1 Aralık 2009 tarihinden bu yana münhasır bir yetki elde etmektedir. Her ne kadar Enerji Şartı Anlaşması, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm ihtimali sağlayan, AB'nin taraf olduğu tek sözleşme olsa da artık gelecekte akdedilecek yatırım anlaşmalarının çoğu AB ile üçüncü devletler arasında olacaktır.").

²¹⁹ Avrupa Komisyonu, "Communication from the Commission to the European Parliament and the Council; Protection of Intra-EU Investment", Tebliğ (Brüksel: Avrupa Komisyonu, 19 Temmuz 2018), 4, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52018D0547> ("Enerji Şartı Anlaşması'na AB'nin de taraf olması şu sonuca etki etmez: AB'nin işbu Anlaşmaya katılması, sadece AB ile üçüncü ülkeler arasında haklar ve yükümlülükler yaratmaktadır, yoksa AB Üye Devletler arasındaki ilişkileri etkilemez.").

gerekmektedir. AB, EŞA'yı kendi hukukunun bir parçası olarak görmektedir²²⁰. Dahası, AB içi yatırım uyuşmazlıklarında AB içi yatırımcıların AB üyesi devletlere karşı uluslararası tahkim mekanizmalarına başvurmasının AB hukuk düzenine ve dolayısıyla uluslararası hukuka aykırı olduğu iddiası Komisyon tarafından amicus görüş olarak sunulmaktadır²²¹.

Bu kerte de Komisyon tarafından yapılan amicus başvuruları, sunulan amicus dilekçeleri ve müdahale talep edilen ICSID yatırım tahkimi davaları aşağıda incelenecektir. Bu davalar Achmea öncesi ve sonrası şeklinde ele alınacaktır. Achmea kararının etkileri Achmea sonrası davalar kısmında ele alınacaktır.

3.2.2. Achmea Kararı Öncesi Komisyon Tarafından Yapılan Amicus Curiae Başvurularına Genel Bir Bakış

ICSID yatırım tahkiminde görülmekte olan AB içi yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin tahkim davalarında hakem heyetleri tarafından nihai kararları *Achmea* kararı öncesinde verilen ve Komisyon tarafından amicus curiae başvurusunda bulunulan toplamda beş dava mevcuttur. Bu davalar şunlardır: **(1)** *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft. v. Republic of Hungary (II) – ICSID Case No. ARB/07/22* **(2)** *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary – ICSID Case No. ARB/07/19* **(3)** *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I) – ICSID Case No. ARB/05/20* **(4)** *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic – ICSID Case No. ARB/14/3* **(5)** *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain – ICSID Case No. ARB/13/36*.

Yukarıda sayılı beş tanesinin haricinde Komisyon tarafından Achmea kararı öncesi amicus curiae başvurusu yapılan 17 dava mevcuttur. Söz konusu 17 davanın tamamında nihai kararlar Achmea kararı sonrasında verilmiştir. Komisyon birçok

²²⁰ Pınar Karacan, “Avrupa Birliğinde ‘Achmea’ Kararı ve ‘1/17 Sayılı Görüş’ Işığında ‘Yatırımcı-Devlet’ Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının Geleceği”, *Public and Private International Law Bulletin* 40, sy 2 (2020): 1523.

²²¹ ARB/12/12, *Vattenfall v Germany*, Decision on the Achmea Issue (ICSID 31 Ağustos 2018) par. 82, (“Dahası, Avrupa Komisyonu’na göre, AB hukukunun uluslararası hukukun bir parçası olması ve böylelikle tahkim [şartının] geçerliliği ve esasa ilişkin konularda EŞA m.26[6] kapsamında uygulanabilir olduğu vakalarının *Electrabel v. Hungary* davasında verilen karardan sonra yatırım tahkimi heyetleri tarafından ihtilafa uğramış değildir.”).

davada birden fazla kez amicus başvurusunda bulunmuştur. Başka bir deyişle, hakem heyetleri tarafından verilen kabul veya ret kararlarının karar tarihleri 6 Mart 2018 tarihinden öncesine denk gelen 17 ICSID yatırım tahkimi davası mevcuttur.

Komisyon'un 14.11.2014 tarihinde, amicus curiae olarak yatırım tahkimi davasına müdahil olma ve görüşlerini içeren yazılı bir dilekçe sunma talebiyle yaptığı 6 adet (yukarıda bahsi geçen *Eiser* ile birlikte 7) başvuru söz konusudur. Bu başvurular aşağıda yazılı davalarda yapılmıştır: **(6)** *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain – ICSID Case No. ARB/13/30* **(7)** *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain – ICSID Case No. ARB/13/31* **(8)** *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain – ICSID Case No. ARB/14/1* **(9)** *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain – ICSID Case No. ARB/14/11* **(10)** *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain – ICSID Case No. ARB/14/12* **(11)** *REENERGY S.à r.l. v. Kingdom of Spain – ICSID Case No. ARB/14/18.*

Bu başvurular içinden *Masdar Solar* ve *NextEra* haricindeki diğer beşi hakem heyetleri tarafından reddedilmiştir. Amicus curiae başvurusunun reddedilmesinin başlıca sebebi ise çok erken (premature application), yani yargılama safahatı içerisinde daha taraflardan birisi tarafından ortaya atılmamış bir iddia veya itiraz hakkında amicus curiae başvurusunda bulunulmasıdır. Ret ve kabule ilişkin karar tarihleri şu şekildedir: *RREEF*; Ret - 5.02.2015, *Antin*; Ret - 15.12.2014, *Eiser*; Ret - 17.12.2014, *Masdar Solar*; Kabul - 20.03.2015, *NextEra*; Kabul - 6.06.2016, *InfraRed*; Ret - 9.02.2015, *Reenergy*; Ret - 10.07.2015. Komisyon daha sonra 09.12.2015 tarihinde, *RREEF*, *Antin*, *Eiser* ve *InfraRed* davalarında ikinci bir amicus curiae başvurusunda bulunmaktadır. *RREEF* hakem heyeti 14.01.2016 tarihinde bu başvuruyu da reddetmektedir. Her iki başvurunun da neden reddedildiğine dair bir gerekçe dosya mündericatında mevcut ve açık erişimli kararlarda mevcut değildir.

Antin, *Eiser* ve *InfraRed* hakem heyetleri işbu ikinci amicus başvurusunu şartlı olarak kabul etmektedir. Sayfa kısıtı, konu sınırlandırması ve gizlilik gibi şartların yanı sıra işbu başvuru nedeniyle davacının yüklenmek zorunda kalacağı masrafları karşılaması

şartıyla hakem heyetleri söz konusu amicus başvuruları kabul etmektedir. Şartlı kabul tarihleri sırasıyla şu şekildedir: **(5)** 21.12.2015, **(7)** 5.02.2016, **(10)** 19.04.2016. Komisyon bu davalarda da bundan sonraki davalarda da masrafların karşılanması veya güvence sunulması şartıyla verilen amicus curiae başvurularını kabul etmemekte ve hakem heyetlerinden kararlarını değiştirmelerini talep etmektedir. Bu davalarda kararlarda bir değişiklik olmamıştır. *Antin* davasında bu sebeple amicus görüş sunulmamıştır. Hakem heyetleri kararı gereği güvence sunmayan veya masrafları karşılama taahhüdü vermeyen *Eiser* davasında 31.12.2015 tarihinde sunulan ve *InfraRed* davasında 18.05.2016 tarihinde sunulan amicus curiae görüşleri dosya mündericatına kaydedilmemiştir.

Komisyon yukarıda bahsi geçen davalar arasında son olarak 15.12.2015 tarihinde *Reenergy* davasında ikinci amicus başvurusunda bulunmuş ve işbu başvuru 16.02.2016 tarihinde kabul edilmiştir. Komisyon buna göre 11.11.2016 tarihinde amicus dilekçesini sunmuştur. Aynı davada *Achmea* kararı sonrasında da başvuruda bulunan Komisyon'un işbu başvurusu da kabul edilmiştir. *Achmea* kararı sonrasında söz konusu yeni duruma ilişkin görüşlerini sunmak için 16.05.2018 tarihinde başvuru talebinde bulunan Komisyon'un başvurusu 7.06.2018 tarihinde kabul edilmiş ve 22.06.2018 tarihinde Komisyon tarafından sunum yapılmıştır. Komisyon'un *Achmea* kararı öncesi başvurup amicus görüşlerini sunduğu davaların hepsinde *Achmea* kararı sonrasında da bu yeni duruma ilişkin olarak yeni bir amicus başvurusunda bulunulmuştur. Buna ilişkin bilgiler *Achmea* sonrasının incelendiği aşağıdaki bölümde verilecektir.

Komisyon tarafından *Achmea* kararı öncesinde amicus curiae başvurusu yapılan diğer 9 davanın bilgileri ise şu şekildedir: **(12)** *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany – ICSID Case No. ARB/12/12* **(13)** *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain – ICSID Case No. ARB/14/34* **(14)** *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Kingdom of Spain – ICSID Case No. ARB/15/16* **(15)** *Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain – ICSID Case No. ARB/15/34* **(16)** *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain – ICSID Case No. ARB/15/38* **(17)** *Belenergia S.A. v. Italian Republic – ICSID Case No. ARB/15/40* **(18)** *Stadtwerke München GmbH and others v. Kingdom of Spain – ICSID Case No. ARB/15/1* **(19)** *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v.*

Kingdom of Spain – ICSID Case No. ARB/15/36 (20) Watkins Holdings S.à r.l. and others v. Kingdom of Spain – ICSID Case No. ARB/15/44 (21) Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic – ICSID Case No. ARB/15/50 (22) ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic – ICSID Case No. ARB/16/5.

Vattenfall davasında Komisyon iki kere amicus başvurusunda bulunmuştur. Her ikisi de kabul edilmiştir. İlki 24.07.2015 tarihindedir. Bu başvuru 07.08.2015 tarihinde kabul edilmiş ve amicus dilekçesi 30.09.2015 tarihinde sunulmuştur. İkinci başvurunun tarihi 19.04.2018, kabul tarihi 25.04.2018 ve sunum tarihi ise 8.05.2018 şeklindedir. *Blusun* davasında 23.10.2015 tarihinde yapılan amicus curiae başvurusu 30.10.2015 tarihinde kabul edilmiş ve Komisyon tarafından dilekçe 12.11.2015 tarihinde sunulmuştur. Komisyon *RWE* davasında üç kez amicus curiae başvurusunda bulunmuş ve bunlardan ilki reddedilirken diğerleri kabul edilmiştir. Komisyon'un 15.12.2015 tarihindeki ilk başvurusu 10.02.2016 tarihinde erken bir başvuru olduğu için reddedilirken, 21.06.2016 tarihindeki ikinci başvurusu 13.07.2016 tarihinde kabul edilmiştir. Amicus dilekçesi 11.08.2016 tarihinde sunulmuştur. Son başvurusu ise *Achmea* sonrası bir başvurudur.

Komisyon tarafından *BayWa* davasında üç kere amicus başvurusu yapılmış ve üçü de reddedilmiştir. 16.02.2016 tarihindeki ilk başvurusu erken başvuru olarak değerlendirilmiş ve 23.05.2016 tarihinde reddedilmiştir. 17.01.2017 tarihindeki ikinci başvurusu ise Komisyon'un AB içi yargı yetkisi itirazı hususunda zaten söylenmiş olanlara bir şey ekleyemeyeceği gerekçesiyle 4.04.2017 tarihinde reddedilmiştir. 16.05.2018 tarihinde Komisyon tarafından *Achmea* kararına ilişkin bilgilendirme talepli amicus başvurusu da taraflarca yapıldığı gerekçesiyle 29.05.2018 tarihinde reddedilmiştir. *Cavalum* davasında da benzer bir süreç yaşanmıştır. Komisyon'un 18.04.2016 tarihli başvurusu 20.05.2016 tarihinde erken olduğu gerekçesiyle reddedilmiş; ancak bir öncekinden farklı olarak 17.01.2017 tarihinde yapılan ikinci başvurusu 21.02.2017 tarihinde kabul edilmiştir. Amicus dilekçesi 28.04.2017 tarihinde yapılmıştır. Bununla birlikte *Achmea* sonrası yapılan 16.05.2018 tarihli amicus başvurusu da 12.06.2018 tarihinde kabul edilmiş ve 22.06.2018 tarihinde sunum yapılmıştır. *Soles* davasındaki ilk başvurusu *Cavalum* ile aynı tarihlidir. *Soles* davasındaki 18.04.2016 tarihli ilk başvuru hakem heyeti tarafından 23.05.2016

tarihinde reddedilmiş ve 18.10.2017 tarihli amicus başvurusu ise şartlı olarak kabul edilmiştir. Hakem heyeti tarafların söz konusu başvuru nedeniyle katlanacağı masrafların Komisyon tarafından güvence altına alınmasına karar vermiş, ancak Komisyon bunu karşılamayacağını belirterek sunum yapmaktan vaz geçmiştir.

Belenergia davasında Komisyon tarafından yapılan 24.10.2016 tarihli ilk başvuru 16.12.2016 tarihinde kabul edilmiş ve Komisyon 31.05.2017 tarihinde sunum yapmıştır. Bununla birlikte Komisyon tarafından *Achmea* sonrası yapılan başvuru reddedilmiştir. *Stadtwerke*, *OperaFund*, *Watkins* ve *Eskosol* davalarında Komisyon tarafından 16.01.2017 tarihinde amicus başvurusu yapılırken *ESPF* davasında 17.01.2017 tarihinde yapılmıştır. *Stadtwerke* ve *Watkins* davalarında hakem heyetlerinin şartlı başvurusu nedeniyle amicus dilekçesi sunulmamış veya sunulsa dahi dosya mündericatına dahil edilmemiştir. *OperaFund* ve *Eskosol* hakem heyetleri başvuruları kabul ederken, *ESPF* davasındaki başvuru reddedilmiştir. Bununla birlikte *ESPF* davasında ikinci kez başvuru yapan Komisyon'un başvurusu 22.08.2017 tarihinde kabul edilmiş ve Komisyon tarafından 29.09.2017 tarihinde amicus dilekçesi sunulmuştur.

Bilindiği üzere ICSID davalarında tahkim süreci neticesinde kendine has bir iptal (annulment) süreci mevcuttur. Komisyon iptal sürecinde de amicus curiae başvurusunda bulunmaya devam etmiştir. Örneğin *Micula (I)* davasının iptal sürecinde Komisyon 15.10.2014 tarihinde başvuruda bulunmuş ve 3.12.2014 tarihinde başvurusu kabul edilmiştir. Buna göre 9.01.2015 tarihinde amicus görüşlerini hakem heyeti ve taraflara sunmuştur. Aynı şekilde Komisyon tüm davalarda eğer varsa iptal süreçlerinde de amicus curiae başvurusunda bulunmuştur. Davaların uzun sürmesi dikkate alındığında iptal yargılamaları *Achmea* kararına denk gelen tek dava *Micula (I)* davasıdır.

Söz konusu 22 ICSID yatırım tahkimi davaları arasında, *Ion Micula* davasında uygulanabilir uluslararası hukuk Romanya-İsveç BIT olmakla birlikte geri kalan davaların hepsinde yatırımcılar ev sahibi devlet tarafından EŞA'nın ihlal edildiğini iddia etmiş ve EŞA m.26 kapsamında uyuşmazlığın halli için ICSID yatırım tahkimine başvurmuşlardır. Dikkat çeken diğer husus ise bu davaların 14 tanesinin İspanya aleyhine açılmış olmasıdır.

Komisyon'un ICSID yatırım tahkiminde sunduğu ilk amicus curiae başvuruları *AES v. Hungary (II)* ve *Electrabel* davalarında gerçekleşmektedir. Komisyon 3 Eylül 2008 tarihinde her iki dava için de ICSID Tahkim Kuralı 37(2) kapsamında başvuruda bulunmuştur²²². *AES v. Hungary (II)* davasında Komisyon'un amicus curiae başvurusu kabul edilse dahi açık kaynaklardan amicus görüşe ulaşılammıştır. *AES v. Hungary (II)* davasında hakem heyeti nihai kararında Komisyon tarafından sunulan amicus görüşe ilişkin detaylı bir açıklama yapmamaktadır²²³. Heyet yargı yetkisine ilişkin tüm itirazları reddetmekte ve EŞA kapsamında yapılan talepler bakımından yetkili olduğuna karar vermektedir²²⁴. Bununla birlikte *Cavalum v. Spain* davasındaki amicus görüş veya nihai hakem kararına açık kaynaklardan ulaşılammaktadır²²⁵.

3.2.3. Achmea Kararı Öncesi Komisyon Tarafından Sunulan Amicus Görüşlerinin İçeriği

İşbu kısımda özellikle *Electrabel v. Hungary*, *Micula v. Romania*, *Blusun v. Italy*, *Eiser v. Spain*, *NextEra v. Spain* ve *Masdar Solar v. Spain* davalarındaki amicus başvuruları detaylı bir şekilde incelenecektir. Achmea öncesi yapılan diğer başvuruların buralarda söylenenlerle zaten benzer niteliklere sahip olması nedeniyle *BayWa v. Spain*, *Stadtwerke v. Spain*, *RWE*, *Belenergia*, *Eskosol*, *Cavalum*, *OperaFund* ve *ESPF* davalarındaki Komisyon tarafından yapılan amicus başvurularına ise kısaca değinilecektir.

3.2.3.1. Electrabel v. Hungary

Belçikalı yatırımcı Electrabel SA, 1995 yılında yürürlüğe giren bir Yenilenebilir Enerji Tedarik Anlaşması'nın (YETA) 2008 sonunda Macaristan tarafından feshedilmesi nedeniyle EŞA'nın ihlal edildiği iddiası ile ICSID yatırım tahkiminde Macaristan'a

²²² “AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft. v. Hungary (ICSID Case No. ARB/07/22)”, ICSID, erişim 28 Şubat 2024, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/07/22>; “Electrabel S.A. v. Hungary (ICSID Case No. ARB/07/19)”, ICSID, erişim 28 Şubat 2024, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/07/19>.

²²³ ARB/07/22, *AES v Hungary*, Award (ICSID 23 Eylül 2010).

²²⁴ A.g.e., par. 16.1(a) par. 16.1(a).

²²⁵ “Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/34)”, ICSID, erişim 29 Şubat 2024, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/15/34>; “Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/34”, ITALAW, erişim 29 Şubat 2024, <https://www.italaw.com/cases/8480>.

karşı dava açmıştır. Mezkur YETA sayesinde, Davacı Electrabel ve yerel şubesi olan Dunamenti (enerji istasyonu) üretilen/satılan elektrik için sabit fiyat garantisi elde etmiş ve bu şekilde yatırım maliyetlerinin karşılanmasını amaçlamıştır. Electrabel yatırım maliyetinin karşılanması ve sabit fiyat garantisi ile kar elde etmeyi amaçlamış, ancak YETA'nın feshi ile zarar ettiğini beyan etmiştir. İddialara yanıt olarak davalı devlet 2004 yılında AB'ye katıldıktan sonra söz konusu YETA'yı feshetmek mecburiyetinde olduğu savunmasını yapmıştır. Gerçekten bu hususta Komisyon 2008 yılında, mezkur YETA'nın AB hukuku kapsamında yasa dışı devlet desteği²²⁶ teşkil ettiğini söyleyen, kesin ve bağlayıcı bir karar vermiştir²²⁷. İşbu ICSID yatırım tahkimi davasının açılması ile Komisyon davaya müdahil olmak istemiş ve ICSID Tahkim Kuralları Kural 37(2) bağlamında hakem heyetine amicus curiae görüşlerini sunmasına izin vermesi için başvuruda bulunmuştur.

Komisyon'un amicus curiae başvurusunu kabul eden hakem heyeti Komisyon tarafından özellikle şu hususlarda amicus görüş sunulmasına karar vermiştir: **(a)** AB hukuku ile EŞA arasındaki bağlantı, **(b)** Macaristan tarafından imzalanan YETA'ya ilişkin devlet desteği soruşturması ve **(c)** Topluluk (yani, Komisyon) kararlarının üye devletler (hususiyetle Macaristan) üzerindeki etkisi²²⁸. Komisyon, işbu amicus curiae görüşünde dört hususa değinmektedir. İlk olarak AB hukukunda devlet desteği hususunu, sonrasında AB hukukunun EŞA ile bağlantısını, devamında yargı yetkisi itirazına ilişkin konuları ve nihayet en sonunda davanın esasına ilişkin görüşlerini ele almaktadır. Bunu yaparken de EŞA'ya üye olan AB'yi dışarıda temsile yetkili bir organ olmasına dayanmaktadır²²⁹. Bu dava haricinde Komisyon tarafından sunulan amicus görüşlerdeki argümanlara ancak hakem heyetleri tarafından verilen kararlarda

²²⁶ "illegal state aid" ifadesinin tercümesi işbu tezin yazarı tarafından bu şekilde yapılmaktadır. Neden yardım yerine destek kelimesinin kullanıldığına dair: ABİHA tercümesinde (bkz: dipnot 67) ve AB uyumu çerçevesinde çıkarılan 6015 sayılı Yasa'da yardım değil de destek ifadesinin geçmesi. Avcioglu Aksoy, "yasa dışı devlet yardımı" ifadesini kullanmaktadır. Ezgi Avcioglu Aksoy, "Avrupa Birliği Hukukunda Devlet Yardımlarının Denetim Usulü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, sy 1 (30 Mayıs 2022): 361, <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1092568>; Gündüzler, "yasaklanmış devlet yardımı ifadesini kullanmaktadır. Ulaş Gündüzler, "Avrupa Birliği'nde Devlet Yardımlarının Denetimi", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 14, sy 1 (2015): 87-121, https://doi.org/10.1501/Avraras_0000000217.

²²⁷ Stier, "The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal in Intra-EU Investment Treaty Disputes after the Decision in Electrabel v Hungary", 164.

²²⁸ Bernd Martenczuk, Frank Hoffmeister, ve Petr Ondrusek, "In the Arbitration ICSID Case No. ARB/07/19 Electrabel S.A. v. Republic of Hungary: Written Submission Pursuant to Art. 37(2) of the ICSID Arbitration Rules", Amicus Curiae Görüşü (Brüksel: Avrupa Komisyonu Hukuk Hizmetleri, 12 Haziran 2009), 1 par. 1.

²²⁹ A.g.e., 2 par. 4.

değiniildiği kadarıyla erişebilmekteyiz. İşbu tezin yazarı tarafından ulaşılan Komisyon amicus dilekçesi sadece işbu davadaki amicus başvurusudur²³⁰.

3.2.3.1.1. Yasa Dışı Devlet Desteği

Komisyon, amicus curiae dilekçesini sunduğu zamanda halen yürürlükte olan Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın (AT Antlaşması) 87. maddesinin birinci fıkrası kapsamında (ABİHA m.107(1)'e karşılık gelmektedir) Avrupa Topluluğu (Topluluk) devlet yardım desteği rejimini açıklayarak giriş yapmaktadır²³¹. Bu husus beş başlık altında incelenmiş ve ilk önce genel bir giriş yapıldıktan sonra sırasıyla, devlet desteği hukuku ile ortak elektrik pazarı arasındaki ilişki, Macaristan tarafından akdedilen söz konusu YETA hakkındaki devlet desteği soruşturma süreci, Komisyon'un devlet desteği kararlarına uyulması zorunluluğu ile Komisyon'un bu tür kararlarına karşı itiraz yolları açıklanmaktadır²³².

ABİHA m.107(1) şu şekildedir: *“Antlaşmalar'da aksine hüküm bulunmadıkça, bir üye devlet tarafından veya devlet kaynakları vasıtasıyla herhangi bir şekilde verilen ve belirli teşebbüsleri veya belirli ürünlerin üretimini kayıtarak rekabeti bozan veya bozma tehlikesi yaratan her türlü destek, üye devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde, iç pazarla bağdaşmaz.”* Bu sebeple kural olarak devlet desteği AB hukukuna aykırıdır. Maddenin devamında hangi tür devlet desteklerinin hukuki sayılacağı ve bu hususta yetkinin Komisyon'a ait olduğu hüküm altına alınmaktadır.

Komisyon, Macaristan'ın 1 Nisan 1994 tarihinde AB üyeliğine başvuruda bulunduğu ve 1 Mayıs 2004 tarihinde AB'ye katılarak üye devlet haline geldiğini, katılımdan önce Topluluk ile Macaristan arasında akdedilen Avrupa Antlaşması'nda da zaten AT Antlaşması ile benzer devlet desteği hükümleri yer aldığını belirtmektedir. Mezkur

²³⁰ Stier, 2015 yılında yazdığı makalesinde, Electrabel davasında Komisyon'un amicus curiae görüşlerine ancak hakem heyeti tarafından verilen kararda belirtildiği kadarıyla erişebildiğini beyan etmektedir. Yazarın söz konusu Electrabel amicus curiae dilekçesine dahi o zaman bir erişiminin olmadığı anlaşılmaktadır. Stier, “The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal in Intra-EU Investment Treaty Disputes after the Decision in Electrabel v Hungary”, 164.

²³¹ Lizbon Antlaşması'ndan (2009) sonra AT Antlaşması, ABİHA şeklini almışken Topluluk da AB olarak anılmaya başlanmıştır. İşbu amicus curiae dilekçesinde Komisyon tarafından Topluluk kurallarına yapılan tüm atıfların AB hukuk düzenine yapıldığını varsayabiliriz.

²³² Martenczuk, Hoffmeister, ve Ondrusek, “Written Submission Pursuant to Art. 37(2) of the ICSID Arbitration Rules”, 2-9 par. 5-29.

Avrupa Antlaşması'nın 62. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları Komisyon tarafından özellikle değinilmektedir. Burada rekabet bozucu devlet desteğinin yasaklandığı ve buna ilişkin kriterlerin "*Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'nın 85., 86. ve 92. maddelerine göre*" belirleneceği belirtilmektedir. Komisyon, "*AT-Macaristan Ortaklık Konseyi'nin 1996 ve 2002 yılında ortaya koyduğu buna dair uygulama kurallarının Topluluk devlet desteği rejimi ile ortaklaştığını*" ifade etmektedir²³³.

Komisyon, 96/92/AT sayılı Direktif'in kabulü ile Topluluk içerisinde elektrik pazarında liberalleşmeye gidildiği ve üye devletler arasında elektrik ticaretinin serbestçe yapılabileceğini ifade etmektedir. Netice itibariyle elektrik sektöründe işletmelere yapılan devlet desteği rekabeti bozmakta ve bu nedenle AT Antlaşması m.87 devlet desteği rejimi bu alanda da tam olarak uygulanabilecektir. Sonuç olarak elektrik sektöründe yapılan devlet desteği yasa dışı addedilecektir²³⁴. Somut olaydaki YETA ile ilgili bir devlet desteği soruşturması Komisyon tarafından başlatılmıştır. Davacı Elektrabel'in Macaristan'da kurduğu ve neredeyse dörtte üçüne sahip olduğu Dunamenti şirketinin bu YETA sayesinde yatırım getirisi ve %8-10 arası karlılık sağladığı görülmüştür. AB içindeki diğer işletmelerin yararlanmadığı bu karlılık ve devlet desteğinin rekabeti engelledi ve zarar verdiği Komisyon'un kanaati haline gelmiştir. Soruşturma neticesinde Komisyon, işbu YETA'nın yasa dışı bir devlet desteği olduğu sonucuna varmıştır²³⁵.

Komisyon, bir AB kurumu tarafından verilen kararın, AT Antlaşması m.249(4) kapsamında tüm üye devletler bakımından bağlayıcı olduğunu, Macaristan'ın yapmış olduğu devlet desteğinin geri ödenmesi için destekten yararlananlara rücu etmesi gerektiğini ve derhal kararın infazı ile devlet desteğine son verilmesinin bir zorunluluk olduğunu beyan etmektedir. Komisyon, Macaristan'ın ABAD nezdinde bu karara itiraz edebileceğini, ABAD tarafından verilen karara uyulmaması halinde ise cezai işlemlere başlanacağını belirtmektedir²³⁶. Ayrıca, Komisyon karardan etkilenen gerçek veya tüzel kişilerin AB hukuku çerçevesinde hukuki korumaya sahip olduğunu,

²³³ A.g.e., 3 par. 8-9.

²³⁴ A.g.e., 4 par. 11-13.

²³⁵ A.g.e., 5-8 par. 14-24.

²³⁶ A.g.e., 8 par. 25-27.

Komisyon'a başvuru yapabileceğini ve Dunamenti'nin de bu şekilde Komisyon'a karşı AB içinde dava açtığını söylemektedir²³⁷.

3.2.3.1.2. Topluluk ve EŞA Arasındaki İlişki

Komisyon, EŞA'nın ortaya çıkması, hazırlanması ve imzalanması sürecine ön ayak olan siyasi deklarasyonun *Avrupa Enerji Şartı* olduğunu, adından da anlaşılacağı gibi, Avrupa Enerji Şartı'nın köklerinin Avrupa kavramlarına sıkı sıkıya bağlı olduğunu ifade etmektedir²³⁸. Avrupa Enerji Şartı'nın hususiyetle 9. ve 15. gerekçelerine atıfta bulunan Komisyon, gerekçe metnindeki taahhütlerin EŞA'da karşılığını bulduğunu ve Topluluk tarafından EŞA'nın faaliyete geçmesi için önemli bir çaba sarf edildiğini söylemektedir. Komisyon, ilaveten, Topluluğun EŞA kapsamında tek bölgesel ekonomik entegrasyon organizasyonu olduğuna da dikkat çekmektedir. Topluluğun EŞA'ya taraf olması ise EŞA hükümlerinin AB hukukunun bir parçası olması ve doğal olarak tüm üye devletler açısından bağlayıcı olması sonucunu doğurmaktadır²³⁹.

Devamında Komisyon, EŞA m.2'de yer alan "*Avrupa Enerji Şartı'nın amaçları ve ilkeleri uyarınca*" ifadesine dikkat çekmekte ve EŞA m.3'te geçen "*açık ve rekabet eder bir piyasa*" ifadesinin Topluluk konsepti olduğunu belirtmektedir²⁴⁰. Topluluk ve EŞA arasında buraya kadar sayılan ilişkilere ek olarak, Komisyon EŞA metninde Topluluğun açıkça yansıtıldığı kanaatine varmaktadır. Örneğin, m.1(3) bağlamında Topluluk; AT Antlaşması'nın kapsadığı konular da dahil olmak üzere, diğer bazı sözleşmeciler tarafından bağlayıcı kararlar alma yetkisine sahip olan bir sözleşmeciler tarafıdır. Komisyon böylelikle tüm taraf devletlerin Topluluğun bu özel konumunu kabul ettiğini ve saygı duyduğunu, işbu hükmün sözleşmenin tamamı için geçerli olduğunu, haklar ve yükümlülüklerin buna göre değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Komisyon hususiyetle m.7(10)(a) metninde geçen "transit" ifadesinin sadece Topluluk nezdinde bir uygulaması olduğunu, bir gümrük birliği olarak Topluluğu ilgilendirdiğini, fakat işbu ifade ile üye devletlerin kendi aralarındaki nakliyatın kastedilmediğini söylemektedir. Komisyon m.26(1) madde metninde

²³⁷ A.g.e., 8-9 par. 28-29.

²³⁸ A.g.e., 10 par. 31.

²³⁹ A.g.e., 10-11 par. 32-33.

²⁴⁰ A.g.e., 11 par. 34.

özellikle “bölge” ifadesinin kullanıldığını ve bunun neticesinde yatırım anlaşmazlıklarının doğrudan Topluluğa yöneltilmesi mecburiyetinin intaç edilmesi gerektiğini beyan etmektedir. Komisyon sonuç olarak Topluluk devlet desteği sisteminin (AB devlet desteği rejimi) uygulanmasının EŞA’yı ihlal etmemesi gerektiğini mütalaa etmektedir²⁴¹.

3.2.3.1.3. Yargı Yetkisi İtirazı

Komisyon amicus curiae dilekçesi sunduğu ilk ICSID davasında yargı yetkisine dair görüşlerini kademeli bir şekilde ifade etmektedir. Öncelikle Topluluk ile üye devlet arasındaki yetki paylaşımı irdelenmektedir. Sonrasında ise yetkinin Topluluk tarafından kullanıldığı yerlerde muhatabın (yani, davanın yöneltilmesi gereken tarafın) Topluluk olması gerektiğini belirtmektedir. Yetkinin üye devlet Macaristan tarafından kullanıldığı, yani Topluluk içi yetki paylaşım esaslarına göre Macaristan’ın yetkili olduğu hususlarda davanın Macaristan’a yöneltilmesinde hukuki bir yanlışlık olmadığı kanaatinde. Bu şekilde yetkinin Macaristan’da olduğu diğer hususlarda ise Komisyon esasa dair görüşlerine yer vermekte ve üye devletin uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranmadığı kanaatine varmaktadır. Komisyon, esasa dair görüşlerinde son olarak Macaristan tarafından ileri sürülen ahenkli yorumlama ilkesinin uygulanması gerekliliğini ileri sürmektedir²⁴².

Komisyon en başta AB içi bir uyuşmazlık olması sebebiyle heyetin ICSID Tahkim Kuralları Kural 41(2) gereği resen yargı yetkisini haiz olup olmadığına dair bir araştırmaya girmesi gerektiğini söylemektedir²⁴³. Daha sonrasında AT Antlaşması’nın çok taraflı bir anlaşma olduğunu²⁴⁴, bu anlaşmaya göre yetkilerin Topluluk ile üye devlet arasında paylaşıldığını ve yetkilerin Topluluk’ta mı yoksa üye devlette mi olduğunun belirlenmesinin elzem olduğunu²⁴⁵ belirtmektedir. Somut olaydaki uyuşmazlığa dair yetkinin kimde olduğunun belirlenmesi amacıyla usulü bir yol öneren Komisyon, buna girişmeden evvel EŞA bağlamında böylesi bir yetki paylaşımına dair bildirinin EŞA’ya üye diğer devletlere duyurulmamış olmasının

²⁴¹ A.g.e., 11-13 par. 35-38.

²⁴² A.g.e., 13-39 par. 39-128.

²⁴³ A.g.e., 13 par. 41.

²⁴⁴ A.g.e. par. 42.

²⁴⁵ A.g.e. par. 43.

durumu değiştirmeyeceğini, bunun sadece Topluluk hukukunun ilan edilmediği sonucunu doğuracağını iddia etmektedir²⁴⁶. Nihayet söz konusu usulü açıklayan Komisyon, Topluluk tarafından EŞA m.26(3)(b)(ii) kapsamında Enerji Şartı Sekreterliğine sunulan beyanda, Topluluğun üye devletler gibi taraf olduğunu, eğer tahkimin hangisine yöneltileceği hususunda bir belirsizlik yaşanırsa başvuru halinde 30 gün içerisinde ya Topluluk ya da üye devletin buna karar verebileceği ifadesinin yer aldığını ortaya koymaktadır²⁴⁷.

Yetkiye dair bir incelemeye girişen Komisyon bu aşamada davada esas üç iddia olduğunu, bunların YETA feshi, ücretlendirme sorunu ve G1 ünite (veya zorunlu satın alma) iddiaları olduğunu ifade etmektedir²⁴⁸. YETA feshinin kendi yetki sahasında yer aldığını ifade eden Komisyon, diğer iddialara ilişkin Macaristan'ın yetkili olduğu ifade etmekte ve bu hususlarda usulü bir yargı yetkisi itirazında bulunmamakta²⁴⁹, ancak esasa ilişkin beyanlarında Macaristan'ı müdafaa etmektedir²⁵⁰. YETA feshine dair hususun Komisyon kararının Macaristan tarafından uygulanmasından ibaret olduğunu ve Topluluk hukukuna göre kendisinin münhasır yetkiye sahip olduğu bir alanda Macaristan'ın söz hakkının olmadığını, uluslararası hukuka göre kendisinin sorumlu olması gerektiğini ifade eden Komisyon, bu yorumlamanın EŞA metni ile de uyumlu olduğunu söylemektedir²⁵¹.

Komisyon; AB'nin EŞA'ya taraf olması, Topluluk ile üye devletler arasındaki yetkilerin paylaşımı, yetki paylaşımı esaslarına göre davanın Topluluğa, yani Komisyon'a yöneltilmesi gerektiğini ifade ettikten sonra davacının davasını sadece yanlış davalıya karşı ileri sürmediğini, aynı zamanda yanlış bir forum²⁵² kullandığını da ifade etmektedir. Komisyon'un amicus curiae görüşünde ortaya koyduğu muhakemeye göre Topluluk, EŞA kapsamında bölgesel ekonomik entegrasyon organizasyonu olduğuna göre bu organizasyona mensup hiçbir yatırımcı EŞA m.26 çerçevesinde Topluluğa karşı uluslararası bir uyuşmazlık çözüm yöntemini (yani,

²⁴⁶ A.g.e., 14 par. 44-46.

²⁴⁷ A.g.e., 15 par. 47-48.

²⁴⁸ A.g.e., 16 par. 50.

²⁴⁹ A.g.e., 18-19 par. 58-60.

²⁵⁰ A.g.e., 22 par. 69.

²⁵¹ A.g.e., 16-18 par. 51-57.

²⁵² A.g.e., 19 par. 61.

uluslararası bir forumu) kullanıp dava açamayacaktır²⁵³. Nihayet Komisyon, buraya kadar uyguladığı muhakemenin heyet tarafından kabul görmemesi halinde alternatif olarak Macaristan tarafından ileri sürülen ahenkli yorumlama ilkesinin benimsenmesi gerektiği kanaatine varmaktadır²⁵⁴.

VCLT m.31 çerçevesinde antlaşma hükümlerinin akdedildikleri bağlamla çelişmeyen alelade manaya uygun olarak ve antlaşmanın konu ve amacı ışığında iyi niyetle yorumlanması gerektiğini ifade eden Komisyon, EŞA metninin doğru bir yorumu için EŞA'nın ortaya çıkmasına öncülük eden Avrupa Enerji Şartı ile esaslı bağlantıları ve yine söz konusu uluslararası anlaşmaya ön ayak olan Topluluğun EŞA müzakerelerindeki hususi rolünün dikkate alınmasının zaruri olduğunu beyan etmektedir. VCLT m.31(3)(c) metninde geçen " *taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı*" ifadesinin dikkate alınmasının elzem olduğunu, bu ifadenin BM Uluslararası Hukuk Komisyonu, AİHM, Daimi Hakemlik Mahkemesi ve DTÖ Temyiz Makamı tarafından da bu şekilde yorumlandığını belirtmektedir. Topluluğun EŞA'nın hazırlanmasındaki hakim rolünün dikkate alınması ve Topluluk devlet desteği rejiminin EŞA ile çelişmeyeceğinin kabulünün gerekliliğini ifade eden Komisyon, davacının meşru beklentilerinin ihlal edilmediğini, EŞA m.10 kapsamında makul olmayan ve ayırım gözeten önlemler ile daha az düzeyde bir uygulamanın söz konusu olmadığını ve bütün bunların EŞA m.13 kapsamında Topluluk hukuku devlet desteği rejimi ile çelişmeyeceğini beyan etmektedir²⁵⁵.

3.2.3.1.4. Hakem Kararının İnfazı ve Topluluk Hukuku

Komisyon, Topluluk hukukuna aykırı bir şekilde verilecek herhangi bir hakem kararının Topluluk kamu düzenini ihlal edeceğini ve bu hususta hakem kararlarının infazı ile ilgili olarak ABAD tarafından karar verilmesi gerekeceğini ifade etmektedir. ABAD tarafından verilen emsal kararlara atıfta bulunan Komisyon, Topluluk rekabet hukukunun üye devletlerin kamu düzenine dahil olduğu ve buna muhalif tüm hakem kararlarının infazının New York Konvansiyonu'na göre mümkün olmayacağı

²⁵³ A.g.e., 19-22 par. 62-68.

²⁵⁴ A.g.e., 37 par. 124.

²⁵⁵ A.g.e., 37-39 par. 124-128.

sonucuna varıldığına değinmektedir. Her ne kadar ICSID hükümlerinin New York Konvansiyonu'ndan farklılaştığını kabul etse de Komisyon, kendisinin ICSID'e taraf olmadığını ve bu sebeple ICSID infaz kuralları ile bağlı olmadığını ifade etmektedir. Tüm bu muhakemeler muvacehesinde Topluluk devlet desteği rejimine aykırı olarak alınan bir kararın, bu karar üye devlet tarafından alınabileceği gibi üye devletin bu hususta verilmiş hakem kararına uyma eğilimi neticesinde de ortaya çıkabilir, hakem kararı olsun olmasın kamu düzenini ihlal ettiği nedeniyle infazının mümkün olmayacağı sonucuna varmaktadır²⁵⁶. Sonuç olarak Komisyon pek de akla mantığa uymayan bir dizi nedenler silsilesi neticesinde açık bir şekilde ICSID yatırım tahkimi davasında teşkil etmiş hakem heyetine ve bu vesile ile AB içi yatırım tahkimi davalarına bakan mevcut ve müstakbel tüm hakem heyetlerine verecekleri kararların infaz edilmeyeceğini duyurmaktadır.

3.2.3.1.5. Pozisyonlar ve Karar

Davacı Electrabel, EŞA m. 26'nın, yatırım alanında davalı ile arasındaki uyuşmazlıklar için sürekli bir tahkim yetkisi teklifi sağladığını iddia etmektedir. Davacı, bu tahkim yetkisini kabul ederek ICSID tahkimini başlatmakta ve uyuşmazlığın, davalının eylem ve ihmalleri nedeniyle EŞA'nın ihlali sonucunda varlıklarının kullanımını olumsuz etkilediğini savunmaktadır.²⁵⁷ Davalı Macaristan, Komisyon görüşünü desteklemekte ve Komisyon'un eylemlerinden dolayı sorumlu tutulamayacağını söylemektedir. Buna göre yargı yetkisi itirazında bulunmaktadır.²⁵⁸

Hakem heyeti devlet desteği rejimi ve topluluk hukuku ile alakalı Komisyon tarafından sunulan görüşlere itibar edilemeyeceğini şu şekilde ifade etmektedir:

Bu ICSID tahkimi, yalnızca uluslararası hukuk tarafından yönetilen bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasıdır. Heyetin EŞA ve ICSID Sözleşmesi altında uluslararası statüsü nedeniyle, Komisyonun bazı beyanları işbu tahkim sürecinde dikkate alınmamaktadır çünkü bunlar, yalnızca AB içinde uygulanan AB hukuk düzenine özgü bir hukuk kuralları hiyerarşisi perspektifinden kaynaklanmaktadır. Oysa bu Heyet, Avrupa Birliği dışında, EŞA ve ICSID Sözleşmesi'nin uluslararası hukuk çerçevesinde işlemek zorundadır.²⁵⁹

²⁵⁶ A.g.e., 39-42 par. 129-139.

²⁵⁷ ARB/07/19, *Electrabel S.A. v. Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability (ICSID 30 Kasım 2012) par. 5.21 - 5.25.

²⁵⁸ A.g.e. par. 5.26 - 5.30.

²⁵⁹ A.g.e. par. 4.112.

Hakem heyeti, yargı yetkisi, uygulanabilir hukuk ve sorumluluk hakkında verdiği ara kararda yargı yetkisi itirazını reddetmektedir. Şu kadar ki EŞA kapsamındaki tüm yatırımların enerji sektöründeki ekonomik faaliyetlerle bağlantılı olması gerektiğini vurgulayarak, YETA'nın enerji sektöründeki ekonomik faaliyetlerle bağlantılı olduğu için EŞA kapsamında bir yatırım olduğunu teyit eder. Heyet, Komisyon'un heyetin AB hukuku konuları üzerinde yargı yetkisine sahip olmadığına dair itirazları geçerli bulmamaktadır. Hakem heyeti, EŞA ve ICSID kapsamında uyuşmazlığa karar verme yetkisine sahip olduğunu, hususiyetle YETA'nın feshi konusunda yargı yetkisine sahip olduğu kanaatindedir. Hakem heyeti, AB hukukunun davaya ilişkin olarak önemli olduğunu kabul etse de EŞA ile ICSID sözleşmelerinin uygulanmasına karar vermektedir. AB hukukunun da tarafların eylemleri ve yükümlülükleri yorumlanırken dikkate alınması gerektiği belirtmektedir. Ayrıca heyet, EŞA ve AB hukuku arasında yargı yetkisini engelleyecek bir tutarsızlık olmadığı sonucuna varmaktadır. Macaristan'ın ve Komisyon'un aksini iddia eden argümanlarını reddederek, somut uyuşmazlığı yargılama yetkisine sahip olduğu yönünde nihai olarak karar vermektedir.²⁶⁰

Sorumluluk hususunda Komisyon ile aynı fikirde olan *Electrabel* hakem heyeti, AB hukukunun EŞA m.26(6) uyarınca uyuşmazlığa uygulanabilir uluslararası hukuk kuralları ve ilkelerinin bir parçası olduğunu kabul etmiştir.²⁶¹ Heyet, AB hukuku uyarınca Macaristan'ın, AB devlet desteği hukukuna dayanarak bir enerji satın alma anlaşmasının feshedilmesini emreden Komisyon kararına uymak zorunda olduğunu değerlendirmiştir:

Macaristan, EŞA kapsamında tanınan, AB kurumunun hukuken bağlayıcı bir kararına uymak zorunda olduğunda, bu durum (tek başına) Macaristan'ın uluslararası sorumluluğunu doğuramaz. Uluslararası hukuka göre, Macaristan yalnızca kendi hukuka aykırı fiilleri nedeniyle sorumlu olabilir. Heyet, EŞA'nın Macaristan üzerinde hukuken bağlayıcı olarak kabul ettiği bir uluslararası otoritenin kararlarını yerine getirdiği için Macaristan'ın EŞA kapsamında sorumlu tutulmasının saçma olacağını değerlendirmektedir.²⁶²

Hakem heyeti nihai kararında ise davacı yatırımcının tüm taleplerini reddetmektedir. Davacı yatırımcının taleplerinin tamamının reddedilmesine rağmen heyet, tarafların

²⁶⁰ A.g.e. par. 5.31 - 5.60.

²⁶¹ Fahner, "Reconciling Investment Arbitration with EU State Aid Law", 680.

²⁶² ARB/07/19, *Electrabel S.A. v. Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability par. 6.72.

kendi yargılama giderlerini yüklenmesi yönünde karar vermektedir. Sadece ICSID Sekretarya masrafları ile dava masrafları gibi kurumsal tahkim giderlerinin davacıya yüklenmesine karar vermektedir. Tarafların diğer tüm talepleri de reddedilmektedir.²⁶³

3.2.3.2. Micula v Romanya

Romanya, 1998 yılında bir Hükümet Kararnamesi ile az gelişmiş bölgelere yapılacak yatırımlara belli bazı vergilerde teşvik ve gümrük vergisinde muafiyet sağlanması yönünde çeşitli teşvikler ve kolaylıklar sağlamıştır²⁶⁴. Romanya AB'ye girmesi neticesinde söz konusu teşviklerden vazgeçmiş ve yatırımcılar Ioan Micula ve Viorel Micula ile şirketleri 2 Ağustos 2005 yılında ICSID yatırım tahkimine başvuruda bulunmuştur²⁶⁵. Yatırımcılar, 1 Nisan 2003 tarihinde yürürlüğe giren İsveç-Romanya BIT'e dayanmaktadır²⁶⁶. 20 Temmuz 2009 tarihinde Komisyon, ICSID hakem heyetine amicus başvuruda bulunmuş²⁶⁷ ve söz konusu başvuruya Komisyon'un nihai kararında kısaca değinilmiştir.

3.2.3.2.1. Komisyon Tarafından Sunulan Amicus Curiae Görüşü

Uygulanacak hukuk konusunda Davalı Romanya devleti şu üç argümanı ileri sürmektedir. Öncelikle İsveç-Romanya BIT'in AB hukukuna uygun bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir²⁶⁸. Dahası, İsveç-Romanya BIT tarafları her halükârda Avrupa hukukunun öncelikli olarak uygulanmasını hedeflemektedir²⁶⁹. Son olarak iddia edilen ihlalin tespitinde AB hukukunun uygulanması yerindedir²⁷⁰. Komisyon'un uygulanacak hukuk ile alakalı olarak sunmuş olduğu amicus curiae dilekçesindeki pozisyonu ise ICSID yatırım tahkimi heyeti tarafından şu şekilde açıklanmaktadır:

Komisyon'un bu bağlamdaki pozisyonu Davalı ile benzerdir. Komisyon, BIT'in yorumlanmasından anlaşmanın AB bağlamı ve kökeninin dikkate alınması gerektiğini öne sürmektedir. ABAD tarafından AB içi BIT'lerin AB hukuku ışığında

²⁶³ ARB/07/19, *Electrabel S.A. v. Hungary*, Award (ICSID 25 Kasım 2015) par. 237.

²⁶⁴ ARB/05/20, *Micula v. Romania*, Award (ICSID 11 Aralık 2013) par. 131.

²⁶⁵ A.g.e., 10 par. 10.

²⁶⁶ A.g.e., 9 par. 1.

²⁶⁷ A.g.e., 17 par. 40.

²⁶⁸ A.g.e., 91-92 par. 304-308.

²⁶⁹ A.g.e., 92 par. 309-312.

²⁷⁰ A.g.e., 93 par. 313-315.

yorumlanması tavsiyesinde bulunulduğuna dikkat çekilmektedir (ECJ Case 26/62, Van Gend en Loos [1963], ECR 3). Komisyon aynı zamanda şu iddiada bulunmaktadır: Avrupa Antlaşması tarafları, tüm müstakbel BIT'lerin devlet desteği hukuku bakımından aynı mantığı takip etmesi gerektiği hedefindedir. Öyleyse Heyet, hususi BIT hükümlerini yorumlarken AB devlet desteği kurallarını dikkate almalıdır. Dahası, Komisyon VCLT m.30(3) gereği Heyet'in, BIT hükümlerinden ziyade AB devlet desteği hukukunu uygulaması gerektiğini ileri sürmektedir, zira BIT'in söz konusu hükümleri AT Antlaşması ile çelişmektedir²⁷¹.

Micula v Romanya davasında hakem heyeti tarafından verilen nihai kararda Komisyon tarafından sunulan amicus curiae dilekçesinde sunulan argümanlara ayrıca hakem kararının infazı hususunda değinildiği görülmektedir²⁷². Burada Komisyon'un Electrabel davasında ileri sürdüğü iddiaları aynen tekrarladığı müşahede edilmiştir. Son olarak şu hususa da değinmek gerekir. Hakem heyeti yargı yetkisi itirazı hususunda 24 Eylül 2008 tarihinde bir ara karar verdiği görülmektedir²⁷³. Komisyon tarafından sunulan amicus dilekçesi bu tarihten sonraya denk geldiği için söz konusu amicus dilekçesinde bu hususta bir değerlendirme söz konusuysa bile hakem heyeti tarafından değinilmediği görülmektedir. ICSID yatırım tahkiminin yargı yetkisinin bulunmadığı yönündeki itirazları bakımından Komisyon'un ABD mahkemeleri nezdinde sunduğu amicus curiae görüşlerinde de bu hususa yer verilmediği görülmektedir. Bununla birlikte söz konusu amicus curiae görüşlerinde ABD mahkemelerinin yargı yetkisine itiraz edilmektedir.²⁷⁴

3.2.3.2.2. Pozisyonlar ve Karar

Davacılar, Komisyon'un bu yorumlarına karşı, kararın uygulanmasının BIT'in yorumlanmasını etkilememesi gerektiğini savunmaktadırlar. Davacılar, kararın, Romen hükümetinin BIT kapsamında yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna varıldığı için verildiğini, bu nedenle AB yasalarının uygulanabilirliğinin kararın mahiyetini etkilememesi gerektiğini belirtmektedirler.²⁷⁵ Davalının pozisyonu ise, kararın AB

²⁷¹ A.g.e. par. 317.

²⁷² A.g.e., 96-97 par. 334-336.

²⁷³ ARB/05/20, *Micula v. Romania*, Decision on Jurisdiction and Admissibility (ICSID 24 Eylül 2008).

²⁷⁴ *Micula* davasında davacılar lehine verilen kararın ABD'de tanınması için açılan davada Komisyon tarafından sunulan amicus görüşleri için bkz: Lee F. Berger vd., "Brief for Amicus Curiae the Commission of the European Union in Support of Defendant-Appellant", 04 Şubat 2016; Benjamin Beaton vd., "Final Brief for Amicus Curiae the European Commission in Support of Reversal", 23 Mart 2020.

²⁷⁵ ARB/05/20, *Micula v. Romania*, Award de 88-90 par. 291-302.

yasalarıyla uyumlu olması gerektiği ve AB yasalarının BIT yorumunda dikkate alınması gerektiği yönündedir.²⁷⁶

Hakem heyeti nihai olarak, taraflar arasındaki temel hukuk kaynağının BIT olduğunu belirtmiş, AB yasalarının BIT yorumunda rol oynayıp oynamayacağını değerlendirmiştir. Heyet, Romanya'nın BIT ve AB üyeliği çerçevesinde bir çatışma olmadığını, bu nedenle AB yasalarının BIT hükümleriyle uyumsuz olduğu sonucuna varılmadığını belirtmiştir.²⁷⁷ Kararın infazı bakımından heyet, ICSID m. 53 ve 54 gereği kararın her halükarda infaz edilmesi gerekeceği ve bu konuda spekülasyonda bulunmanın uygun olmadığını belirtmektedir.²⁷⁸ Hakem heyeti verdiği nihai kararda davacıların taleplerinden bazılarını kabul ederek davalı devleti tazminata mahkum etmiştir. Bununla birlikte yargılama giderleri konusunda tarafların kendi giderlerini yüklenmesine, tahkim masraflarını da eşit bir şekilde ödemesine karar kılınmıştır.²⁷⁹

3.2.3.3. Blusun v İtalya

Blusun Belçika'da kurulmuş bir şirket olarak İtalya'da yapmış olduğu enerji sektöründeki yatırımların EŞA kapsamında ihlal edildiği gerekçesiyle 4 Şubat 2014 tarihinde ICSID nezdinde tahkim başvurusunda bulunmuştur²⁸⁰. Komisyon, 23 Ekim 2015 tarihinde ICSID Tahkim Kuralları Kural 37 kapsamında, *amicus curiae* görüşlerini sunmak için izin başvurusunda bulunmuş, işbu başvuru heyet tarafından 30 Ekim 2015 tarihinde *de bene esse* olarak (veya muvakkaten) kabul edilmiş ve 12 Kasım 2015 tarihine kadar dilekçenin sunulması için süre vermiştir. Bu aşamada *amicus curiae* görüşün kayıtlara dahil edilip edilmeyeceğine daha karar verilmemiştir²⁸¹. Komisyon yargı yetkisine yönelik görüşlerini sunmuş, ancak esasa dair bir sunuş yapmamıştır²⁸².

²⁷⁶ A.g.e., 91-93 par. 303-315.

²⁷⁷ A.g.e., 93-95 par. 318-329.

²⁷⁸ A.g.e., 97-98 par. 340-341.

²⁷⁹ A.g.e., 367 par. 1329.

²⁸⁰ ARB/14/3, *Blusun S.A. v. Italy*, Award (ICSID 27 Aralık 2016) par. 1-6.

²⁸¹ A.g.e., 4-5 par. 15-22.

²⁸² A.g.e., 5 par. 23.

Kararda Komisyon tarafından sunulan amicus görüşü 18 sayfa yer verilmektedir²⁸³. Bunun 8 sayfasında Komisyon'un görüşleri incelenmekte, 6 sayfasında davalı devletin ve bakiye 4 sayfasında ise davacının amicus görüş karşısındaki pozisyonlarına yer verilmektedir. Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki bu bölüme heyet şu ifadeyle başlamaktadır:

Davalının Komisyon tarafından sunulan talep ve argümanları bilfiil teyit etmesi karşısında davacının normalde sağlam bir zemine oturan, ICSID Kural 37(2)'nin taraf olmayanların başvurularını münhasıran 'uyuşmazlığın kapsamında kalan konulara ilişkin ... yazılı bir dilekçe' ile sınırladığı iddiası anlamını yitirmiş durumdadır. Kaldı ki, Heyet'in kendi yargı yetkisini tayin etmeye yönelik *ex officio* bir yükümlülüğü de zaten mevcuttur²⁸⁴.

Şu kadar ki davalı devlet tarafından desteklenmemiş olsaydı dikkate alınmayacak olan Komisyon amicus görüşü bu sayede dava mündericatına dahil edilmektedir. Heyet açık bir şekilde kendi yargı yetkisine dair amicus curiae görüşü anlamlı bulmamakta, yargı yetkisinin tayininin kendisi tarafından resen yapılacak bir iş olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte Masdar Solar hakem heyetinin aksine sunulan amicus curiae dilekçesi esaslı bir şekilde ele alınmaktadır. Öncelikle Komisyon tarafından sunulan görüşler genel olarak ele alınmakta daha sonra da dört kısımda incelenmektedir: AB hukuku tarafından sağlanan korumalar, EŞA kapsamında üye devletlerin *inter se* yükümlülükleri, *inter se* yükümlülüklerin sınırlı kapsamı ve VCLT m.30 çerçevesinde EŞA m. 26 incelemesi.

Burada bu hususlar detaylı bir şekilde ele alınacaktır. Komisyon, bu davada sunduğu amicus curiae görüşünde eldeki davanın *Electrabel v Macaristan* davasından ayrıştığını ileri sürmektedir²⁸⁵. Gerçekten de Macaristan EŞA'yı imzaladığında henüz AB'ye üye bir devlet değildi, ancak Blusun davasında İtalya ve Belçika, EŞA akdedildiğinde zaten AB'ye üye devletlerdi. Masdar Solar davasında da aynı durum söz konusu olmakla birlikte orada sunulan amicus görüşüne ulaşamadığımız gibi, heyet tarafından ciddi bir şekilde ele alınmamış olması da Komisyon'un pozisyonunu derinlemesine tahlil etmemizi engellemektedir. İşbu sebeple Blusun heyetinin Komisyon amicus görüşüne yer verdiği kısımlar burada da ele alınacaktır.

²⁸³ A.g.e., 69-86.

²⁸⁴ A.g.e., 69 par. 206.

²⁸⁵ A.g.e., 70 par. 210.

3.2.3.3.1. Genel Olarak

Komisyon, EŞA kapsamında AB üyesi devletlerin ancak AB dışı devletlere karşı sorumlu olduğu gerekçesiyle EŞA m.26 bağlamında kurulan ICSID yatırım hakem heyetinin yargı yetkisini haiz olmadığını iddia etmektedir²⁸⁶. Bunun nedeni ise AB üyesi devletlerin, EŞA'nın onlar tarafından resmi olarak tasdik edildiği vakitte yatırımların korunmasına ilişkin olarak *inter se* yükümlülüklerle girme yetkisinin olmadığı ve sonuç olarak doğru forumun İtalyan mahkemeleri olduğu Komisyon tarafından ifade edilmektedir²⁸⁷. Yukarıda ifade edildiği üzere Macaristan vakasından farklı olarak AB üyesi devletlerin *ab initio* (en başından beri) uluslararası *inter se* (birbirlerine karşı) yükümlülükleri olmadığı ileri sürülmektedir²⁸⁸.

3.2.3.3.2. AB Hukuk Düzeni ve AB Hukukunda Yatırım Koruması

Komisyon, AB'nin ABA ve ABİHA zemininde oluşturulduğunu ve bu kapsamda üye devletlerin yetkilendirilme ilkesi gereği bazı egemenlik haklarını sınırlandırdığını, hususiyetle Lizbon Antlaşması'ndan sonra yatırımın korunması ve teşviki alanında yetkinin Komisyon'a ait olduğu şeklinde bir tablo çizmektedir. ABİHA m. 267 ile ön karar kurumu getirilmekte ve bu sayede AB'nin kendine has hukuk düzeni içerisinde yeknesaklık sağlanmaktadır. Buna göre üye devletler yetkinin Birliğe ait olduğu hususlarda AB hukuk düzeni dışına çıkamayacaklar ve yetkilendirilme ilkesi gereği Komisyon'un yetkili olduğu alanlarda onun regülasyonları geçerli olacaktır. Şu kadar ki Lizbon Antlaşması ile yabancı doğrudan yatırım ile yatırımın korunması ve teşviki hususlarında münhasıran Komisyon yetkilidir. Öyleyse üye devletler bu alanlarda uluslararası anlaşmalar akdedemezler veya Birliğin iç düzenini bozacak işlemlerde bulunamazlar²⁸⁹.

Komisyon, AB'nin sınırları olmayan bir iç pazar oluşturduğunu ve bu pazar içerisinde şeylerin, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbestçe dolaşımına izin verildiğini açıklamaktadır. Buna göre serbest dolaşım hükümlerinin, üye devletler tarafından

²⁸⁶ A.g.e., 69 par. 207.

²⁸⁷ A.g.e., 70 par. 209.

²⁸⁸ A.g.e. par. 210.

²⁸⁹ A.g.e., 70-72 par. 211-213.

ayrımcı muamele, ayrımcı olmayan sınırlandırmalar veya millileştirmeye izin vermediği söylenmektedir. Söz konusu hürriyetlerin sınırlandırılması ancak ABİHA m. 52 ve 65'te belirtilen koşullarda veya kamu menfaatinin ağır basan gereklilikleri zemininde meşruluk kazanabilmektedir. Komisyon burada, işletme kurma ve sermaye hürriyeti ile AB hukukunun genel prensipleri çerçevesinde sağlanan korumaların bir yatırımın hayat sahası bulduğu her alan ve zamanda geçerliliğini koruduğunu ifade etmektedir²⁹⁰.

Sonuç olarak Komisyon, 1994 yılında dahi üye devletlerin kendi araların yatırım anlaşmaları yapmalarına şu iki nedenden ötürü izin verilmediğini söylemektedir: Buna göre ilki AB hukukunun genel kuralları ile çelişebilecek üye devletlerin kendi aralarında akdettiği anlaşma hükümlerinin geçerlilik kazanamayacak olması iken, ikincisi ise AB'nin AB içi uyuşmazlıkların çözümünde AB çerçevesi dışında bir çözüm yöntemine izin vermemesi gerekçesiyle yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm yönetiminin AB hukukuyla çelişmesidir²⁹¹.

3.2.3.3.3. Üye Devletler Arasında EŞA Kapsamında Karşılıklı Yükümlülükleri

Komisyon, Achmea davasında sunduğu amicus curiae görüşüne benzer bir şekilde VCLT m. 31 ve 32 kapsamında EŞA'nın değerlendirilmesi gerektiğini ve bu veçhe ile AB üyesi devletlerin birbirlerine karşı EŞA kapsamında bir sorumluluğunun olmadığı kanaatine varılması gerektiğini iddia etmektedir. Bu görüşe göre EŞA, AB dışı devletler ile yapılmış çok taraflı bir uluslararası antlaşmadır. Ayrıca Komisyon, kendisi tarafından EŞA'nın ihlali halinde zorlayıcı tedbirler alınabileceğini beyan etmektedir.²⁹² Bu kapsamda AB üyesi devletlerin EŞA'ya dahil olmasının sebebinin ise Komisyon, AB hukuku kapsamında bazı yetkilerin devredilmemiş olması ve üye devletler tarafından muhafaza edilmesi ile açıklamaktadır. Yine de bu durumun üye devletler arasında yükümlülük doğurmayacağı ve yukarıda ifade edildiği gibi Enerji Şartı Sekreterliği'ne sunulan beyanın bunu destekler nitelikte olduğu söylenmektedir.²⁹³ Son olarak EŞA'nın üye devletler arasında karşılıklı yükümlülükler

²⁹⁰ A.g.e., 72 par. 214-216.

²⁹¹ A.g.e., 72-73 par. 217-219.

²⁹² A.g.e., 73 par. 220-221.

²⁹³ A.g.e., 74 par. 222-223.

doğurduğu kabul edilse dahi dava konusu olayların tamamında Komisyon, kendisinin yetkili olduğunu ve davanın üye devlete karşı açılmayacağını ortaya koymaktadır.²⁹⁴

Komisyon, VCLT m. 30 kapsamında, EŞA ve AB antlaşmalarının aynı konuyu ele aldığını belirtmektedir, yani enerjiyi. Buna göre EŞA, AB antlaşmalarına kıyasla daha önceki bir anlaşma olsa da sadece hükümleri AB antlaşmalarıyla uyumsuz olmadığı sürece uygulanır. Bu temelde, Komisyon, EŞA m. 26'nın, VCLT m.30 uyarınca üye devletler arasında uygulanabilir olmadığı sonucuna varılması gerektiğini savunmaktadır.²⁹⁵

3.2.3.3.4. Pozisyonlar ve Karar

Davalı devletin pozisyonu, EŞA'nın AB içindeki uygulanabilirliği ve diğer AB antlaşmalarıyla olan ilişkisi üzerine yoğunlaşmaktadır. Davalı, EŞA'nın AB içinde doğrudan uygulanabilir olmadığını, AB antlaşmalarıyla çelişen hükümler içerdiği durumlarda bu hükümlerin geçerli olmayacağını savunmaktadır. Ayrıca, davalı, yatırımın hukuka uygunluğu ve iyi niyet prensipleri çerçevesinde yapılmadığını, bu nedenle koruma altına alınamayacağını iddia etmektedir.²⁹⁶ Davacı yatırımcının pozisyonuna gelince, davacılar, davalının iddialarına karşı yatırımlarının EŞA ve ICSID kapsamında koruma altına alındığını, yatırımın hukuka uygun ve iyi niyetle yapıldığını savunmaktadırlar. Ayrıca, davacılar, davalının spekülasyon olduğunu iddia ettiği yatırımlarının, somut adımlar ve yatırımlarla desteklendiğini, bu nedenle yatırımın korunması gerektiğini ileri sürmektedirler.²⁹⁷

Hakem heyeti, Komisyon tarafından ileri sürülen, AB'nin EŞA'ya taraf olması ve yatırım alanında münhasır yetkinin AB'de olduğu iddiasını yeterli bulmamıştır. Heyet, AB üyesi devletlerin yetkilerinin bir kısmını AB'ye devrettiğine dair antlaşma metninde herhangi bir ibare bulunmadığı ve buna ilişkin bildirim de söz konusu olmadığını ve işbu nedenlerle bu iddianın geçerlilik kazanamayacağını söylemektedir. Ayrıca, heyet VCLT m. 6 gereği akit tarafların pacta sunt servanda ilkesi ile bağlı olduğunu, m. 46 kapsamında akit tarafın iç hukuklarına ileri sürerek uluslararası bir

²⁹⁴ A.g.e., 74-75 par. 224-228.

²⁹⁵ A.g.e., 75-76 par. 229.

²⁹⁶ A.g.e., 76-82 par. 230-249.

²⁹⁷ A.g.e., 82-86 par. 250-260.

antlaşmanın geçersizliğini iddia edemeyeceğini belirtmektedir. Son olarak, EŞA'nın anlaşmazlık çözümü maddesinin (m. 26) ABİHA'nın 344. maddesi ile uyumsuzluğu hakkında heyet şu sonuca varmaktadır: İşbu madde, AB üyesi devletlerin AB hukukuyla ilgili anlaşmazlıkları AB yargı mekanizmaları içinde çözmesini gerektirir. Hakem heyetinin görüşüne göre, böyle bir uyumsuzluk yoktur. Hakem heyeti önünde bulunan anlaşmazlık bir devletler arası anlaşmazlık değildir. Bu, EŞA'nın 26. Maddesinde belirtildiği gibi, bir tarafı devlet, diğeri tarafı yatırımcı olan bir anlaşmazlıktır. Hakem heyeti, EŞA'nın hükümlerinin, özellikle 26. maddesinin, AB içi anlaşmazlıklar bağlamında nasıl uygulandığını analiz etmeye devam etmekte ve özellikle, bu tür anlaşmazlıklarda hakem heyetinin yetkisinin AB antlaşmaları tarafından engellenmediğini vurgulamaktadır.²⁹⁸

Heyet, sonuç olarak verdiği kararda davacı tarafından ileri sürülen iddiaları görmekte yargı yetkisinin olduğuna karar vermiştir. Esasa ilişkin olarak yaptığı incelemede davacıyı haksız bulduğundan taleplerin reddine karar vermiştir.²⁹⁹

3.2.3.4. Eiser v İspanya

Komisyon, *Eiser* davasında 14 Kasım 2014 tarihinde ilk amicus curiae başvurusunda bulunmuş, ancak daha davalı devlet tarafından ileri sürülmediği halde yargı yetkisi itirazında bulunan Komisyon'un işbu başvurusu heyet tarafından 17 Aralık 2014 tarihinde reddedilmiştir.³⁰⁰

Eiser davasında 9 Aralık 2015 tarihinde ikinci amicus curiae başvurusunda bulunan Komisyon, davacı yatırımcıların işbu amicus başvurusu nedeniyle harcayacağı masrafları ödemeyi kabul etmemesi üzerine heyet tarafından reddedilmiştir³⁰¹:

Davanın durumu ve Komisyonun İkinci Başvurusunun zamanlaması göz önünde bulundurulduğunda, Hakem Heyeti, 7 Sayılı Usulü Ara Karar ile, taraflardan herhangi birine yönelik kesinti, gereksiz yük veya haksız önyargı olasılığını azaltacak bir yöntem bulmaya çalışmıştır. Şubat duruşmasının yeniden planlanması kabul edilebilir bir seçenek değildi. Heyet tarafından belirlenen yöntem, Komisyonun Aralık sunumunun sonucu olarak Taraflar üzerine yüklenen makul mali yükleri Komisyonun üstlenmesi gerekliliğiydi. Heyet, bu karara yol açan koşullarda bir değişiklik

²⁹⁸ A.g.e., 94-107 par. 277-309.

²⁹⁹ A.g.e., 152 par. 423.

³⁰⁰ ARB/13/36, *Eiser v. Spain*, Award (ICSID 04 Mayıs 2017) par. 59-62.

³⁰¹ A.g.e., 12 par. 63-67.

görmediğini, hatta duruşma yaklaştıkça bu koşulların daha da zorlayıcı hale geldiğini belirtmektedir. Bu nedenle, Heyet Komisyonun Talebini kabul etmiyor. [...] [...] Heyetin Komisyonun görüşlerini almaması üzücü olurdu, ancak bu görüşlerin, bu davada taraflar için önemli kesinti, gereksiz yük veya haksız önyargı riski içeren koşullarda alınması da üzücü olurdu.³⁰²

3.2.3.5. NextEra Energy v İspanya

NextEra Energy, Hollanda'lı bir şirket olarak İspanya'da yaptığı enerji sektöründeki yatırımların İspanya'nın yenilenebilir enerji politikalarındaki değişikliklerden dolayı EŞA kapsamında ihlal edildiği gerekçesiyle ICSID nezdinde yatırım tahkimi davası açmak için 15 Mayıs 2014 tarihinde başvuruda bulunmuştur.³⁰³ Komisyon, işbu davada yaptığı amicus başvurularının ilkini 14 Kasım 2014 tarihinde *Uyuşmazlığın Tarafı Olmayan Üçüncü Taraf Müdahalesi İçin İzin Talebi'nde* bulunarak gerçekleştirmiştir. İşbu başvuru aynı tarihte uyuşmazlık taraflarına ve teşkil ettiği 23 Ocak 2015 tarihinde hakem heyetine tebliğ edilmiştir.³⁰⁴ Söz konusu başvuru 6 Ocak 2016 tarihinde *3 sayılı Ara Karar* ile hakem heyeti tarafından kabul edilmiştir. Bu kararda Komisyon'un AB içi EŞA uyuşmazlıkları hakkında görüşlerini sunması ve bazı belgelere erişimi yönünde karar vermiştir. Davacı yatırımcılar tarafından Komisyon'un amicus curiae başvurusu nedeniyle kendileri tarafından böylesi bir müdahale nedeniyle uğranılacak zararların tazmin edilmesi şartıyla söz konusu amicus başvurusunun kabul edilmesi talebi ise reddedilmiştir.³⁰⁵

3.2.3.5.1. Tarafların Pozisyonları

Davalı İspanya AB içi uyuşmazlıklarla alakalı olarak *Electrabel* ve *Masdar Solar* davalarındaki argümanları büyük ölçüde tekrar etmiştir. Yatırımcıların AB içi olması nedeniyle farklı bir alanda yatırım faaliyetinde bulunmadığını (requirement of diversity) ve bu sebeple EŞA'ya dayanarak işbu davayı ikame edemeyeceği söylenmektedir. Bununla birlikte EŞA'nın yürürlüğe sokulduğu tarih itibariyle İspanya ve Hollanda'nın AB üyesi devletler olması, AB'nin halihazırda kendi vatandaşları için hususi ve tercihli bir koruma sağladığı yekpare bir sistemi haiz

³⁰² A.g.e., 13 par. 68.

³⁰³ ARB/14/11, *NextEra Energy v. İspanya*, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles (ICSID 12 Mart 2019) par. 1-6.

³⁰⁴ A.g.e., 12 par. 54.

³⁰⁵ A.g.e., 13 par. 60.

olması, işbu sistem içinde AB üyesi devletlerden geldikten sonra hangi üye devletten geldiğinin bir önemi olmaksızın söz konusu yatırımların her halükarda korunması ve AB hukukunun uygulanabilir uluslararası hukuk olması nedenlerinden dolayı AB hukukunun öncelikle uygulanması gerektiği İspanya'nın AB içi uyumsuzluklara dair eldeki davadaki pozisyonu olmuştur. Davalı devlet aynı zamanda AB'nin EŞA'ya akit bir taraf olarak bölgesel ekonomik entegrasyon organizasyonu olduğu argümanını da burada tekrar etmektedir. Davalı devlet İspanya, tüm bu nedenlerle yargı yetkisi itirazında bulunmaktadır.³⁰⁶

Davacılar ise EŞA m. 26 hükmünün açık ve sıradan manasının söz konusu itiraz ile çeliştiğini, EŞA'nın kendi kapsamından çıkarma (bağlantısızlık veya disconnection) hükmü içermediğini, daha sonrasında taraflar arasında böylesi bir anlaşma akdedilmediğini, EŞA m. 25 hükmünün AB hukuku içerisinde yetki devri nedeniyle yargı yetkisi itirazını desteklemediğini ve VCLT kapsamında İspanya'nın EŞA m. 26 kapsamında tahkim yargılamasına verdiği rızayı iptal edecek bir gerekçenin var olmadığını ileri sürerek İspanya'nın iddialarını reddetmektedir.³⁰⁷

3.2.3.5.2. Komisyon Tarafından Sunulan Amicus Görüşü ve Karar

Komisyon Electrabel davasındaki amicus başvurusunda mevcut iddialar başta olmak üzere diğer davalarda sunduğu amicus görüşlerle birebir aynı argümanları sunmuştur. Davalı İspanya'nın iddia ve beyanlarına ek olarak Komisyon, kapsamdan çıkarma (disconnection) hükmünün EŞA bağlamında gerekli olmadığını, çünkü böylesi bir hükmün ancak AB'nin taraf olmadığı çok taraflı antlaşmalar için gerekli olacağını ileri sürmektedir. EŞA'nın AB içi yükümlülükler doğurduğu kabul edilse dahi, yatırım alanında uyumsuzluk çözüm mekanizması getiren m. 26 metninin AB içi uyumsuzluklara uygulanmaması gerektiği, zira yatırım alanındaki yetkilerin üye devletler tarafından AB'ye devredildiği ifade edilmektedir. Son olarak Komisyon, İspanya tarafından tahkime rıza gösterilemeyeceği, aksi halde bunun AB hukukunu ihlal edeceğini iddia etmektedir.³⁰⁸ Komisyon tarafından işbu davada ikinci bir amicus başvurusu daha yapılmıştır. ABAD tarafından verilen Achmea kararı sonrası 16 Mayıs

³⁰⁶ A.g.e., 83-90 par. 272-289.

³⁰⁷ A.g.e., 90-104 par. 290-324.

³⁰⁸ A.g.e., 104-8 par. 325-331.

2018 tarihinde bu kararın etkilerinin tartışılması amacıyla Komisyon tarafından yapılan *amicus curiae* başvurusu hakem heyeti tarafından reddedilmiştir. Heyet, tarafların bu hususta zaten kapsamlı bir sunum yaptığı gerekçesiyle 29 Mayıs 2018 tarihinde Komisyon'un başvurusunu gerekli bulmamıştır.³⁰⁹

Hakem heyeti, davalı devlet ile Komisyon'un itirazlarını değerlendirmiş ve heyetin ICSID kapsamında uygulanabilir uluslararası antlaşma ile bağlı olduğu sonucuna varmıştır. Buna göre EŞA m.26 ile bağlı olan heyet, kapsamdan çıkarma veya revizyon gibi durumların mevcut olmadığı eldeki davada uluslararası bir antlaşmayı açık ve sıradan manasını iyi niyetle ele alması gerektiği sonucuna varmaktadır. Antlaşmanın yüzeysel manasının iyi niyetle irdelendiği durumda AB'nin EŞA'ya dahil olmasının diğer akit tarafların dava ehliyetini resen iptal edeceği kanaatine ulaşılmamasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Hakem heyeti özellikle kendi görevlerinin AB hukukunu araştırmak değil, eldeki antlaşma (EŞA) gereği karar vermek gerekliliği olduğunu söylemektedir.³¹⁰ Hakem heyeti sonuç olarak yargı yetkisi olduğu kanaatine vardığı işbu davada İspanya'nın EŞA hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle sorumlu olduğuna karar vermiş ve yüklü bir tazminat ile birlikte yargılama giderleri ve karşı tarafın avukatlık masraflarını yüklenmesine hükmetmiştir.³¹¹

3.2.3.6. Masdar Solar v İspanya

Hollandalı yatırımcı Masdar Solar, EŞA'nın ihlali iddiasıyla İspanya'ya karşı ICSID yatırım tahkimi nezdinde 11 Şubat 2014 tarihinde dava açmıştır³¹². Şu ana kadar incelediğimiz davalarda davalı devletlerin AB'ye sonradan katılan Doğu Avrupa ülkeleri olması nedeniyle EŞA'nın ihlali nedeniyle İspanya'ya açılan işbu davada Komisyon tarafından *amicus curiae* başvurusunda bulunulması bu manada bir ilktir. Electrabel davasında ele aldığımız Komisyon'un EŞA'nın AB içi uyumsuzluklara uygulanmayacağı argümanı davalı devlet İspanya tarafından da tekrar edilmektedir³¹³.

³⁰⁹ A.g.e., 21 par. 87-89.

³¹⁰ A.g.e., 108-15 par. 332-257.

³¹¹ ARB/14/11, *NextEra Energy v. İspanya*, Award (ICSID 31 Mayıs 2019) par. 37.

³¹² "Case Details: Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/1)", ICSID, erişim 22 Nisan 2024, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/14/1>.

³¹³ Fernando Irurzun Montoro, Diego Santacruz Descartin, ve Fco. Javier Torres Gella, "Counter-Memorial on the Merits and Memorial on Jurisdiction" (Government Attorney's Office, Spain, 16 Eylül 2015); Fernando Irurzun Montoro, Diego Santacruz Descartin, ve Fco. Javier Torres Gella,

Davalı devlet kendi durumunun diğer AB içi uyuşmazlıklara göre de daha özel bir konumda olduğunu ifade etmektedir, zira EŞA'nın akdedildiği tarih itibarıyla Hollanda ve İspanya halihazırda zaten AB üyesi devletlerdi³¹⁴.

Hakem heyeti tarafından yazılan 228 sayfalık nihai kararda Komisyon'un amicus görüşüne, AB içi yargı yetkisi itirazının incelendiği 13 sayfalık bölüm içinde sadece bir sayfa olarak yer verilmiştir³¹⁵. Hakem heyetinin söz konusu bölüme “*İşbu itirazın birçok davada heyetler tarafından değerlendirilmesine ve reddedilmesine rağmen yine de davalı tarafından öne sürülmesi...*”³¹⁶ şeklinde başlaması, Komisyon tarafından sunulan dilekçenin yargı yetkisi itirazı bakımından ciddiye alınmadığını göstermektedir. Komisyon'un burada ileri sürdüğü görüşlerde, Electrabel davasındaki pozisyonuna göre herhangi bir değişiklik olmamakla birlikte Komisyon, EŞA'ya taraf akit AB üyesi devletlerin AB'den gelen bir yatırımcının üye devlet aleyhine dava açma hakkı elde etmesi gibi bir amaçlarının olmadığını ifade etmektedir³¹⁷. ABİHA m.344 ve ABAD tarafından *Komisyon v İrlanda (C-459/03)* davasında verilen kararlara atıf yapan Komisyon, AB üyesi devletlerin AB Antlaşmaları aleyhine olacak şekilde farklı bir uyuşmazlık çözüm mekanizması benimseyemeyeceğini söylemektedir³¹⁸. Ayrıca Komisyon, mücamele ilkesi gereği davanın bekletilmesi gerektiğini savunmaktadır³¹⁹.

Sonuç olarak hakem heyeti vergi meseleleri hariç olmak kaydıyla yargı yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Esasa ilişkin olarak davalı devletin eşit ve adil davranma yükümlülüğünü ihlal ettiği kanaatine varmış ve tazminata mahkum etmiştir. Bununla birlikte tarafların yargılama giderleri kendi üzerlerine bırakılmış, tahkim masrafları ise eşit bir şekilde paylaştırılmıştır.³²⁰

“Respondent's Rejoinder on the Merits and Reply on Jurisdiction” (Government Attorney's Office, Spain, 10 Haziran 2016).

³¹⁴ ARB/14/1, *Masdar Solar v. Spain*, Award de 88 par. 298.

³¹⁵ A.g.e., 90 par. 304-305.

³¹⁶ A.g.e., 88 par. 296.

³¹⁷ A.g.e., 90 par. 304.

³¹⁸ A.g.e. par. 305.

³¹⁹ A.g.e. par. 305.

³²⁰ A.g.e., 218 par. 697.

3.2.4. Achmea Kararı Sonrası Komisyon Tarafından Yapılan Amicus Curiae Başvurularına Genel Bir Bakış

ICSID yatırım tahkiminde AB içi yatırım uyuşmazlıklarında Komisyon tarafından amicus curiae başvurularına ilişkin olarak aşağıda sunulan tabloda Achmea kararı sonrasında sunulan başvurular da gösterilmektedir.

Tablo 3.1. Komisyon Tarafından Yapılan Amicus Curiae Başvuruları

DAVA ADI	SÜREÇ	TALEP	KARAR	SONUÇ	SUNUM
Micula v. Romania (I) – ICSID Case No. ARB/05/20	Tahkim (1.)	2.04.2009	15.05.2009	Kabul	20.07.2009
	İptal (1.)	15.10.2014	3.12.2014	Kabul	9.01.2015
Electrabel v. Hungary – ICSID Case No. ARB/07/19	Tahkim (1.)	3.09.2008	28.04.2009	Kabul	12.06.2009
AES v. Hungary (II) – ICSID Case No. ARB/07/22	Tahkim (1.)	3.09.2008	26.11.2008	Kabul	15.01.2009
Vattenfall v. Germany – ICSID Case No. ARB/12/12	Tahkim (1.)	24.07.2015	7.08.2015	Kabul	30.09.2015
	İptal (1.)	19.04.2018	25.04.2018	Kabul	8.05.2018
RREEF v. Spain – ICSID Case No. ARB/13/30	Tahkim (1.)	14.11.2014	5.02.2015	Ret	*
	Tahkim (2.)	9.12.2015	14.01.2016	Ret	*
	İptal (1.)	23.12.2020	10.03.2021	Kabul	30.03.2021
Antin v. Spain – ICSID Case No. ARB/13/31	Tahkim (1.)	14.11.2014	15.12.2014	Ret	*
	Tahkim (2.)	9.12.2015	5.02.2016	Şartlı Kabul	*
	İptal (1.)	26.09.2019	13.11.2019	Şartlı Kabul	*
	İptal (2.)	3.09.2020	7.10.2020	Ret	*
MOL v. Croatia – ICSID Case No. ARB/13/32	Tahkim (1.)	22.08.2018	20.09.2018	Ret	*
UP and C.D v. Hungary – ICSID Case No. ARB/13/35	Tahkim (1.)	20.08.2018	27.08.2018	Ret	*
	İptal (1.)	20.06.2019	27.12.2019	Kabul	3.02.2020

Tablo 3.1. (devamı)

Eiser v. Spain – ICSID Case No. ARB/13/36	Tahkim (1.)	14.11.2014	17.12.2014	Ret	*
	Tahkim (2.)	9.12.2015	21.12.2015	Şartlı Kabul	31.12.2015 (Kayıt Dışı)
	İptal (1.)	19.07.2018	11.10.2018	Kabul	12.11.2018
	Resubmission (1.)	9.11.2023	17.11.2023	Kabul	30.11.2023
Masdar Solar v. Spain – ICSID Case No. ARB/14/01	Tahkim (1.)	14.11.2014	20.03.2015	Kabul	25.03.2015
	İptal (1.)	17.07.2019	21.04.2020	Kabul	29.05.2020
Blusun v. Italy – ICSID Case No. ARB/14/03	Tahkim (1.)	23.10.2015	30.10.2015	Kabul	12.11.2015
NextEra v. Spain – ICSID Case No. ARB/14/11	Tahkim (1.)	14.11.2014	6.06.2016	Kabul	5.09.2016
	Tahkim (2.)	16.05.2018	29.05.2018	Ret	*
	İptal (1.)	24.02.2020	3.04.2020	Kabul	23.04.2020
InfraRed v. Spain – ICSID Case No. ARB/14/12	Tahkim (1.)	14.11.2014	9.02.2015	Ret	*
	Tahkim (2.)	9.12.2015	19.04.2016	Şartlı Kabul	18.05.2016 (Kayıt Dışı)
	İptal (1.)	22.10.2020	26.11.2020	Kabul	21.12.2020
Cyprus Popular Bank v. Greece – ICSID Case No. ARB/14/16	İptal (1.)	24.03.2022	8.04.2022	Ret	*
RENERGY v. Spain – ICSID Case No. ARB/14/18	Tahkim (1.)	14.11.2014	10.07.2015	Ret	*
	Tahkim (2.)	15.12.2015	16.02.2016	Kabul	11.11.2016
	Tahkim (3.)	16.05.2018	7.06.2018	Kabul	22.06.2018
	İptal (1.)	20.02.2024	11.03.2024	N/A	N/A
Sodexo v. Hungary – ICSID Case No. ARB/14/20	Tahkim (1.)	3.08.2018	24.08.2018	Kabul	14.09.2018
	İptal (1.)	8.12.2020	22.01.2021	Ret	*

Tablo 3.1. (devamı)

United Utilities (Tallinn) v. Estonia – ICSID Case No. ARB/14/24	Tahkim (1.)	22.08.2018	2.10.2018	Kabul	18.10.2018
Ioan Micula v. Romania [II] – ICSID Case No. ARB/14/29	Tahkim (1.)	6.03.2019	12.04.2019	Ret	*
RWE v. Spain – ICSID Case No. ARB/14/34	Tahkim (1.)	15.12.2015	10.02.2016	Ret	*
	Tahkim (2.)	21.06.2016	13.07.2016	Kabul	11.08.2016
	Tahkim (3.)	16.05.2018	22.06.2018	Kabul	13.07.2018
	İptal (1.)	13.07.2021	14.10.2021	Kabul	3.11.2021
Stadtwerke v. Spain – ICSID Case No. ARB/15/01	Tahkim (1.)	16.01.2017	2.03.2017	Şartlı Kabul	16.03.2017 (Kayıt Dışı)
STEAG v. Spain – ICSID Case No. ARB/15/04	Tahkim (1.)	21.09.2018	5.12.2018	Kabul	N/A
	İptal (1.)	22.12.2022	25.04.2023	Ret	*
B3 Croatian Courier v. Croatia – ICSID Case No. ARB/15/05	Tahkim (1.)	6.03.2019	15.03.2019	Ret	*
9REN v. Spain – ICSID Case No. ARB/15/15	Tahkim (1.)	31.10.2018	26.11.2018	Ret	*
	İptal (1.)	20.01.2021	19.11.2021	Kabul	9.12.2021
BayWa v. Spain – ICSID Case No. ARB/15/16	Tahkim (1.)	16.02.2016	23.05.2016	Ret	*
	Tahkim (2.)	17.01.2017	4.04.2017	Ret	*
	Tahkim (3.)	16.05.2018	29.05.2018	Ret	*
	İptal (1.)	22.10.2021	20.12.2021	Kabul	28.01.2022
Cube v. Spain – ICSID Case No. ARB/15/20	Tahkim (1.)	31.10.2018	1.11.2018	Ret	*
	İptal (1.)	24.02.2020	2.04.2020	Ret	*
JGC v. Spain – ICSID Case No. ARB/15/27	Tahkim (1.)	15.05.2019	4.06.2019	Ret	*
	İptal (1.)	7.07.2023	24.07.2023	Ret	*

Tablo 3.1. (devamı)

Gabriel v. Romania – ICSID Case No. ARB/15/31	Tahkim (1.)	27.11.2019	7.12.2019	Kabul	27.11.2019
Cavalum v. Spain – ICSID Case No. ARB/15/34	Tahkim (1.)	18.04.2016	20.05.2016	Ret	*
	Tahkim (2.)	17.01.2017	21.02.2017	Kabul	28.04.2017
	Tahkim (3.)	16.05.2018	12.06.2018	Kabul	28.04.2017
OperaFund v. Spain – ICSID Case No. ARB/15/36	Tahkim (1.)	16.01.2017	13.06.2017	Kabul	29.09.2017
	İptal (1.)	3.12.2020	27.02.2021	Kabul	12.03.2021
SoIEs v. Spain – ICSID Case No. ARB/15/38	Tahkim (1.)	18.04.2016	23.05.2016	Ret	*
	Tahkim (2.)	18.01.2017	21.02.2017	Şartlı Kabul	*
	İptal (1.)	17.07.2020	17.09.2020	Ret	*
Belenergia v. Italy – ICSID Case No. ARB/15/40	Tahkim (1.)	24.10.2016	16.12.2016	Kabul	31.05.2017
	Tahkim (2.)	3.10.2018	8.10.2018	Ret	*
Hydro Energy v. Spain – ICSID Case No. ARB/15/42	Tahkim (1.)	16.10.2018	19.11.2018	Kabul	3.12.2018
	İptal (1.)	14.01.2021	26.04.2021	Ret	*
	İptal (2.)	16.07.2021	24.09.2021	Ret	*
Watkins v. Spain – ICSID Case No. ARB/15/44	Tahkim (1.)	16.01.2017	21.03.2017	Şartlı Kabul	*
	İptal (1.)	21.01.2021	26.04.2021	Kabul	17.05.2021
Landesbank v. Spain – ICSID Case No. ARB/15/45	Tahkim (1.)	31.10.2018	8.11.2018	Ret	*
	Tahkim (2.)	2.04.2019	15.04.2019	Kabul	20.05.2019
Theodoros Adamakopoulos v. Cyprus – ICSID Case No. ARB/15/49	Tahkim (1.)	13.09.2018	9.01.2019	Kabul	13.02.2019

Tablo 3.1. (devamı)

Eskosol v. Italy – ICSID Case No. ARB/15/50	Tahkim (1.)	16.01.2017	10.02.2017	Kabul	6.03.2017
	Tahkim (2.)	3.10.2018	18.10.2018	Kabul	26.10.2018
Veolia v. Lithuania – ICSID Case No. ARB/16/03	Tahkim (1.)	23.11.2018	22.01.2019	Kabul	19.02.2019
Eurus Energy v. Spain – ICSID Case No. ARB/16/04	Tahkim (1.)	5.11.2018	21.12.2018	Şartlı Kabul	*
ESPF v. Italy – ICSID Case No. ARB/16/05	Tahkim (1.)	17.01.2017	28.02.2017	Ret	*
	Tahkim (2.)	N/A	22.08.2017	Kabul	29.09.2017
	İptal (1.)	1.07.2021	13.10.2021	Ret	*
Sun-Flower v. Spain – ICSID Case No. ARB/16/17	Tahkim (1.)	5.11.2018	19.11.2018	Ret	*
	İptal (1.)	6.05.2022	24.06.2022	Kabul	22.08.2022
Infracapital v. Spain – ICSID Case No. ARB/16/18	Tahkim (1.)	5.11.2018	28.11.2018	Ret	*
ČEZ v. Bulgaria – ICSID Case No. ARB/16/24	Tahkim (1.)	28.11.2018	4.06.2019	Kabul	24.06.2019
Sevilla v. Spain – ICSID Case No. ARB/16/27	Tahkim (1.)	5.11.2018	3.01.2019	Şartlı Kabul	*
UniCredit v. Croatia – ICSID Case No. ARB/16/31	Tahkim (1.)	22.08.2018	11.09.2018	Ret	*
	Tahkim (2.)	1.04.2019	19.04.2019	Kabul	27.04.2019
Rockhopper v. Italy – ICSID Case No. ARB/17/14	Tahkim (1.)	1.10.2018	18.12.2018	Ret	*
Portigon v. Spain – ICSID Case No. ARB/17/15	Tahkim (1.)	5.11.2018	19.12.2018	Kabul	4.04.2019
Magyar v. Hungary – ICSID Case No. ARB/17/27	Tahkim (1.)	22.08.2018	5.09.2018	Kabul	20.01.2019
	İptal (1.)	17.02.2021	22.03.2021	Kabul	29.03.2021
Raiffeisen v. Croatia – ICSID Case No. ARB/17/34	Tahkim (1.)	22.11.2018	31.12.2018	Kabul	14.01.2019
Addiko Bank v. Croatia – ICSID Case No. ARB/17/37	Tahkim (1.)	21.12.2018	21.01.2019	Kabul	4.02.2019

Tablo 3.1. (devamı)

DCM Energy v. Spain – ICSID Case No. ARB/17/41	Tahkim (1.)	5.11.2018	19.12.2018	Ret	*
	Tahkim (2.)	5.04.2019	22.05.2019	Kabul	13.06.2019
AS PNB Banka v. Latvia – ICSID Case No. ARB/17/47	Tahkim (1.)	22.08.2018	30.10.2018	Kabul	5.11.2018
Erste Group v. Croatia – ICSID Case No. ARB/17/49	Tahkim (1.)	21.12.2018	9.09.2019	Kabul	31.10.2019
ACF v. Bulgaria – ICSID Case No. ARB/18/01	Tahkim (1.)	22.11.2018	16.01.2019	Kabul	22.03.2019
LSG v. Romania – ICSID Case No. ARB/18/19	Tahkim (1.)	5.02.2019	13.05.2019	Kabul	24.01.2020
Alverley v. Romania – ICSID Case No. ARB/18/30	Tahkim (1.)	17.04.2019	10.05.2019	Kabul	23.05.2019
EBL v. Spain – ICSID Case No. ARB/18/42	Tahkim (1.)	29.05.2019	2.07.2019	Kabul	1.08.2019
Canepa Green Energy v. Spain – ICSID Case No. ARB/19/04	Tahkim (1.)	2.10.2019	12.02.2020	Ret	*
Strabag v. Germany – ICSID Case No. ARB/19/29	Tahkim (1.)	14.12.2020	12.01.2021	Şartlı Kabul	*
VM Solar v. Spain – ICSID Case No. ARB/19/30	Tahkim (1.)	4.05.2021	14.06.2021	Kabul	30.06.2021
Société Générale v. Croatia – ICSID Case No. ARB/19/33	Tahkim (1.)	N/A	11.04.2023	N/A	N/A
EP Wind v. Romania – ICSID Case No. ARB/20/15	Tahkim (1.)	27.02.2023	14.04.2023	Kabul	1.05.2023
Encavis v. Italy – ICSID Case No. ARB/20/39	Tahkim (1.)	11.05.2022	15.06.2022	Kabul	1.07.2022
Adria Group v. Croatia – ICSID Case No. ARB/20/6	Tahkim (1.)	4.11.2021	24.11.2021	Kabul	17.03.2022
Mainstream Renewable v. Germany – ICSID Case No. ARB/21/26	Tahkim (1.)	6.10.2022	1.02.2023	Kabul	N/A
WOC v. Spain – ICSID Case No. ARB/22/12	Tahkim (1.)	3.04.2023	19.05.2023	Kabul	3.04.2023

Tablo 3.1. (devamı)

Strabag v. Poland – ICSID Case No. ADHOC/15/1	Tahkim (1.)	15.10.2018	2.11.2018	Kabul	30.11.2018
--	----------------	------------	-----------	-------	------------

3.2.5. Achmea Kararı Sonrası Komisyon Tarafından Sunulan Amicus Görüşlerinin İçeriği

Achmea davasında, ABAD, AB hukukunun –özellikle ABİHA’nın 267. ve 344. maddeleri– Hollanda-Slovakya BIT kapsamında yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm hükümleri gibi AB üye devletleri arasında yapılan uluslararası anlaşmalardaki yatırım tahkimi hükümlerini engellediği sonucuna vardı. Yukarıda da ifade edildiği gibi bu kararın EŞA bağlamında verilmediğini iddia eden hakem heyetleri mevcuttur. Bu hususta ABAD tarafından verilen *Komstroy* kararı esas itibariyle bu işe noktayı koymaktadır. ABAD, 2 Eylül 2021 tarihli *Komstroy* kararı ile EŞA’nın AB içi yatırım uyuşmazlıklarına konulmayacağını teyit etmektedir. Bununla birlikte diğer bir önemli gelişme ise *Achmea* neticesinde AB üyesi devletler tarafından sunulan ortak deklarasyondur. 15 Ocak 2019 tarihli deklarasyon³²¹ (Deklarasyon) Belçika, Bulgaristan, Çekya, Danimarka, Almanya, Estonya, İrlanda, Yunanistan, İspanya, Fransa, Hırvatistan, İtalya, Kıbrıs, Letonya, Litvanya, Avusturya, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya ve o zaman AB’de olan İngiltere tarafından imzalanmıştır.

Bu kapsamda *Eiser* davası iptal yargılaması sırasında Komisyon tarafından sunulan ve kabul edilen 12 Kasım 2018 tarihli amicus dilekçesinin açık erişimli olması nedeniyle ilk önce bu belge irdelenecektir. Daha sonrasında 15 Ocak 2019 tarihli söz konusu deklarasyon ve müteakip AB içi yatırım anlaşmalarını feshini konu alan uluslararası antlaşma hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. Nihayet 2 Eylül 2021 tarihli ABAD tarafından verilen *Komstroy* kararı ele alınacaktır. Bu hususlar *Achmea* sonrası durumu genel olarak ele almaya kafidir.

³²¹ “Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union”, 15 Ocak 2019, https://finance.ec.europa.eu/publications/declaration-member-states-15-january-2019-legal-consequences-achmea-judgment-and-investment_en.

3.2.5.1. BayWa v İspanya, Stadtwerke v İspanya, RWE v İspanya, Belenergia v İtalya, Eskosol v İtalya, Cavalum v İspanya, OperaFund v İspanya, ESPF v İtalya

İşbu tezde *Achmea* öncesi ve sonrası ayrımının, Komisyon tarafından yapılan *amicus curiae* başvuru tarihleri dikkate alınarak yapıldığı yukarıda söylenmiştir. Her ne kadar Komisyon'un *amicus* başvuruları *Achmea* kararından öncesine denk gelse de burada inceleyeceğimiz kararlarda karar tarihlerinin *Achmea*'dan sonra olması sebebiyle *Achmea* kararının da irdelendiği görülmektedir. Bununla birlikte işbu başlıkta yer alan davaların İspanya ve İtalya'da mevcut yenilenebilir enerji politikalarının değişimiyle birlikte ortaya çıkan davalar olduğu, buraya kadar sunulan davalarda Komisyon'un *amicus* görüşlerinden çok farklılaşmadığı da gözlemlenmektedir. Buna göre Komisyon'un görüşleri genel olarak irdelendikten sonra hakem heyetlerinin *Achmea* kararına karşı tutumları inceleme altına alınacaktır.

Komisyon'un 16 Şubat 2016 tarihinde *BayWa* davasında yaptığı başvuru aynı gerekçeyle erken bir başvuru olması sebebiyle 23 Mayıs 2016 tarihinde reddedilmektedir.³²² *Stadtwerke* davasında 16 Ocak 2017 tarihinde *amicus curiae* başvurusunda bulunan Komisyon'un talebi hakem heyeti tarafından yayınlanan 2 Mart 2017 tarihli 3 sayılı Usulü Ara Karar ile şarta bağlı olarak kabul edilmiştir. Heyet, Kural 37(2) gereği Komisyon'un müdahalesinin işbu tahkimi akamete uğratmaması, taraflara aşırı derecede yük bindirmemesi ve her iki taraf aleyhine de haksız bir önyargı oluşturmaması gerektiğini belirtmektedir. Ancak işbu müdahale nedeniyle tarafların maddi zarara uğrayacağı açıktır (avukatlık masrafları). Heyet ortaya çıkacak masrafların karşılanması için Komisyon'dan teminat talep etmiştir. Komisyon bunu yapamayacağını bildirmiştir. Bunun üzerine 11 Nisan 2017 tarihinde heyet, Komisyon'un başvurusunun reddine ve sunduğu *amicus* görüşlerin davanın mündericatına dahil edilmeyeceğine karar vermiştir.³²³

BayWa davasında 17 Ocak 2017 tarihinde ikinci *amicus curiae* başvurusunda bulunan Komisyon'un talebi hakem heyeti tarafından yayınlanan 4 Nisan 2017 tarihli 6 sayılı Usulü Ara Kararı ile reddedilmiştir. Heyet, Komisyon'un bir sunum yapmasının, EŞA kapsamında AB içi yargı yetkisi konusundaki mevcut bilgi toplamına bir katkıda

³²² ARB/15/16, *BayWa v. İspanya*, Award (ICSID 25 Ocak 2021) par. 16-18.

³²³ ARB/15/1, *Stadtwerke v. İspanya*, Award (ICSID 02 Aralık 2019) par. 23-29.

bulunacağına ikna olmadığını; çünkü bunun, muhtemelen taraflar için ek maliyetlere neden olacağını ifade etmektedir.³²⁴ Heyet'in görüşüne göre:

[...] Uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü bir tarafın bu Kural altında bir sunum yapmasına izin verilse de bu onu yargılama sürecine taraf yapmaz ve Heyetin onun aleyhine masraflar hakkında karar verme yetkisi yoktur. Sunum yapma izni, maliyetler için güvence sağlama koşuluna tabi tutulabilir, ancak Heyet anladığı kadarıyla Komisyon, böyle bir koşulla karşılaştığında dosyalamaktan veya güvence sağlamaktan kaçınmıştır. [...] AB Komisyonu'nun müdahale etmek istediği sorular, birçok yayımlanmış kararda genişçe tartışılmış ve literatürde iyi bir şekilde ele alınmıştır. Mevcut davada taraflar, söz konusu hukuki meseleleri sunma konusunda tamamen yeteneklidir.³²⁵

Belenergia davasında tahkim heyeti Komisyon tarafından sunulan amicus görüşü dikkatle değerlendirdiğini not ederken Komisyon'un yargılamanın tarafı olmaması hasebiyle söz konusu iddiaları analiz etmeyeceğini ve cevaplandırmayacağını belirtmektedir.³²⁶ İşbu nedenle Komisyon amicus dilekçesinde yazan söz konusu iddiaları bilebilmemiz mümkün değildir. *Cavalum* davasında ise açık kaynaklardan ulaşılabilir olan kararlar 6 sayılı Usulü Ara Karar ve İspanya'nın yargı yetkisine ilişkin tekrar başvurusuna ilişkin karardan ibarettir. Her ne kadar bu kararlarda genel olarak yargı yetkisi ve AB içi yargı yetkisi itirazları tartışılmışsa da Komisyon tarafından sunulan amicus curiae görüşlerine yer verilmemiştir.³²⁷

3.2.5.1.1. Genel Olarak Komisyon Tarafından Sunulan Amicus Curiae Görüşleri

Komisyon'un tüm başvurularında ortaya çıkan birkaç argüman mevcuttur. Öncelikle AB hukukunun üstünlüğü ve önceliği iddiası söz konusudur. AB hukuku, üye devletlerin yargı sistemleri üzerinde üstünlük kurar ve bu, AB içindeki tüm yasal düzenlemelerin AB hukukuyla uyumlu olmasını gerektirir. Ayrıca Komisyon, yetkinin kendisine devredildiği konularda üye devletlerin uluslararası antlaşmalar akdedemeyeceğini veya en azından antlaşmaların AB hukuku ile çelişen kısımlarının geçersiz olacağını iddia etmektedir. AB hukuku ile alakalı olarak EŞA kapsamında yenilenebilir enerji politikası dikkat çekerken ikili antlaşmalar söz konusu olduğunda

³²⁴ ARB/15/16, *BayWa v. İspanya*, Award de 7 par. 30-31.

³²⁵ A.g.e., 8.

³²⁶ ARB/15/40, *Belenergia v. İspanya*, Award (ICSID 06 Ağustos 2019) par. 287.

³²⁷ ARB/15/34, *Cavalum v İspanya*, Procedural Order No. 6 (ICSID 07 Eylül 2022); ARB/15/34, *Cavalum v İspanya*, Decision on the Kingdom of Spain's Request For Reconsideration (ICSID 10 Ocak 2022).

devlet desteği rejimi kuralları Komisyon tarafından ileri sürölmektedir. Komisyon'un AB hukuku ile uyumsuzluk argümanı, AB içi yatırım anlaşmalarının ve özellikle tahkim hükümlerinin, AB'nin temel hukuki yapısına aykırı olduğu tezine dayanır. Buna göre, AB hukuku, AB içindeki herhangi bir hukuki anlaşmazlığın çözümünde ilk başvurulacak kaynak olmalıdır. AB içi BIT'lerle ilgili hükümler, yatırım anlaşmazlıklarını AB dışındaki bağımsız tahkim panellerine taşıyarak, AB yargı sisteminin bütünlüğünü zayıflatır. Ayrıca AB içi BIT'ler aracılığıyla verilen tahkim kararları, AB yasaları ile çelişebilir, bu da yasal belirsizliğe ve uygulamada tutarsızlığa yol açabilir. Sonuç olarak AB hukukunun uyuşmazlığın esasına uygulanması gerektiğini savunan Komisyon ikili bir yol tutar: İlkinde eğer AB hukuku uygulanacaksa AB hukukunu korumakla görevli olan kurumu benim ve benim direktiflerim doğrultusunda hareket edilmeli, ikincisinde ise AB hukukunun en yetkili mercii ABAD'dır ve ICSID yatırım tahkimi ABAD denetimine tabii olmadığı için yargı yetkisini haiz değildir.³²⁸

Bir diğer argüman ise VCLT hükümleri gereği AB üyesi devletlerin kendi aralarında akdettikleri Avrupa Antlaşmaları ikili yatırım antlaşmalarının önüne geçmektedir. EŞA kapsamında ise Komisyon biraz daha geniş bir senaryo çizmektedir. AB'nin akit taraf olarak EŞA'ya dahil olması nedeniyle AB'den gelen yatırımcıların üye devletlere karşı değil kendisine dava açması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca EŞA'nın tarihsel gelişimi dikkate alındığında AB hukuku ile çelişen bir şekilde yorumlanmaması gerektiğini söylemektedir. Nihayet Komisyon, her halükarda EŞA'nın söz konusu yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm yöntemi getiren madde hükümlerinin VCLT yorum ilkeleri gereğince Avrupa Antlaşmaları ile çelişmesi bakımından geçersiz olduğunu ve söz konusu tahkim rızalarının da batıl olduğunu ileri sürmektedir. Komisyon tarafından ileri sürölen son argüman ise söz konusu kararların AB içerisinde infaz edilemeyeceğidir. Gerçekten de Achmea kararı ile Komisyon'un işbu görüşü AB içinde yasallık kazanmıştır.³²⁹

³²⁸ ARB/14/34, *RWE v. İspanya*, Decision on Jurisdiction, Liability and Issues of Quantum (ICSID 30 Aralık 2019); ARB/15/50, *Eskosol v İtalya*, Decision On Italy's Request For Immediate Termination and Italy's Jurisdictional Objection Based On Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-EU Disputes (ICSID 07 Mayıs 2019); ARB/16/5, *ESPF v İtalya*, Award (ICSID 14 Eylül 2020); ARB/15/36, *OperaFund v Spain*, Award (ICSID 06 Eylül 2019).

³²⁹ ARB/14/34, *RWE v. İspanya*, Decision on Jurisdiction, Liability and Issues of Quantum de 95-96; ARB/16/5, *ESPF v İtalya*, Award de 97-100; a.g.e., 82.

Bu davaların hiçbirinde hakem heyetleri Komisyon tarafından ileri sürülen yargı yetkisi itirazını kabul etmemiştir. Hakem heyetleri genel olarak EŞA ve ICSID madde metinlerinin yüzeysel manaları üzerinden ve iyi niyetle sonuca gidilmesi gerektiğine karar vermektedir. AB hukukunun gelişen ve kompleks sorunlarına çözüm bulmanın söz konusu somut olaylarda hakem heyetlerinin yetki alanına girmediği sonucuna varmaktadırlar.³³⁰

3.2.5.1.2. Hakem Heyetlerinin İşbu Davalarda Achmea Kararı Hakkında Düşünceleri

RWE davasında hakem heyeti *Achmea* kararını iki şekilde ele almıştır. Öncelikle heyet eldeki uyuşmazlığı çözmek için AB hukukunu ilgilendiren konularda karar vermek zorunda olmadığını ifade etmektedir. Heyet tarafından ele alınan diğer husus ise *Achmea* kararına konu somut olayda mevcut Hollanda-Slovak BIT'e AB'nin taraf olmamasıdır. Heyet, ABAD tarafından verilen kararın gerekçesini adı geçen ikili yatırım anlaşmasına AB'nin taraf olmamasının kararın verilmesine neden olduğu şeklinde yorumlamaktadır.³³¹ *Belenergia* heyeti yukarıdaki değerlendirmenin aynısını yapmaktadır.³³² Ayrıca, hakem kararının infazı sorunuyla alakalı olarak ICSID'in kendine münhasır bir hukuki yapısı ve çerçevesi olduğunu belirten heyet, kararın infaz edilip edilmemesinin gerçek bir sorun olmadığı ve İtalya'nın iddialarının farazi olduğu kanaatine ulaşmıştır.³³³ AB içi uyuşmazlıklarda yargı yetkisi itirazına ilişkin ara kararında *Eskosol* hakem heyeti *Achmea* kararını uzun uzadıya ele almış ve ABAD tarafından yazılan gerekçesine bakıldığında kullanılan dilin söz konusu Hollanda-Slovak BIT'i alakadar ettiği, AB'nin taraf olduğu ECT gibi çok taraflı antlaşmaları kapsamadığı ve son olarak öyle olduğu düşünülse dahi ABAD kararlarının heyeti

³³⁰ ARB/14/34, *RWE v. İspanya*, Award (ICSID 18 Aralık 2020); ARB/15/40, *Belenergia v. İspanya*, Award; ARB/15/50, *Eskosol v İtalya*, Decision On Italy's Request For Immediate Termination and Italy's Jurisdictional Objection Based On Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-EU Disputes; ARB/15/34, *Cavalum v İspanya*, Decision on the Kingdom of Spain's Request For Reconsideration; ARB/15/36, *OperaFund v Spain*, Award; ARB/16/5, *ESPF v İtalya*, Award.

³³¹ ARB/14/34, *RWE v. İspanya*, Decision on Jurisdiction, Liability and Issues of Quantum de 119-22 par. 362-372.

³³² ARB/15/40, *Belenergia v. İspanya*, Award de 124-25 par. 323-324.

³³³ A.g.e., 129 par. 339.

bağlamayacağı sonucuna ulaşmıştır.³³⁴ Cavalum, OperaFund ve ESPF hakem heyetlerinin verdiği kararlarda da aynı sonuçlara ulaşmıştır.³³⁵

RWE v İspanya davasında hakem heyeti, yargı yetkisi itirazını reddederek yargı yetkisi olduğu sonucuna varmış, yatırımcı davacıyı haklı bulmuş ve davalı devleti tazminata, tahkim giderlerine ve yatırımcının avukatlık masraflarına mahkûm etmiştir.³³⁶ *Belenergia v İspanya* davasında hakem heyeti yargı yetkisi olduğuna karar verirken esasa ilişkin hususlarda davacı yatırımcının tüm taleplerini reddetmiş ve tarafların tahkim giderlerini eşit bir şekilde yüklenmesini ve yaptıkları harcamaların kendi üzerlerinde bırakılmasına karar vermiştir.³³⁷ *Eskosol v İtalya* davasında hakem heyeti yargı yetkisi itirazını reddetmiş ve davanın esasına ilişkin olarak verdiği kararda davacı yatırımcının tüm taleplerini reddetmiştir. Yargılama giderlerine ilişkin olarak ise tahkim giderlerinin eşit karşılanması ve tarafların kendi harcamalarını yüklenmesi kararını almıştır.³³⁸ *Cavalum v İspanya* davasında açık kaynaklardan heyetin 29 Eylül 2022 tarihli kararına ulaşılmasa da ara kararlarında yargı yetkisi itirazını reddeden heyetin yatırımcı lehine karar verdiği anlaşılmaktadır.³³⁹ *OperaFund v İtalya* davasında hakem heyeti yargı yetkisi itirazını reddederken yatırımcı lehine karar vermiş ve yargılama giderleri konusunda yatırımcının %25, davalı devletin ise %75 oranında yükümlü tutulmasına karar kılmıştır.³⁴⁰ Son olarak *ESPF v İtalya* davasında hakem heyeti yargı yetkisi olduğu kararını verirken davacı yatırımcıyı haklı bulmakta ve davalı devleti hem tazminata hem de yatırımcının yargılama giderlerini ödemeye mahkum kılmaktadır.³⁴¹

³³⁴ ARB/15/50, *Eskosol v İtalya*, Decision On Italy's Request For Immediate Termination and Italy's Jurisdictional Objection Based On Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-EU Disputes de 67-103 par. 152-227.

³³⁵ ARB/15/34, *Cavalum v İspanya*, Decision on the Kingdom of Spain's Request For Reconsideration de 13-14; ARB/15/36, *OperaFund v Spain*, Award de 86-110; ARB/16/5, *ESPF v İtalya*, Award de 85-148.

³³⁶ ARB/14/34, *RWE v. İspanya*, Award de 42-43 par. 149.

³³⁷ ARB/15/40, *Belenergia v. İspanya*, Award de 234 par. 648.

³³⁸ ARB/15/50, *Eskosol v İtalya*, Award (ICSID 04 Eylül 2020) par. 499.

³³⁹ "Cavalum SGPS v. Spain", UNCTAD Investment Policy Hub, erişim 08 Mayıs 2024, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/625/cavalum-sgps-v-spain>.

³⁴⁰ ARB/15/36, *OperaFund v Spain*, Award de 272 par. 746.

³⁴¹ ARB/16/5, *ESPF v İtalya*, Award de 354 par. 951.

3.2.5.2. Eiser v. İspanya İptal Yargılamasında Sunulan Komisyon Amicus Dilekçesi

Komisyon, amicus dilekçesinin başında tarafların yükleneceği masrafların karşılanmasına ilişkin bir taahhüdü neden vermediğini açıklamaktadır. Komisyon, bunun AB bütçesinin yürütülmesine ilişkin Birlik kuralları çerçevesinde yükümlülüklerinin ihlali manasına geleceğini ve bu kuralların, hukuki bir dayanağı olmayan ve dolayısıyla geçerli bir yasal temele sahip olmayan harcamaların yapılmasına izin vermeyeceğini ifade etmektedir.³⁴² Tahkim yargılamasında yaptığı başvurunun işbu sebeple reddedilmesinin hukuki dayanağının olmadığını iddia eden Komisyon, amicus'un taraflara değil heyete hizmet ettiğini, kendine has bakış açısı ve uzmanlığı ile heyeti destekleyen amicus'un kendi masraflarını ödemesi gerektiği, ancak taraf masraflarına mahkum edilemeyeceğini ileri sürmektedir.³⁴³

Komisyon, tahkim mahkemesinde taraflardan birini desteklemek veya kendi haklarını savunmak amacıyla müdahalede bulunmaya çalışmadığını, aksine sadece AB hukukuna dair temel soruları gündeme getiren bir uyuşmazlığın karara bağlanmasında tahkim mahkemesine yardımcı olmak için müdahale ettiğini vurgulamaktadır. Komisyon, söz konusu soruların yeni ve önemli olduğunu ve bu bağlamda, söz konusu hususların doğru bir şekilde ele alınmasının yalnızca Komisyon'un çıkarına değil, uyuşmazlık içindeki tarafların, tahkim mahkemesinin, uluslararası hukukun tutarlılığının ve adil yargılamanın sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesi açısından önemli olduğunu iddia etmektedir. AB hukukunun, bir AB üyesi bir devletin yatırımcısının başka bir AB üyesi devlete karşı açtığı mevcut uyuşmazlık gibi bir bağlamda göz ardı edilmesi, gelecekteki bir kararın infazını etkileyebileceğini ve nihayetinde yatırımcı-devlet tahkimine olan güveni ve meşruiyeti zedeleyebileceğini ifade eden Komisyon, kendisini de “*AB Antlaşmalarının Muhafızı*”³⁴⁴ olarak tanımlamaktadır.³⁴⁵

³⁴² Steven Noe, Petra Nemeckova, ve Tim Maxian Rusche, “Amicus Curiae Submission in ICSID Case No. ARB/13/36 - Annulment Proceeding”, Amicus Curiae Görüşü (Brüksel: Avrupa Komisyonu Hukuk Hizmetleri, 12 Kasım 2018), 4 par. 8.

³⁴³ A.g.e., 6-7 par. 16-19.

³⁴⁴ bkz: n 129.

³⁴⁵ Noe, Nemeckova, ve Maxian Rusche, “Amicus Curiae Submission in ICSID Case No. ARB/13/36 - Annulment Proceeding”, 10-11 par. 29-33.

Ayrıca, Komisyon, ABİHA'nın 107 ve 108. maddelerinde kurulan devlet desteği kontrol sisteminin uygulanmasında merkezi bir role sahip olduğunu, üye devletlerde mevcut yardım sistemlerini sürekli olarak gözden geçirme görevinin kendisine verildiğini, üye devletlerin işletmelere sağlamayı düşündüğü yeni yardımları onaylama konusunda münhasır yetkiye sahip olduğunu söylemektedir.³⁴⁶

Komisyon, Achmea kararı ile ABAD'ın kendi görüşünü teyit ettiğini, *Electrabel v Macaristan* davasındaki hakem heyetinden başlayarak birçok hakem mahkemesi tarafından kabul edildiği üzere³⁴⁷, AB hukuku, özellikle AB içi durumlarda EŞA'ya karşı üstünlük sağladığını ve bu üstünlük hususunun ABAD'ın *Costa/ENEL* davasındaki emsal kararından bu yana uzun süredir devam eden içtihadı olduğunu ve 2009'dan bu yana, Lizbon Antlaşması'nı kabul eden Hükümetlerarası Konferans'ın Nihai Senedi'ne eklenen 17 No'lu Deklarasyon'da da açıkça belirtildiğini ifade etmektedir. Komisyon, AB hukukunun, yalnızca her üye devletin ulusal hukuku üzerinde değil, aynı zamanda iki üye devlet arasında akdedilen uluslararası antlaşmalar

³⁴⁶ A.g.e., 11 par. 34.

³⁴⁷ Komisyon tarafından atf yapılan karar için bkz: ARB/07/19, *Electrabel S.A. v. Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability Karar içerisinde ilgili yerlerin doğrudan alıntısı şu şekildedir: "4.194. Mahkeme ayrıca, ECT ve ICSID Sözleşmesi'nin uluslararası hukuk kapsamında geçerli antlaşmalar olduğunu, Davalı üzerinde hukuki bağlayıcılığı bulunduğunu ve Davacı tarafından bu tahkimde geçerli bir şekilde ileri sürüldüğünü tespit etmiştir. Özellikle, Mahkeme, ICSID Sözleşmesi'nin 42. Maddesi ve ECT'nin 26. Maddesi'nin uluslararası hukuk uyarınca herhangi bir şekilde geçersiz kılınmadığını, askıya alınmadığını veya sona erdirilmediğini; Davalı'nın da bu antlaşmalardan çekilmediğini belirtmiştir. Nitekim, Davacı ve Davalı, Mahkeme önünde aksi yönde bir iddiada bulunmamışlardır. 4.195. Mahkeme ayrıca, ECT'nin 26(6) Maddesi uyarınca Tarafların uyuşmazlığına uygulanacak kurallar ve ilkeler arasında AB hukukunun (sadece AB Antlaşmaları ile sınırlı olmamak üzere) da yer aldığını tespit etmiştir. Ayrıca, AB hukuku, Davalı'nın ulusal hukukunun bir parçası olarak, Tarafların uyuşmazlığıyla ilgili bir olgu olarak dikkate alınmalıdır. 4.196. Tarafların tahkim anlaşması ve uyuşmazlıklarının esasları bakımından, Mahkeme, bu davada ECT ile AB hukuku arasında önemli bir tutarsızlık bulunmadığı sonucuna varmıştır. 4.197. Mahkeme, AB hukukunun AB içinde bir üst hukuk sistemi olarak işleyişindeki özel statüyü tanımaktadır. Ayrıca, AB hukuku sisteminin 'AB'nin hukuki düzeni ve yargı sisteminin temel unsurları' olarak tanımlanan roller üstlendiğini belirten ABAD Görüşü 1/09'un (paragraf 54) ifadeleriyle ABAD'ın (Avrupa Birliği Adalet Divanı) rolünü de tanımaktadır. Ancak, bu önemli özellikler bu davada gündeme gelmemektedir. 4.198. Mahkeme, bu tahkimde, Avrupa Komisyonu'nun 4 Haziran 2008 tarihli Nihai Kararını yorumlaması ve bu anlamda AB hukukunu Tarafların uyuşmazlığına uygulaması gerektiğini tespit etmesine rağmen, Davacı'nın tahkim sürecinde Mahkeme'ye sürekli olarak teyit ettiği üzere, bu kararın geçerliliği hakkında hüküm vermesi gerekmemektedir. Bu değerlendirme, Avrupa Komisyonu'na karşı Dunamenti tarafından açılan ancak Davacı tarafından açılmayan devam eden yasal süreçler içinde yalnızca AB mahkemelerinin kararıdır. Bu nedenle Mahkeme, Avrupa Komisyonu da dahil olmak üzere herhangi bir AB kurumunun herhangi bir eyleminin yasallığını incelemek zorunda değildir ve burada da incelememektedir. 4.199. Son olarak, Mahkeme, ECT ve ICSID Sözleşmesi uyarınca kurulan, AB içinde bir merkezi veya yasal yeri olmayan ve ICSID Sözleşmesi uyarınca hem AB içinde hem de dışında uygulanabilir bir uluslararası tahkim mahkemesi olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme, bu faktörlerin, Tarafların tahkim anlaşmasına, Mahkeme'nin yetkisine ve uyuşmazlıklarının esaslarına uygulanacak hukuk açısından sonuçlarını etkilemediğini değerlendirmektedir."

üzerinde de üstünlüğe sahip olduğunu, bu mantığın, ABAD'ın yerleşik içtihatlarına dayandığını ve *Komisyon v İtalya* davasına atıfla, “*AET Antlaşması'nın (Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması) kapsadığı konularda, bu Antlaşma, yürürlüğe girmesinden önce Üye Devletler arasında yapılan anlaşmalara üstünlük sağlar*” şeklinde ifade edildiğini beyan etmektedir.³⁴⁸ Komisyon, böyle bir durumda, AB hukukunun katılım gününden itibaren üstünlük sağlayacağını iddia etmektedir.³⁴⁹

Komisyon, EŞA'nın başından beri hükümetler arası bir proje olmaktan ziyade, bir Avrupa projesi olduğunu, EŞA'nın kökenlerinin, Hollanda Başbakanı Ruud Lubbers'in Haziran 1990'da Dublin'deki Avrupa Konseyi'ne sunduğu bir memorandumda bulunabileceğini, Komisyon Başkanı Jacques Delors'un, söz konusu bu fikri 21 Kasım 1990'da Paris'teki Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı'nın zirvesinde yaptığı bir konuşmada daha da geliştirdiğini, EŞA'nın önsözünde bu nedenle Paris Şartı'na atıfta bulunulduğunu, bundan kısa bir süre sonra, Aralık 1990'da Roma'daki Avrupa Konseyi'nin, Lubbers ve Komisyon tarafından yapılan önerileri onayladığını beyan etmektedir. Paris Şartı'ndaki taahhüdü hayata geçirecek olan Avrupa Enerji Şartı için taslağın Komisyon tarafından hazırlandığını söyleyen Komisyon, daha sonra, 1991'de AB'nin, böyle bir şartnameyi müzakere etmek ve kabul etmek üzere bir uluslararası konferans düzenlediğini, bu konferansı finanse ettiğini ve sekreterliğini sağladığını ifade etmektedir. Geniş politik hedefleri içeren Avrupa Enerji Şartı'nın nihai metni, Aralık 1991'de Lahey'de kabul edildi. Bu, Avrupa Enerji Şartı'nın gerekçelerinde de yansıtılmaktadır. Komisyon, bunların AB üyesi devletlerin AB Antlaşmaları ve diğer mevcut uluslararası anlaşmalar kapsamındaki yükümlülüklerini kabul ettiğini iddia etmektedir.³⁵⁰

Komisyon EŞA'ya taraf devletler tarafından Avrupa Enerji Şartı taktirlerinde iç enerji pazarına atıf yapıldığını, tüm imzacı devletlerin, AB üyesi olmayan devletler de dahil olmak üzere, AB'nin enerji konusundaki iç ortak yetkisini kullandığını ve bağımsız bir rejim kurduğunu tamamen farkında olduklarını iddia etmektedir. Diğer çok taraflı anlaşmalar kapsamındaki yükümlülüklerle yapılan atfın, doğal olarak Birlik hukuku

³⁴⁸ Noe, Nemeckova, ve Maxian Rusche, “Amicus Curiae Submission in ICSID Case No. ARB/13/36 - Annulment Proceeding”, 22 par. 81.

³⁴⁹ A.g.e., 23.

³⁵⁰ A.g.e., 24.

kapsamındaki yükümlülükleri de içerdiğini ileri süren Komisyon, işbu iki gerekçeyi göstererek, Avrupa Enerji Şartı'nın Birlik'in iç enerji piyasasında uygulanma niyetinin olmadığı çok açık bir şekilde ortaya koyduğunu söylemektedir. EŞA'nın amacı ise, Komisyon'a göre, Avrupa Enerji Şartı'nda belirlenen politika hedeflerini uygulamaktır.³⁵¹

Komisyon AB hukuku gereği enerji konusundaki dış yetkinin AB'ye ait olduğunu ve bu durumun üye devletlerin AB eylemlerini nasıl ayrıntılı olarak uygulayacakları konusunda içerde belirli bir takdir yetkisini korudukları gerçeğini dışlamayacağı kanaatindedir. Ayrıca, bağlantı kesme klotlarının geleneksel olarak, uluslararası anlaşmanın müzakere edildiği uluslararası kuruluşun kuralları nedeniyle AB'nin bizzat akit taraf olmadığı durumlarda, özellikle Avrupa Konseyi'nde, uluslararası anlaşmalarda kullanıldığını iddia eden Komisyon, AB'nin taraf olduğu ve EŞA'nın 1(3) ve 1(10) maddelerinde olduğu gibi *Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Kuruluşu* rolünü açıkça tanıyan uluslararası anlaşmalarda durumun tamamen farklı olduğunu düşünmektedir. Burada, tüm akit tarafların, AB hukuk düzeninin özelliklerinin tamamen farkında olduğu Komisyon'un görüşleri arasındadır.³⁵²

Komisyon'un iptal yargılaması sürecinde esas hakkında veya doğrudan yargı yetkisi hakkında amicus görüş sunması ad hoc olarak kurulan iptal davası hakem heyeti tarafından yasaklandı³⁵³ için olsa gerek ki Komisyon'un Achmea davasına ilişkin uzun uzadıya bir açıklama yapmadığını ve fakat tahkim yargılamasında verilen hakem kararında tespit ettiği usule dair esaslı ihlallere dikkat çekmektedir. Sonuç olarak hakem heyeti, tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararını iptal etmiştir; ancak iptalin gerekçesinin Komisyon tarafından ileri sürülen gerekçelerle bir alakası söz konusu değildir. Hakem heyeti, Komisyon tarafından söz konusu masrafların yüklenilmesi gerektiği görüşündedir veya en azından bunun iptale gerekçe olamayacağını ifade etmektedir.³⁵⁴ İptal gerekçesi ise esas tahkim yargılamasında yatırımcı tarafından atanan hakemin yatırımcı ile olan ilişkisini gizlemesidir.³⁵⁵

³⁵¹ A.g.e., 25.

³⁵² A.g.e., 26-29.

³⁵³ A.g.e., 2 par. 2.

³⁵⁴ ARB/13/36 - Annulment Proceeding, *Eiser v. Spain*, Decision On The Kingdom of Spain's Application For Annulment (ICSID 11 Haziran 2020) par. 130.

³⁵⁵ A.g.e., 84 par. 241.

3.2.5.3. 15 Ocak 2019 Tarihli Deklarasyon ve 5 Mayıs 2020 Tarihli Fesih Antlaşması

15 Ocak 2019 tarihinde, Avrupa Birliği üyesi devletler, ABAD'ın *Achmea* kararı sonrası ortak bir deklarasyon yayınladılar.³⁵⁶ Bu deklarasyon, AB içi yatırım tahkim anlaşmalarının geçersizliğini³⁵⁷ ve bunların sona erdirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.³⁵⁸ Deklarasyon, AB üyesi devletler arasında yatırımcı devlet tahkimiyle ilgili olarak ortaya çıkan hukuki belirsizliklere açıklık getirmeyi amaçlamaktadır.³⁵⁹ Deklarasyonun temel nedeni, ABAD'ın 6 Mart 2018 tarihli *Achmea* kararının ardından AB içi yatırım tahkim anlaşmalarının hukuki statüsünü netleştirme gereğidir. *Achmea* kararında, ABAD, AB üyesi devletler arasındaki ikili yatırım anlaşmalarının AB hukuku ile uyumsuz olduğunu ve bu nedenle geçersiz olduğunu belirtmiştir. Bu karar, AB içi yatırım tahkimi rejiminde önemli bir değişiklik yaratmış ve üye devletler arasında hukuki belirsizliklere yol açmıştır.³⁶⁰

Deklarasyon metninde belirtildiği üzere, üye devletler, *Achmea* kararının yatırımcı-devlet tahkimi mekanizmalarının AB hukuku ile uyumsuz olduğunu ve bu tür mekanizmaların AB içi anlaşmazlıklarda kullanılmaması gerektiğini ortaya koyduğunu kabul etmektedir. Bu bağlamda, deklarasyon, AB içi BIT'lerin ve bunların içerdiği tahkim anlaşmalarının geçersizliğini ilan etmektedir.³⁶¹ Deklarasyonda aynı zamanda EŞA'nın tahkim maddelerinin AB içi yatırım anlaşmalarında geçerli bir tahkim teklifi teşkil etmeyeceği de ifade edilmektedir.³⁶²

³⁵⁶ Damien Charlotin ve Luke Eric Peterson, "Breaking: Eu Member States Announce Scheme To Terminate All Intra-Eu Bits And Warn Investor Community To Not Initiate New Claims – But Views Differ With Respect To Whether Achmea Decision Applies To Energy Charter Treaty", IAREporter - Investment Arbitration Reporter, 17 Ocak 2019, <https://www-iareporter-com.offcampus.iuh.edu.tr/articles/breaking-eu-member-state-announce-scheme-to-terminate-all-intra-eu-bits-and-warn-investor-community-to-not-initiate-new-claims-but-views-differ-with-respect-to-whether-achmea-decision-applies-to-en/>.

³⁵⁷ Deklarasyonda AB hukukunun üstünlüğü için özellikle şu kaynaklara atıf yapılmaktadır: Matteucci, 235/87, EU:C:1988:460, paragraf 21; ve Budějovický Budvar, EU:C:2009:521, C-478/07, paragraflar 98 ve 99 ve Lizbon Antlaşması'na eklenen Birlik hukukunun önceliğine dair 17 No'lu Deklarasyon." "Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States", 1.

³⁵⁸ A.g.e., 3.

³⁵⁹ European Commission, "Single Market: Commission Welcomes Member States' Commitments to Terminate All Bilateral Investment Treaties within the EU", 17 Ocak 2019, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_19_483.

³⁶⁰ "Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States", 4; European Commission, "Single Market: Commission Welcomes Member States' Commitments to Terminate All Bilateral Investment Treaties within the EU".

³⁶¹ "Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States", 3-4.

³⁶² A.g.e., 2.

Deklarasyon, birkaç anahtar noktayı vurgulamaktadır. İlk olarak, üye devletler, ABAD'ın *Achmea* kararına tam destek verdiklerini ve bu kararın, AB içi yatırım tahkim anlaşmalarının geçersiz olduğunu açıkça belirttiğini kabul etmektedir.³⁶³ Bu doğrultuda, üye devletler, mevcut AB içi BIT'lerin sona erdirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Deklarasyon metninde şu ifadeye yer verilmektedir: “Üye devletler, AB içi ikili yatırım anlaşmalarının ve bunların içerdiği tahkim anlaşmalarının geçersiz olduğunu ve sona erdirilmesi gerektiğini kabul etmektedir”³⁶⁴. İkinci olarak, üye devletler, *Achmea* kararının sadece mevcut BIT'ler için değil, aynı zamanda gelecekte yapılacak AB içi yatırım anlaşmaları için de geçerli olduğunu vurgulamaktadır. Bu, AB içi yatırım tahkimi mekanizmalarının tamamen sona erdirilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Deklarasyonda *Achmea* kararının, mevcut AB içi ikili yatırım anlaşmaları kadar, gelecekte yapılacak tüm AB içi yatırım anlaşmaları için de geçerli olduğu belirtilmektedir.³⁶⁵

Üçüncü olarak, üye devletler, yatırımcıların haklarını korumak için AB hukukunun yeterli koruma sağladığını ve yatırımcıların haklarını korumak için ABAD'a ve ulusal mahkemelere başvurabileceklerini belirtmektedir. Deklarasyonda, AB'nin yatırımcıların haklarını koruma konusunda kapsamlı ve etkili bir yargı sistemi sunduğu vurgulanmaktadır.³⁶⁶

Deklarasyonun en önemli sonucu, AB içi yatırım tahkimi rejiminin sona erdirilmesi ve bu rejimin yerini AB hukukuna dayalı bir koruma mekanizmasının almasıdır. Üye devletler, AB içi BIT'leri sona erdirmek için gerekli adımları atacaklarını ve bu süreçte yatırımcıların haklarını koruyacaklarını taahhüt etmektedir. Bu, üye devletlerin mevcut BIT'leri feshetmelerini ve gelecekte AB içi yatırım tahkimi anlaşmalarına girmemelerini gerektirecektir. Gerçekten de 5 Mayıs 2020 tarihinde Brüksel'de bir araya gelen üye devletler *Avrupa Birliği Üye Devletleri Arasında İkili Yatırım Anlaşmalarının Feshine İlişkin Sözleşme*'yi (Fesih Antlaşması) akdetmişlerdir.³⁶⁷

³⁶³ ARB/20/6, *Adria v Croatia*, Decision on Intra-EU Jurisdictional Objection (ICSID 31 Ekim 2023) par. 221, “Mahkeme, Üye Devletler Deklarasyonu'nun dilinin açıkça, AB içi BIT'lerin gelecekte bir antlaşma (veya antlaşmalar) ile feshedileceğini öngördüğünü değerlendirmektedir. Bu nedenle, Deklarasyonun kendisi, BIT'in feshi anlamına gelmemektedir.”

³⁶⁴ “Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States”, 1.

³⁶⁵ A.g.e., 3-4.

³⁶⁶ A.g.e., 2.

³⁶⁷ “Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union”, 05 Mayıs 2020, http://data.europa.eu/eli/agree_eums/2020/529/oj.

Fesih Antlaşması 29.08.2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Deklarasyon 22 AB üyesi devlet tarafından imzalanırken bunlara Macaristan'ın eklenmesi ile Fesih Antlaşması 23 AB üyesi devlet arasında akdedilmektedir: Belçika, Bulgaristan, Çekya, Danimarka, Almanya, Estonya, Yunanistan, İspanya, Fransa, Hırvatistan, İtalya, Kıbrıs, Letonya, Litvanya, Luxemburg, Macaristan, Malta, Hollanda, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovenya ve Slovakya. Görüldüğü üzere diğer AB üyesi devletler söz konusu antlaşmaya taraf değildir.

Deklarasyon ve Fesih Antlaşması, *Achmea* kararına bağlayıcılık kazandırmayı amaçlasa da bu hedefi tamamen yerine getirememiştir. Birlikteliğin olmaması, AB yatırım anlaşması uygulamalarını *Achmea* kararıyla uyumlu hale getirme amacını zayıflatmaktadır.³⁶⁸ Anlaşma, yatırımcı-devlet yatırım anlaşmazlığı çıkarmada en çok başvurulan anlaşma olan EŞA'ya uygulanmamaktadır.³⁶⁹ Buna rağmen, AB üyesi devletler, yukarıda birçok kereler örneği verildiği üzere, *Achmea* kararının EŞA'yı geçersiz kıldığını iddia etmektedirler. Dört AB üyesi devlet –Avusturya, Finlandiya, İrlanda ve İsveç– Fesih Antlaşması'nı imzalamamıştır. Bu ülkeler arasında halen yürürlükte olan 32 AB içi BIT bulunmaktadır. Ayrıca, Brexit'in 31 Ocak 2020'de resmileşmesine rağmen, *Achmea* kararı sırasında AB üyesi olan Birleşik Krallık da Fesih Antlaşması'nın dışında kalmış³⁷⁰ ve bu durum, anlaşmanın ek olarak dokuz BIT'e uygulanmasını engellemektedir.³⁷¹

Deklarasyon ve Fesih Antlaşması'nın ICSID tahkimi bakımından beklenen etkiyi gördüğü söylenemez. ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesi, bir tarafın tek taraflı olarak

³⁶⁸ ARB/20/39, *Encavis v Italy*, Award (ICSID 11 Mart 2024) par. 350 “Ancak, Deklarasyon, *Achmea* Kararının EŞA'ya uygulanması konusundaki farklılıklar nedeniyle tüm Üye Devletler tarafından imzalanmamıştır.”

³⁶⁹ “Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union” Fesih Antlaşması'nın dibacesinde şu ifade yer almaktadır: “Bu Anlaşmanın, AB içi ikili yatırım anlaşmalarını ele aldığı göz önünde bulundurarak; Enerji Şartı Antlaşması'nın 26. maddesi temelinde yapılan AB içi işlemleri kapsamamaktadır. Avrupa Birliği ve Üye Devletleri bu konuyu daha sonraki bir aşamada ele alacaktır.”

³⁷⁰ ARB/17/47, *AS PNB Banka v. Latvia*, Decision on the Intra-EU Objection (ICSID 14 Mayıs 2021) par. 194-195 “Fesih Anlaşmasının Ek A'sında feshedilen ikili yatırım anlaşmaları listelenmiştir. İngiltere-Letonya BIT, Letonya'nın feshettiği anlaşmalar arasında yer almamaktadır. Bu durumda, İngiltere ve Letonya da BIT'i feshetmemiştir.”

³⁷¹ Devin Bray ve Surya Kapoor, “Agreement on the Termination of Intra-EU BITs: Sunset in Stone?”, *Kluwer Arbitration Blog* (blog), 04 Kasım 2020, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/04/agreement-on-the-termination-of-intra-eu-bits-sunset-in-stone/>.

tahkimden çekilmesini açıkça önleyerek artırılmış koruma sağlar.³⁷² Bunun yerine, paralel davalar Litvanya örneğini izleyebilir. Litvanya, yakın zamanda, devam eden 2016 ICSID tahkim davası olan *Veolia v. Litvanya* davasında karşı dava açma gerekçesi olarak Anlaşmayı göstererek yerel mahkemelerde bu örneği sergilemiştir.³⁷³

Deklarasyonla alakalı olarak *Strabag* hakem heyeti tarafından dikkat çekici başka bir değerlendirme ise şu şekildedir:

Buna göre, Hakem Heyeti, AB Antlaşmaları, Achmea Kararı veya Achmea Bildirgesi'nin VCLT'nin 31(1) Maddesi'nde belirtilen diğer yorumlama yöntemlerine "üstün gelebileceği" veya hatta "antlaşmanın metnini değiştirebileceği" yönündeki Davalı'nın argümanından ikna olmamıştır. Aksine, Hakem Heyeti, AB hukukunun bu Mahkemenin yetki alanına ilişkin sorulara uygulanmadığı için, AB hukukunun hiçbir yönünün yorumlama sürecine girerek Antlaşmanın 8. Maddesi'nin metnine "üstün gelmeye" veya "değiştirmeye" yol açamayacağını değerlendirmektedir. VCLT'nin 31. Maddesi, antlaşma metnine "olağan anlamının" verilmesi gerektiğini belirttiğinden, bir antlaşmanın bağlamı ile "birlikte" ele alınabilecek dış faktörler, o antlaşmanın metninin olağan anlamının önüne geçemez.³⁷⁴

Deklarasyon ve Fesih Antlaşması ile alakalı olarak başka bir emsal karar *AS PNB Banka* davasında hakem heyeti tarafından verilmiştir.³⁷⁵ Hakem heyeti, Deklarasyon ve müteakip Fesih Antlaşması hakkında ilk dikkat edilmesi gereken şeyin, bu belgelerin, uluslararası hukuk olarak AB içi ikili yatırım anlaşmalarının yorumu veya uygulanmasına yönelik olmalarını belirtmektedir. Ayrıca, her iki belgede de VCLT'nin 31(3)(a) veya (b) maddelerine atıfta bulunulmadığına dikkat çekilmektedir.³⁷⁶ Hakem heyeti, Deklarasyon ve müteakip uygulamasının, *Achmea* davasında ABAD kararının bağlayıcı gücünü kabul etmeye ve üye devletlerin bu karara uyum sağlamaları için bir süreç oluşturmaya yönelik olduğunu söylemektedir. İşbu belgelerin, üye devletlerin herhangi bir yatırım anlaşması işlemleriyle ilgili atacakları adımları ve mevcut BIT'lerin feshini içerdiği; ayrıca, AB hukuku

³⁷² ICSID m. 25(1): "Merkezin yargı yetkisi, bir Akit Devlet (veya bu Devlet tarafından Merkeze atanan herhangi bir alt bölüm veya ajans) ile başka bir Akit Devletin vatandaşı arasında, doğrudan yatırımdan kaynaklanan herhangi bir hukuki anlaşmazlığı kapsar. Tarafların anlaşmazlığı Merkeze sunma konusunda yazılı olarak rıza göstermeleri durumunda, hiçbir taraf tek taraflı olarak bu rızadan geri çekilemez."

³⁷³ Bray ve Kapoor, "Agreement on the Termination of Intra-EU BITs: Sunset in Stone?"

³⁷⁴ ADHOC/15/1, *Strabag v. Poland*, Partial Award on Jurisdiction (ICSID 04 Mart 2020) Part VIII - Sayfa 34.

³⁷⁵ ARB/17/47, *AS PNB Banka v. Latvia*, Decision on the Intra-EU Objection.

³⁷⁶ A.g.e., 143 par. 573.

kapsamında yatırım korumasının genişletilmesine yönelik bir taahhüdü barındırdığı hakem heyetinin değerlendirmeleri arasındadır.³⁷⁷

Hakem Heyeti, VCLT m.31'in yorumla ilgili olduğunu, fakat Deklarasyon'un yorumla bir alakası olmadığını ifade etmektedir. Burada "uygulama" kelimesinin kullanmasının daha doğru bir yaklaşım olacağı ifade edilmektedir³⁷⁸. Hakem Heyeti bu yaklaşımı kabul eder ve bir antlaşmadaki bir hükmün tamamen ortadan kaldırılmasının antlaşmanın uygulanması olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmaktadır. Hakem Heyeti, Deklarasyon'un AB hukukunun üye devletler üzerindeki etkisini ifade eden bir beyan olduğu kanaatindedir:

Bu, BIT'in uluslararası hukuk açısından durumunu ele almaz. Talmon'un belirttiği gibi, genel uluslararası hukuka, VCLT'ye ve lex posterior ilkesine atıfta bulunan sadece bir dipnot vardır. Bu dipnot, "Birlik hukukunun Üye Devletler arasında imzalanan BIT'lerden üstün olduğu" iddiasını destekler. İki cümleden oluşur. İlk cümle iki CJEU kararına ve Lizbon Antlaşması'na ekli 17 no'lu Bildiri'ye atıfta bulunur. Bu, metni destekler. Bir sonraki cümle, uluslararası hukuka atıfta bulunarak şu ifadeyle başlar: "Aynı sonuç genel uluslararası hukuk altında da geçerlidir..." Bu belgenin AB hukukuna yönelik olduğunu açıkça gösterir. Uluslararası hukuka yapılan atıf destekleyici ancak ikincil niteliktedir ve belgenin asıl amacı değildir.³⁷⁹

Fesih Antlaşması, Deklarasyon'da ifade edilen niyeti gerçekleştirmiş ve AB içi BIT'leri feshetmiştir. *Achmea*'ya ek olarak, ABAD'ın başka bir kararına da atıfta bulunarak, üye devletler arasındaki bir anlaşmanın, hükümleri AB hukukuna aykırı ise uygulanamayacağını belirtmiştir. Hakem heyetine göre, uluslararası hukuk açısından önemi bakımından Fesih Antlaşması, Deklarasyon'dan öteye gitmemektedir. Odak, AB hukukuna uyum üzerinedir.³⁸⁰

3.2.5.4. ABAD Tarafından Verilen Komstroy Kararı

Achmea kararının EŞA kapsamında görülen yatırım uyuşmazlıklarına uygulanmayacağı birçok hakem heyeti tarafından karara bağlanmıştır. *Vattenfall v. Almanya* davasında hakem heyeti *Achmea* mevzusu hakkında verdiği kararda, "AB hukuku ve ABAD Kararı, AB içi yatırımcı-devlet tahkimlerini hariç tutacak şekilde"

³⁷⁷ A.g.e. par. 574.

³⁷⁸ A.g.e., 144 par. 575.

³⁷⁹ A.g.e., 144-45 par. 577-578.

³⁸⁰ A.g.e., 145 par. 579.

yorumlanmasının dikkate alınamayacağını, AB hukukunun hakem heyetinin yargı yetkisine uygulanacağı farz edilse dahi, EŞA m.26'nın “*olağan anlamından bu kadar radikal bir şekilde saparak AB içi uyumsuzlukları m.26'nın kapsamı dışında bırakacak şekilde bir yorum getirmek için uygulanması yönünde ikna edici bir argüman*” ortaya konulmadığı sonucuna varmaktadır.³⁸¹ Bununla birlikte Fesih Antlaşması'nda söz konusu anlaşmanın EŞA kapsamındaki tahkim davalarına uygulanmayacağı yukarıda belirtilmektedir. Bu aşamada ABAD tarafından verilen *Komstroy* kararı devreye girmektedir. *Komstroy* kararı aşağıda görüleceği üzere genel olarak *Achmea* kararına atıf yapmakta ve *Achmea* kararındaki aynı sonuca EŞA kapsamındaki AB içi yatırım uyumsuzlukları için de varmaktadır.

ABAD tarafından söz konusu ön karar davası şu şekilde görülmüştür: *Komstroy* adlı bir Ukrayna şirketi lehine verilen Fransız tahkiminde verilen hakem kararının iptali için Moldova tarafından açılan davada Paris Temyiz Mahkemesi tarafından ABAD'a ön karar prosedürü için bir talep gerçekleştirilmiştir. Tahkim mahkemesi EŞA m.26 uyarınca kurulmuş ve tahkim yeri Fransa idi. Hakem kararının iptali davasında, Paris Temyiz Mahkemesi, *Komstroy*'un selefinin sadece elektrik tedariki ile ilgilendiği ve ilgili bir yatırım yapmadığı iddiasıyla Moldova'nın savunmasına yönelik olarak, EŞA'daki “yatırım” ifadesinin yorumlanmasıyla ilgili birçok soruyu ABAD'a yönlendirdi.³⁸² ABAD'ın kararı, bir üçüncü devletin işletmesi tarafından bir başka akit tarafın kamu işletmesine karşı elektrik tedarik sözleşmesinden doğan bir talebin, bu hükümler anlamında “yatırım” teşkil etmediği yönündeydi.³⁸³

Davayla ilgili tek AB bağlantısı, bir ön karar talebinin AB içindeki bir mahkemeden gelmesi ve Fransa'da yapılan bir tahkim sonucunda verilen kararın iptali ile ilgili olmasıydı. Taraflar AB içinde değildi ve esasa ilişkin uygulanacak hukuk, herhangi bir AB Üye Devletinin hukuku değildi. ABAD, şu nedenlerle başvuruyu ele alma yetkisine sahip olduğuna karar verdi: (a) bir uluslararası anlaşma hükmü hem AB hukuku kapsamına giren durumlara hem de bu hukukun kapsamadığı durumlara uygulanabiliyorsa, gelecekteki yorum farklılıklarını önlemek için bu hükmün tek tip

³⁸¹ ARB/12/12, *Vattenfall v Germany*, Decision on the Achmea Issue de 52 par. 167.

³⁸² C-741/19, *Republic of Moldova v Komstroy LLC* (Avrupa Birliği Adalet Divanı 02 Eylül 2021) par. 8-20.

³⁸³ A.g.e., 16 par. dispositif.

olarak yorumlanması AB'nin menfaatine açıktır³⁸⁴; ve **(b)** her durumda, tahkim mahkemesinin yeri Paris'tedir ve sonuç olarak Fransız hukuku *lex fori'dir*, Fransız mahkemeleri, Fransa'da yapılan tahkime ilişkin hakem kararının iptali için yetkiye sahiptir ve AB hukuku her üye devlette yürürlükte olan hukukun bir parçasıdır³⁸⁵.

Ana davadaki uyuşmazlığın bir üçüncü devlet (Ukrayna) ile bir başka üçüncü devlet (Moldova) arasında olması, ABAD'ın karar verme yetkisini engellemediği sonucuna vardıktan sonra, ABAD, bazı AB üye devletlerinin iddiasını kabul etti ve Paris Temyiz Mahkemesi tarafından yöneltilen soruyu yanıtlarken, bir akit taraf ile başka bir akit tarafın yatırımcısı arasında, yatırımcının ilk akit taraf bölgesinde yaptığı yatırım ile ilgili uyuşmazlıkların EŞA m.26 uyarınca hangi durumlarda bir tahkim mahkemesine getirilebileceğini belirtti.³⁸⁶

ABAD, “EŞA'nın [Madde 26] bir Üye Devlet operatörü ile başka bir Üye Devlet operatörü arasındaki bir uyuşmazlığa da uygulanabileceği sonucuna varılamaz” şeklinde bir ifade kullandı.³⁸⁷

Kararın gerekçesi şu şekildedir:

(1) Bir uluslararası anlaşma, AB Antlaşmaları tarafından belirlenen yetki dağılımını ve AB hukuk sisteminin özerkliğini etkileyemez, bu ilke, üye devletlerin, Antlaşmaların yorumu veya uygulanmasına ilişkin bir uyuşmazlığı Antlaşmalarda öngörülenler dışında herhangi bir çözüm yöntemine sunmamayı taahhüt ettikleri ABİHA'nın 344. Maddesinde yer alır;³⁸⁸

(2) AB hukukunun üye devletlerin hukuku ve uluslararası hukuk karşısındaki özerkliği, Avrupa Birliği'nin anayasal yapısına ve bu hukukun doğasına ilişkin temel özelliklerinden kaynaklanmaktadır;³⁸⁹

³⁸⁴ A.g.e., 8 par. 29.

³⁸⁵ A.g.e., 8-9 par. 32-34.

³⁸⁶ A.g.e., 9-10 par. 39-40.

³⁸⁷ A.g.e., 10 par. 41.

³⁸⁸ A.g.e. par. 42.

³⁸⁹ A.g.e. par. 43.

(3) Sonuç olarak, Antlaşmalar, AB hukukunun yorumlanmasında tutarlılığı ve birliği sağlamak için bir yargı sistemi kurmuştur, CJEU, bu hukukun nihai yorumunu verme konusunda münhasır yetkiye sahiptir, ABİHA m.267 uyarınca kararlar verir;³⁹⁰

(4) Ön karar prosedürünün amacı, AB hukukunun tutarlı yorumlanmasını sağlamak, böylece bu hukukun tutarlılığını, tam etkisini ve özerkliğini, Antlaşmalarla kurulan hukukun özel niteliğini sağlamaktır;³⁹¹

(5) *Achmea* davasındaki tahkim mahkemesi gibi, EŞA m.26(6) uyarınca kurulan bir *ad hoc* tahkim mahkemesi, Fransa gibi bir üye devletin yargı sisteminin bir bileşeni değildir ve bu nedenle ABİHA m.267 uyarınca bir başvuru yapamaz;³⁹²

(6) EŞA m.26(4) uyarınca, bir uyuşmazlık UNCITRAL tahkim kurallarına göre bir *ad hoc* tahkim mahkemesine götürülebilir ve EŞA m.26(8) uyarınca tahkim kararları, ilgili uyuşmazlığın tarafları için nihai ve bağlayıcıdır;³⁹³

(7) Taraflar, EŞA m.26(4)(b) uyarınca, bu uyuşmazlığı UNCITRAL tahkim kurallarına göre kurulan bir *ad hoc* tahkim mahkemesine sunmayı seçmişler ve tahkim mahkemesinin merkezinin Paris'te olmasını kabul etmişlerdir, bu da Paris Temyiz Mahkemesi önündeki işlemlere Fransız hukukunun uygulanmasını sağlamıştır; bu işlemlerin amacı, tahkim kararının yargısal denetimidir;³⁹⁴

(8) Ancak: “... bu yargısal denetim, başvuruyu yapan mahkemenin Üye Devletinin iç hukuku buna izin verdiği ölçüde gerçekleştirilebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1520. Maddesi, özellikle tahkim mahkemesinin yetkisine ilişkin sınırlı bir inceleme öngörmektedir”;³⁹⁵

(9) Ticari tahkim ile ilgili olarak, etkili tahkim işlemlerinin gerekleri, AB hukukunun temel hükümlerinin bu inceleme sırasında incelenebilmesi ve gerekirse, bir ön karar

³⁹⁰ A.g.e. par. 45.

³⁹¹ A.g.e., 11 par. 46.

³⁹² A.g.e., 12 par. 56.

³⁹³ A.g.e. par. 55.

³⁹⁴ A.g.e. par. 56.

³⁹⁵ A.g.e. par. 57.

için Mahkemeye başvurulabilmesi şartıyla, üye devletlerin mahkemelerince tahkim kararlarının incelemesinin kapsamının sınırlı olmasını haklı çıkarır,³⁹⁶

(10) Ancak, EŞA m.26 belirtilen tahkim işlemleri, üye devletlerin kendi mahkemelerinin ve AB yargı yollarının yetkisinden, AB hukukunun uygulanması veya yorumlanmasıyla ilgili olabilecek uyuşmazlıkları çıkarmayı kabul ettikleri bir antlaşmadan kaynaklanmaktadır.³⁹⁷

ABAD'ın nihayet vardığı sonuç kanaatleri ise şu şekildedir:

... EŞA m.26'nın böyle bir tahkim mahkemesine bir uyuşmazlığın çözümünü emanet eden hükümlerinin, bir Üye Devletin yatırımcısı ile başka bir Üye Devlet arasında uygulanması, EŞA'nın imzalanmasıyla, Avrupa Birliği ve ona taraf olan Üye Devletlerin, AB hukukunun tam etkisini garanti edecek şekilde çözülmesini engelleyebilecek bir uyuşmazlığı çözüme mekanizması kurdukları anlamına gelir (yapılan anoloji için bkz: Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, para 56).

... Avrupa Birliği'nin uluslararası konulardaki yetkisinin kullanılması, bir Üye Devletin yatırımcısı ile başka bir Üye Devlet arasında AB hukukuyla ilgili bir uyuşmazlığın AB yargı sisteminden çıkarılabileceği ve bu hukukun tam etkisinin garanti edilmediği bir hükme izin vermeyi kapsayamaz.

Böyle bir olasılık, Mahkemenin Achmea'da belirttiği gibi, Antlaşmaların sağladığı hukuk düzeninin özerkliğinin ve özel niteliğinin korunmasını sorgular.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, çok taraflı bir uluslararası anlaşmanın parçası olmasına rağmen, EŞA'nın 26. maddesi, gerçekte, iki Akit Taraf arasında ikili ilişkileri düzenlemeyi amaçlamaktadır; bu, 6 Mart 2018 tarihli, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, paragraf 58) davasına yol açan davadaki ikili yatırım anlaşmasının hükmüne benzer.

Buna göre, EŞA, Üye Devletlerin, aynı anlaşmaya taraf olan üçüncü devletlerden yatırımcılarla ilişkilerinde tahkim mekanizmalarına uymalarını gerektirse de AB hukukunun özerkliğini ve özel niteliğini koruma gerekliliği, EŞA kapsamında Üye Devletler arasında aynı yükümlülüklerin uygulanmasını engeller.

Yukarıdakiler ışığında, EŞA'nın 26(2)(c) maddesi, bir Üye Devlet ile başka bir Üye Devletin yatırımcısı arasında, yatırımcının ilk Üye Devlette yaptığı yatırımla ilgili uyuşmazlıklara uygulanamaz.³⁹⁸

Eastern Sugar davası ile başlayan Komisyon amicus curiae müdahaleleri sürecinin ABAD'ın *Komstroy* kararı ile belli bir mertebeye ulaştığını ve AB içinde idari politikaların yargı erki tarafından tasvip edildiğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte ABAD tarafından verilen AB içi yatırım uyuşmazlıklarında EŞA tahkim maddesinin geçersiz sayılacağına dair kanaat ICSID yatırım tahkiminde hakem heyetleri tarafından paylaşılmamaktadır. *MOL v. Hırvatistan* hakem heyeti "*Achmea ve Komstroy davalarında CJEU tarafından verilen iki kararın*" uluslararası bir

³⁹⁶ A.g.e. par. 54.

³⁹⁷ A.g.e. par. 55.

³⁹⁸ A.g.e., 12-13 par. 60, 62-66.

antlaşma olmadığını “*dolayısıyla Viyana Sözleşmesi’nin 30. Maddesi kapsamında*” değerlendirilemeyeceği kanaatindedir³⁹⁹. Heyet, her halükarda “*gerçekten bir uyumsuzluk olması durumunda*” EŞA’nın sonraki antlaşma olması sebebiyle “*uluslararası hukuk uyarınca, AB antlaşmalarının hükümleri ECT hükümlerine boyun eğmek zorunda kalacaktır, tersi değil.*”⁴⁰⁰

Reenergy v. İspanya hakem heyeti, askıya alma veya değişiklik “*Achmea ve Komstroy kararlarının etkisi olarak ileri sürülse bile, bu tür bir etki*” somut olayda “ *tarafların ilgili zamanda, yani başvuru tarihinde, verdikleri rızayı etkilemek veya geçersiz kılmak için çok geç*” olacağını ve etkili olmayacağını belirtmektedir.⁴⁰¹

3.3. Komisyon Amicus Curiae Müdahalelerinin Hakem Heyetlerinin Yargı Yetkisi Bakımından Etkisi

Achmea kararının genellikle yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm maddelerine uygulanabilir olması ve AB içi yatırım antlaşması tahkimlerini içermesi, bu tür maddelerin AB hukuku ile uyumsuz olduğu sonucuna varılmasına yol açmaktadır. Ancak, böyle bir uyumsuzluğun tahkim mahkemesinin yargı yetkisi kararı üzerindeki etkisinin olup olmadığı ayrı bir konudur ve daha detaylı bir analiz gerektirir. Yatırım antlaşması tahkiminde, yargı yetkisi soruları, tarafların tahkime rıza gösterdikleri belgeler tarafından yönetilir.⁴⁰² Tahkim anlaşması, yatırımcının, yatırım anlaşmasının yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm maddesine dayanarak devletin mütemadi teklifine karşı tahkim talebiyle tamamlandığında, hakem heyetinin yargı yetkisini tesis eder.⁴⁰³ Kural olarak, hakem heyetleri kendi yetkinliklerinin hakimi olup, tarafların geçerli bir tahkim anlaşması yapmış olup olmadığını belirler.⁴⁰⁴ Kompetenz-Kompetenz ilkesini kullanarak hakem heyetleri, taraflar tarafından ileri sürülen yargı yetkisi itirazları üzerinde karar verirler.⁴⁰⁵

³⁹⁹ ARB/13/32, *MOL v Croatia*, Award (ICSID 05 Temmuz 2022) par. 477.

⁴⁰⁰ A.g.e. par. 478.

⁴⁰¹ ARB/14/18, *Reenergy v Spain*, Award (ICSID 06 Mayıs 2022) par. 348.

⁴⁰² Christoph Schreuer, “Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration”, *McGill Journal of Dispute Resolution* 1, sy 1 (2014): 2.

⁴⁰³ Yarik Kryovi, *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, 4th bs (The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2020), 68.

⁴⁰⁴ “UNCITRAL Arbitration Rules” (2021), art. 23(1); “ICSID Convention” (2022), art. 41(1).

⁴⁰⁵ UNCITRAL Arbitration Rules, art. 23(2); ICSID Convention, art. 41(2).

3.3.1. Achmea ve Komstroy Kararlarının Devletin Tahkim İçin Daimi Teklifine Etkisi

Achmea kararı ışığında, karşı taraf devletler, AB hukukunun hakem heyetinin kendi yargı yetkisini belirlemesini düzenlediğini vurgulamaktadır. ABAD'ın içtihadı ışığında, üye devletin daimî tahkim teklifi geçersizdir veya geçersiz hale gelmiştir ve sonuç olarak AB içi yatırım iddiaları yargı yetkisi eksikliği nedeniyle reddedilmelidir.⁴⁰⁶ Tahkim yargılamalarının dışında da AB Komisyonu ve AB üyesi devletlerin 22 hükümeti bu görüşü benimsemiştir.⁴⁰⁷ *Vattenfall* ve *Foresight* gibi davaların mahkemeleri, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktan ayırt etmenin hayati önem taşıdığı kanaatindedir.⁴⁰⁸ Yatırım antlaşması tahkiminde de geçerli olan ayrılabilirlik doktrini kapsamında, esas hukuki ilişkide kök salmış herhangi bir geçersizlik otomatik olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğini baltalamaz.⁴⁰⁹ Yalnızca, tarafların tahkime rıza göstermeleri ile ilgili kusurlar, hakem heyetini yargı yetkisinden mahrum bırakabilir.⁴¹⁰ Dolayısıyla, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk değil, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, tahkim mahkemesinin yargı yetkisini belirlemede önemlidir. Uygulamada, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemeleri nadirdir.⁴¹¹ Bu, devlet ile yatırımcı arasında doğrudan bir anlaşma olmadığı yatırım antlaşması tahkim alanında daha da geçerlidir.⁴¹² Teknik olarak, bir yatırım antlaşmasında yer alan yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm maddesi, iki akit devlet

⁴⁰⁶ AB içi yatırım uyuşmazlıklarında karşı taraf davalı devletlerin başlıca argümanları arasındadır. Buna ilişkin davalı devlet argümanları için yukarıda incelenen şu kararlar örnek olarak gösterilebilir: ARB/14/34, *RWE v. İspanya*, Award; ARB/15/50, *Eskosol v İtalya*, Decision On Italy's Request For Immediate Termination and Italy's Jurisdictional Objection Based On Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-EU Disputes; ARB/16/5, *ESPF v İtalya*, Award.

⁴⁰⁷ "Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States".

⁴⁰⁸ ARB/12/12, *Vattenfall v Germany*, Decision on the Achmea Issue de 38 par. 109; Kryovi, *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, 46"ICSID tahkiminin usulü veçhesini tanzim eden kurallar milli usul kuralları değil uluslararası hukuktur."; Julian Scheu ve Petyo Nikolov, "Jurisdiction of Tribunals to Settle Intra-EU Investment Treaty Disputes", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 36, sy 1 (22 Aralık 2021): 180, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siaa048>.

⁴⁰⁹ Philippe Fouchard vd., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (The Hague; Boston: Kluwer Law International, 1999), 197; Julian D. M. Lew vd., *Comparative International Commercial Arbitration* (The Hague [u.a]: Kluwer Law International, 2003), 102; Z. Douglas, "The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration", *ICSID Review* 29, sy 1 (01 Şubat 2014): 158, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/sit040>.

⁴¹⁰ Douglas, "The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration", 162.

⁴¹¹ Lew vd., *Comparative International Commercial Arbitration*, 120.

⁴¹² Noiana Marigo vd., "Chapter 22: Jurisdiction and Admissibility Questions in Investment Arbitration: The Argentine Experience", içinde *Arbitration in Argentina* (Kluwer Law International, 2020), 484.

arasında, gelecekteki yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü yöneten bir düzenleme olup⁴¹³, bir tahkim anlaşması değildir.⁴¹⁴ Yalnızca, devletin yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm maddesinde yer alan tahkim için daimi teklifi bir yatırımcı tarafından kabul edilirse bir tahkim anlaşması sonuçlanır.⁴¹⁵

Sonuç olarak, *Achmea* kararının, devletin tahkim için daimî teklifini geçersiz kıldığını iddia etmek, AB hukukunun, devletin tahkime rıza gösterdiği belgelerde uygulanabilir olduğunu varsaymaktadır. Çeşitli yaklaşımların çokluğu nedeniyle, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemek karmaşık bir işlemdir.⁴¹⁶ Yatırım antlaşması tahkiminde bu, hakem heyetinin New York Konvansiyonu (NYC) veya ICSID Konvansiyonu hukuki çerçevesi içinde işletilip işletilmediğine bağlıdır.⁴¹⁷ ECT m. 26(4)(a) tarafından gösterildiği gibi, yatırım antlaşmaları genellikle her iki tür tahkimi de sağlar. AB içi yatırım uyuşmazlıklarının yaklaşık %55'inin ICSID Konvansiyonu kapsamında tahkim edilmesi, diğer %45'inin ise UNCITRAL, Stockholm Ticaret Odası (SCC) veya Uluslararası Ticaret Odası (ICC) tahkim kuralları altında NYC çerçevesinde yürütülmesi göz önüne alındığında, her iki opsiyon da önem kazanmaktadır.⁴¹⁸

3.3.1.1. NYC Çerçevesinde Uygulanacak Hukuk Bakımından Yargı Yetkisi

Eğer AB içi yatırım antlaşması, UNCITRAL tahkim kuralları veya SCC veya ICC kurallarına göre kurumsal tahkimi öngörüyorsa, ödülün tanınması ve uygulanması genellikle NYC tarafından yönetilir ve bu konvansiyon 166 devlet tarafından

⁴¹³ Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 1. publ, Oxford Monographs in International Law (Oxford: Oxford University Press, 2007), 70.

⁴¹⁴ Andrea Marco Steingruber, *Consent in International Arbitration*, 1. ed, Oxford International Arbitration Series (Oxford: Oxford Univ. Press, 2012); Yas Banifatemi, "19. The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration", içinde *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, ed. Katia Yannaca-Small, 2. (Oxford University Press, 2018), 487.

⁴¹⁵ Bernhard Wychera ve Winslow Mimmagh, "Chapter IV: Investment Arbitration, The Nature of State Consent Expressed in BITs", içinde *Austrian Yearbook on International Arbitration 2019 (2019)* (Kluwer Law International in Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2019), 395-419; Douglas, "The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration", 161.

⁴¹⁶ Gary Born, "The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective", *Singapore Academy of Law Journal* 26 (2014): 826; Lew vd., *Comparative International Commercial Arbitration*, 124.

⁴¹⁷ Scheu ve Nikolov, "Jurisdiction of Tribunals to Settle Intra-EU Investment Treaty Disputes", 181.

⁴¹⁸ "Investment Dispute Settlement Navigator".

onaylanmıştır.⁴¹⁹ Bu anlamda, NYC, uluslararası tahkim için adeta bir ‘anayasal şartname’ olarak işlev gören küresel bir hukuki çerçeve oluşturur.⁴²⁰ NYC, tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukukla ilgili bir çatışma hukuku kuralı içerir. Tarafların herhangi bir anlaşması yoksa, NYC m. V(1)(a) hükmü, hakem kararının, kararın verildiği ülkenin hukukuna göre geçerli olup olmadığına bakılarak tanınmasının reddedilebileceğini belirtir.⁴²¹ NYC rejimi altında, tahkim anlaşmasının esas geçerliliği böylece tahkimin yapıldığı yerin hukuku (lex arbitri) tarafından yönetilir.

Bu nedenle, AB içi yatırım antlaşması uyuşmazlıklarında AB hukukunun ilgisini değerlendirmek, tahkim yerinin AB üyesi bir devlette mi yoksa dışında mı olduğuna bağlı olarak farklılık gösterir. Eğer tahkim bir AB üye devletinde yer alıyorsa, yargı yetkisi kararı, aralarında AB hukukunun da bulunduğu, o üye devletin hukukuna tabi olacaktır.⁴²² AB hukuku, üye devletlerin hukuki düzeninde geçerli olan ulusal hukuk normları ve uluslararası antlaşmalardan üstün gelir, böylece *Achmea* kararı, AB içi yatırım antlaşması temelinde yapılan bir tahkim anlaşmasını uygulayan herhangi bir ulusal tahkim hukukundan üstün gelir.⁴²³ ABAD’ın davaya bakmasından önce, *Achmea* hakem heyeti verdiği kararda, tahkim yerinin AB içinde yer alması vakası karşısında, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm maddesinin AB hukuku ile uyumsuzluğunun yargı yetkisi eksikliğine götüreceği sonucunun farkında olduklarını ifade etmektedir. Hakem heyeti şöyle bir gözlemde bulunmaktadır: “Eğer m. 8, yatırımcı ile devlet arasında tahkimi öngören BIT maddesi, tek başına AB hukuku ile

⁴¹⁹ “Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the ‘New York Convention’)”, United Nations, erişim 09 Mayıs 2024, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2.

⁴²⁰ Matthew Barry, “The Role of the Seat in International Arbitration: Theory, Practice, and Implications for Australian Courts”, *Journal of International Arbitration*, Sydney Law School Research Paper Series No. 15/19, 32, sy 3 (12 Mart 2015): 302, <http://ssrn.com/abstract=2577623>; Robert C Bird, “Enforcement of Annulled Arbitration Awards: A Company Perspective and an Evaluation of a New York Convention”, *North Carolina Journal of International Law* 37, sy 4 (2012): 1014, <https://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol37/iss4/1>.

⁴²¹ Born, “The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective”, 831.

⁴²² Paschalis Paschalidis, “Chapter 14: Challenges under EU Law to the Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention”, içinde *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, kitap editörü Katia Fach Gómez ve Ana Mercedes López Rodríguez (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2019), 233-34.

⁴²³ C-235/87, *Matteucci v Communauté française de Belgique* (Avrupa Birliği Adalet Divanı 27 Eylül 1988); C-3/91, *Exportur v LOR* (Avrupa Birliği Adalet Divanı 10 Kasım 1992); C-478/07, *Budějovický Budvar National Corporation v Rudolf Ammersin GmbH*, (Avrupa Birliği Adalet Divanı 08 Eylül 2009); C-546/07, *Commission v Germany* (Avrupa Birliği Adalet Divanı 21 Ocak 2010).

uyumsuzsa, bu, en azından tartışmalı bir şekilde, hakem heyetinin yargı yetkisini ortadan kaldırabilir."⁴²⁴

Sonuç olarak, tahkim yeri bir AB üye devletiyse hakem heyeti, AB içi yatırım antlaşmasına dayanan bir davaya bakmak için yargı yetkisine sahip olmadığı sonucuna varmalıdır. Bununla karşılaştırıldığında, mahkeme AB dışında yer alıyorsa durum çok farklıdır. Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm maddesi bir AB içi yatırım antlaşmasında yer alsın bile, onun AB hukuku ile uyumsuzluğu, hakem heyetinin yargı yetkisine ilişkin değildir.⁴²⁵ AB hukuku, herhangi bir AB dışı üye devletin ulusal hukuk düzeninin bir parçası olmadığı için, *Achmea* kararı, uygulanabilir *lex arbitri'nin* bir parçası değildir ve dolayısıyla tahkim yargı yetkisi ile ilgili de değildir. Gerçekten de *Green Power v İspanya*⁴²⁶ yatırım tahkimi davasında hakem heyeti bu sonuca varmıştır. İşbu yatırım tahkimi davası Komisyon tarafından *amicus curiae* görüşü sunulan AB içi yatırım uyuşmazlıklarından birisidir. Davanın SCC nezdinde görülmesi sebebiyle işbu tezin konusuna dahil olmasa da *Achmea* kararı sonrası davalı devlet ve Komisyon tarafından yapılan yargı yetkisi itirazını ciddiye alıp kabul eden ve yargı yetkisine sahip olmadığına karar veren ilk hakem heyeti olması itibarıyla önem kazanmaktadır.

3.3.1.2. Green Power v İspanya

Green Power hakem heyeti yargı yetkisine karar verirken uygulanabilir hukuku belirlemede *Vattenfall* davasına atıf yapmakta ve *Vattenfall* hakem heyetinin *Achmea* kararı hakkındaki değerlendirmesine yer vermektedir. *Vattenfall* hakem heyeti, ICSID tahkiminde SCC tahkiminin aksine tahkim yerinin olmadığını ve dolayısıyla tahkim yerinin hukuku ile yargı yetkisine hanel gelmeyeceğini ifade etmektedir.⁴²⁷ Daha sonrasında davacıların EŞA kapsamında ICSID tahkimini seçebilecek olmalarına rağmen SCC tahkimini seçmeleri ve talep ile tahkim yerinin Stockholm olarak belirlenmesi vakaları, yargı yetkisinin belirlenmesinde *lex arbitri'nin* uygulanması

⁴²⁴ PCA Case No. 2008-13, *Eureko BV v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension de 73 par. 273.

⁴²⁵ Scheu ve Nikolov, "Jurisdiction of Tribunals to Settle Intra-EU Investment Treaty Disputes", 183.

⁴²⁶ SCC No. 2016/135, *Green Power v. Spain*, Award (16 Haziran 2022).

⁴²⁷ A.g.e., 36 par. 161.

gerektiğini göstermektedir. Bu da İsveç Tahkim Kanunu'dur.⁴²⁸ Hakem heyeti, İsveç'in AB üyesi bir devlet olması nedeniyle AB hukukunun yargı yetkisine karar verirken uygulanabilir hukuk olarak ele alınması gerektiği kanaatine varmaktadır. Zira, İsveç Tahkim Kanunu'nun yorumunda ve kamu düzeni hususunda AB hukukunun elzem olduğuna dikkat çekilmektedir.⁴²⁹ *Achmea* kararı sonrasında EŞA kapsamında AB üyesi devletin vermiş olduğu tahkim için daimi teklifin veya rızanın AB içi yatırım uyuşmazlıkları bakımından "uygulanamaz" olduğu sonucuna varan hakem heyeti, ABAD kararının uyuşmazlık tarihinden sonra olmasının AB hukuku çerçevesinde önemli olmadığı kanaatine varmaktadır.⁴³⁰

Green Power kararının, somut olaydaki hususi faktörlerden etkilendiği gözlemlenmektedir; bu da tahkim yerinin AB içinde olmasıyla alakalıdır. Hakem heyetinin, taraflar arasında herhangi bir anlaşma olmadan İsveç Tahkim Kanunu'nun otomatik olarak İsveç hukukunun (ve dolayısıyla AB hukukunun) uygulanmasını gerektirdiği sonucuna varması, tahkim anlaşmasının yorumlanması ve uygulanmasında AB hukukunun uygulanabilirliğini sınırlı bir şekilde belirlemektedir. Bu durum yukarıda yaptığımız açıklamaları desteklemektedir. Bu nedenle, İsviçre veya Birleşik Krallık gibi AB dışında yerleşik EŞA yatırım tahkimlerine veya ICSID Konvansiyonu kapsamında yürütülen EŞA yatırım tahkimlerine bu sonuç uygulanamayacaktır. *Green Power* hakem heyeti tarafından defalarca vurgulandığı üzere, ICSID tahkimleri, herhangi bir yerel yargı alanıyla bağlantısı olmayan uluslararası hukukun ürünleri olarak tamamen farklıdır. Bu tahkimlerin ne bir yeri vardır ne de bir *lex arbitri*'si. Bu nedenle, ICSID tahkim ve kararları, kural olarak, *Green Power* hakem heyetinin muhakemesinden bağımsız kalmak durumundadır.⁴³¹

Yapılan bu yorumun şimdiye kadar ICSID davalarına bakan hakem heyetleri tarafından da desteklendiği görülmektedir. *Cavalum v. İspanya* davasında hakem heyeti mezkur kararın davalı devlet tarafından dosyaya sunulması akabinde verdiği kararda şu sonuca varmaktadır:

⁴²⁸ A.g.e., 36-37 par. 162.

⁴²⁹ A.g.e., 37-39 par. 165-172.

⁴³⁰ A.g.e., 79-123 par. 331-478.

⁴³¹ Nathalie Colin vd., "Green Power v Spain: the first decision to ever uphold the intra-EU objection. Is this a turning point for ECT arbitrations?", Freshfields Bruckhaus Deringer, 28 Haziran 2022, <https://riskandcompliance.freshfields.com/post/102hrqe/green-power-v-spain-the-first-decision-to-ever-uphold-the-intra-eu-objection-is>.

Green Power Kararı bu standardı karşılamamaktadır. Yargı yetkisi konusundaki gerekçesi 40 sayfadan fazla sürmesine rağmen, o dava ile bu dava arasındaki önemli fark, Green Power tahkiminin Stockholm Ticaret Odası Kuralları ve İsveç hukuku uyarınca yürütülmesi ve heyetin İsveç hukukunu yargı yetkisi için uygulanabilir hukuk olarak ele almasıdır. Özellikle, Green Power hakem heyeti, ICSID tahkimleri için farklı değerlendirmelerin geçerli olacağını açıkça belirtmiştir.⁴³²

3.3.2. Komisyon Amicus Curiae Müdahalelerinin ICSID Yatırım Tahkiminde Yargı Yetkisine Etkisi

Çoğu AB içi yatırım antlaşması içinde bulunan yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm maddeleri, Polonya hariç tüm AB üye devletlerinin taraf olduğu ICSID Konvansiyonu⁴³³ kapsamında tahkimi de öngörür. Bir ICSID maddesinin AB hukuku ile uyumsuzluğunun tahkim yargı yetkisini alakadar edip etmediği, rıza gösterme araçlarının uygulanabilir hukuku bağlamında değerlendirilmelidir.⁴³⁴ Ayrıca, ICSID m.41(1)'de garanti altına alınan hakem heyetinin Kompetenz-Kompetenz'i kapsamında, tahkim yargısına onay veren devletin bu hususta sonradan farklı bir yorumlamada bulunmasının, hakem heyetlerini bağlayıcı ve dolayısıyla yargı yetkisi konularında belirleyici olmadığı anlaşılmaktadır.⁴³⁵ Bu nedenle, AB üye devletlerinin *Achmea* kararı ile tahkim için daimi tekliflerinin geriye dönük olarak geçersiz olduğunu düşünmeleri mevcut bağlamda yerinde görülmemesi gerektiğine inanılmaktadır.⁴³⁶

Bir ICSID tahkim mahkemesinin temel yargı yetkisi aracı, yatırım antlaşmasında yer alan yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm maddesi ile birlikte ICSID Sözleşmesi m.25'tir.⁴³⁷ ICSID m.42 uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku ifade ederken, ICSID Sözleşmesinde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku yöneten bir kural bulunmamaktadır.⁴³⁸ Ayrıca, ICSID Konvansiyonu, tahkim yeri olmayan, yani tahkimin yapıldığı yerin hukukundan hukuken bağımsız olan bir uyuşmazlık çözüm

⁴³² ARB/15/34, *Cavalum v İspanya*, Procedural Order No. 6 de 18 par. 56.

⁴³³ "Database of ICSID Member States", ICSID, erişim 09 Mayıs 2024, <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>.

⁴³⁴ Scheu ve Nikolov, "Jurisdiction of Tribunals to Settle Intra-EU Investment Treaty Disputes", 184.

⁴³⁵ Steingruber, *Consent in International Arbitration*, 91.

⁴³⁶ Buna ilişkin olarak yukarıda atıf yaptığımız ICSID hakem heyeti kararlarına bakılabilir. Şu ana kadar hiçbir ICSID tahkimi bu yönde bir yargı yetkisi itirazını ciddiye almamıştır.

⁴³⁷ ARB/12/12, *Vattenfall v Germany*, Decision on the Achmea Issue par. 131; Kryovi, *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, 67.

⁴³⁸ Schreuer, "Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration", 2; Kryovi, *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, 46.

mekanizması sağlamaktadır. Buna göre ICSID tahkimi herhangi bir şekilde yerleşmemiştir, tam aksine uluslararası bir tahkimdir.⁴³⁹ Bu nedenle ve NYC kapsamındaki tahkimle karşılaştırıldığında, *lex arbitri* mahkemenin yargı yetkisi kararında belirleyici bir faktör değildir.⁴⁴⁰ Bu, ICSID tahkimlerinin herhangi bir ulusal hukuk düzeninden bağımsız olduğunu ve uluslararası kamu hukuku bağlamında yer aldığını gösterir.⁴⁴¹ Bu nedenle, tahkimin yapıldığı devletin ulusal hukuk düzeninin bir parçası olması sıfatıyla, AB hukukunun tahkim yargı yetkisinin belirlenmesinde bir önemi kalmamaktadır.⁴⁴²

Bu bağlamda, ICISD yatırım tahkimi davalarına bakan hakem heyetleri, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm maddesinin ve ICSID Sözleşmesi m.25'in, özellikle VCLT'de belirtilen genel uluslararası hukuk prensiplerine uygun olarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁴³ VCLT m.31(1) uyarınca, “*Bir antlaşma, terimlerin bağlamındaki sıradan anlamına ve antlaşmanın amacı ve konusuna uygun olarak iyi niyetle yorumlanmalıdır.*” VCLT m.31(2), antlaşmanın bağlamını belirtir ve VCLT m.31(3), “*bağlamla birlikte dikkate alınması gereken*” yönleri içerir.

Bu yorum standartlarına göre, AB hukukunun uygulanması için yer olmadığı ifade edilmektedir.⁴⁴⁴ EŞA kapsamında ICSID tahkimi bağlamında, *Eskosol v İtalya* hakem heyeti, “*AB Antlaşmaları, diğer tüm uluslararası hukuk alt sistemlerini yerinden eden genel uluslararası hukuk değildir; bunun yerine, çeşitli çok taraflı antlaşmalarla oluşturulan diğer alt sistemlerle yan yana var olurlar*” demektedir.⁴⁴⁵ Hakem heyeti, uluslararası yatırım hukukunu, devletler üzerinde paralel yükümlülükler yaratabilen Avrupa hukuk düzeninden bağımsız bir rejim olarak tasvir eder. Uluslararası yatırım

⁴³⁹ Hege Elisabeth Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay between National and International Law*, First edition, Oxford Monographs in International Law (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013), 44.

⁴⁴⁰ ARB/12/12, *Vattenfall v Germany*, Decision on the Achmea Issue par. 128.

⁴⁴¹ ARB/15/36, *OperaFund v Spain*, Award par. 384.

⁴⁴² ARB/15/20, *Cube v. Spain*, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum (ICSID 19 Şubat 2019) par. 143; ARB/15/15, *9REN v. Spain*, Award (ICSID 31 Mayıs 2019) par. 173; ARB/14/11, *NextEra Energy v. İspanya*, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles de 113 par. 351.

⁴⁴³ ARB/12/12, *Vattenfall v Germany*, Decision on the Achmea Issue de 52 par. 166; ARB/14/24, *Tallinn v. Estonia*, Award (ICSID 21 Haziran 2019) par. 532-533; ARB/15/20, *Cube v. Spain*, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum de 27-28120-123.

⁴⁴⁴ Scheu ve Nikolov, “Jurisdiction of Tribunals to Settle Intra-EU Investment Treaty Disputes”, 184.

⁴⁴⁵ ARB/15/50, *Eskosol v İtalya*, Decision On Italy’s Request For Immediate Termination and Italy’s Jurisdictional Objection Based On Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-EU Disputes de 81 par. 181.

hukukunun, Avrupa hukuk düzeninden bağımsız olarak değerlendirildiğinde devletler için paralel yükümlülükler yaratabileceği öne sürülmektedir. Bu görüş, uluslararası yatırım hukukunun kendi başına ayrı bir alan olduğunu savunur. Ancak, sadece belirli bir hukuk düzenine odaklanmanın, uluslararası hukukun birbirine bağlı ve bütüncül bir sistem olduğunu göz ardı etme riski taşıdığı ifade edilmektedir. Bu yaklaşımın, uluslararası hukukun daha geniş ve bağlantılı bir yapı olarak anlaşılmasını zorlaştırabileceği belirtilmektedir.⁴⁴⁶

Cube v İspanya davasında hakem heyeti bu konu hakkında şu ifadelere yer vermektedir:

AB hukukunun uluslararası hukukun bir parçası olduğunu, ancak diğer, AB dışı uluslararası hukuk bileşenlerine üstün olduğunu söylemek, Heyetin görüşüne göre, AB hukukunu yanlış tanımlamak ve iki farklı hukuk düzenine ait soruları karıştırmaktır. AB antlaşmaları, kuşkusuz, uluslararası hukukta aşına olduğumuz türden uluslararası anlaşmalardır ve taraf Devletler arasında bağlayıcıdır; ancak aynı zamanda özerk bir topluluğun anayasası gibi işlev görürler. AB ikincil mevzuatıyla oluşturulan kurallar, esasen uluslararası hukukun bir parçası olmaktan ziyade uluslararası düzenlemelerdir. Benzer şekilde, AB hukuku, AB hukuk sistemine tabi olan AB üyesi devletlerin ulusal hukukları üzerinde üstünlüğe sahiptir. Ancak AB hukuku, birçok bölgesel ve ulusal hukuk sisteminden sadece biridir ve bu farklı hukuk sistemleri arasındaki ilişkileri düzenleyen uluslararası hukuktur. Uluslararası hukuk sistemi içinde, AB hukukunun üstünlüğü yoktur ve AB üyesi olmayan devletlerin yasaları veya EŞA dahil uluslararası hukuk kuralları üzerinde hiyerarşik bir önceliği bulunmamaktadır.⁴⁴⁷

Bu anlamda, *Tallinn v Estonia* hakem heyeti, konunun kamu uluslararası hukuku perspektifinden ele alınması gerektiğini açıklamıştır.⁴⁴⁸ *RREEF v İspanya* hakem heyeti benzer bir pozisyon almış ve “*mümkün olan ölçüde, iki antlaşma, eşit veya eşit olmayan şekilde, uygulanabilirse, birbirleriyle çelişmeyecek şekilde yorumlanmaları gerektiğini*” belirtmiştir.⁴⁴⁹ Bu yaklaşım, uluslararası antlaşmaların uyumlu bir yorumunu benimseyerek normatif çatışmaları önlemeyi amaçlayan VCLT m.31(3)(c)’de yer alan sistemik entegrasyon ilkesine karşılık gelir.⁴⁵⁰ Hakem heyetlerinin esaslara ilişkin kararı bağlamında, bu yaklaşım yüksek pratik öneme

⁴⁴⁶ Scheu ve Nikolov, “Jurisdiction of Tribunals to Settle Intra-EU Investment Treaty Disputes”, 185.

⁴⁴⁷ ARB/15/20, *Cube v. Spain*, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum de 30 par. 130.

⁴⁴⁸ ARB/14/24, *Tallinn v. Estonia*, Award par. 540.

⁴⁴⁹ ARB/13/30, *RREEF v. Spain*, Decision on Jurisdiction (ICSID 06 Haziran 2016) par. 76.

⁴⁵⁰ Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly* 54, sy 2 (Nisan 2005): 318, <https://doi.org/10.1093/iclq/lei001>.

sahiptir çünkü yatırım antlaşmaları, çoğu zaman belirsiz ifade edilmiş koruma standartları içerir ve bu nedenle “*sofistike bir yorum egzersizi*” gerektirir.⁴⁵¹ Hakem heyetleri, metnin açık bir cevap sağlamadığı durumlarda, uluslararası yatırım hukukunun uluslararası hukuk düzeni içinde uyumlu entegrasyonunu sağlamak için dış normları dikkate almanın hayati olduğu VCLT tarafından belirlenen dikkatle kalibre edilmiş yorum ilkeleri hiyerarşisini uygulamak zorundadır.⁴⁵² Buna göre, ABAD *Achmea*'da, bir hakem heyetinin “*Üye Devletler arasındaki uluslararası bir anlaşmadan türeyen*” AB hukukunu dikkate alabileceğini savunmuştur.⁴⁵³

Ancak, hakem heyetleri tarafından yargı yetkisi hakkında karar verilmesi söz konusu olduğunda durum farklıdır. Yukarıda bahsedilen sistemik entegrasyonun faydalarına rağmen, ICSID tahkimine rıza gösterme belgelerini yorumlarken, VCLT m.31(3)(c) kapsamında AB hukukunu “ *taraflar arasındaki ilişkilere uygulanabilir uluslararası hukuk kuralları*”⁴⁵⁴ olarak dikkate almak geçerli bir argüman olarak kabul edilemez. Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizmasını tanzim eden anlaşma maddelerinin kelime dizimi ve teşekkülü nedeniyle söz konusu maddenin yüzeysel manasının iyi niyetli bir yorumundan fazlasına zaten gerek kalmaz.⁴⁵⁵ *Antin v. İspanya* davasında hakem heyeti bu durumu şöyle ifade eder: “*Hakem heyeti, VCLT'nin 31. Maddesi'ne göre, bir antlaşmanın dürüstlükle, terimlerine olağan anlamları verilerek, bağlamında ve amacı doğrultusunda yorumlanması gerektiğini hatırlatır*”⁴⁵⁶.” *MOL v. Hırvatistan* davasında hakem heyeti aynı şekilde şu ifadelere yer vermektedir:

Hakem heyetinin görevi, 10(1) ve 26. Maddeler ile Ek IA'nın doğru yorumuna uygun olarak uygulanmasını sağlamaktır. Bu doğrultuda izlenecek kılavuz, genel kabul gördüğü üzere, Viyana Sözleşmesi'nin 31(1) Maddesi'nde belirtilen, bu hükümlerin bağlamında ve EŞA'nın amacı ve hedefi ışığında dürüstlükle olağan anlamlarını belirlemektir.⁴⁵⁷

⁴⁵¹ Scheu ve Nikolov, “Jurisdiction of Tribunals to Settle Intra-EU Investment Treaty Disputes”, 185.

⁴⁵² Michael Waibel, “International Investment Law and Treaty Interpretation”, içinde *International Investment Law and General International Law*, ed. Rainer Hofmann ve Christian J. Tams (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2011), 33, <https://doi.org/10.5771/9783845231259-29>.

⁴⁵³ C-284/16, *Slovak Republic v Achmea BV* par. 41.

⁴⁵⁴ Komisyon'un amicus curiae görüşünde sunduğu argüman için bkz: ARB/12/12, *Vattenfall v Germany*, Decision on the Achmea Issue par. 151.

⁴⁵⁵ Scheu ve Nikolov, “Jurisdiction of Tribunals to Settle Intra-EU Investment Treaty Disputes”, 186.

⁴⁵⁶ ARB/13/31, *Antin v Spain*, Award (ICSID 15 Haziran 2018) par. 259.

⁴⁵⁷ ARB/13/32, *MOL v Croatia*, Award de 81 par. 449.

Dahası *Infrared* hakem heyeti EŞA m.26(1) hükmünün “olağan anlamının, bağlamında ve EŞA’nın amacı ve hedefi doğrultusunda okunduğunda, bir AB üye devleti ile başka bir AB üye devletinden bir yatırımcı arasındaki uyuşmazlıklarda hakem heyetinin yargı yetkisini engellemediği” görüşündedir.⁴⁵⁸ Tüm bu söylenenlerle uyumlu olarak, *Eskosol* hakem heyeti sözün özünün şu olduğunu ifade eder: “Bir çelişki durumunda, her hukuk düzeni kendi kurallarına bağlı kalır ve kendi yargı kararları için bu kuralları uygular⁴⁵⁹.” Hakem heyeti, ABAD’ın verdiği kararların AB üye devletlerini ve Avrupa kurumlarını bağladığını ve bu nedenle “uluslararası mahkemelere AB hukuk düzenine dayalı argümanlar sunmak” zorunda kaldıklarını ifade etmektedir. Bununla birlikte hakem heyeti, ABAD tarafından AB hukuk düzeni ile varılan sonuçların, kendi “yargı yetkisinin dayandığı hukuk düzeni olan EŞA kapsamında” bir etkisinin olmadığını belirtmektedir: “Bu, EŞA kapsamında toplanan bir uluslararası yatırım tahkim heyetinin, ABAD’ın içtihatlarıyla bağlı olmadığı anlamına gelir; tıpkı ABAD’ın da EŞA tahkim heyetlerinin kararlarıyla bağlı olmadığı gibi⁴⁶⁰.”

Sonuç olarak, yatırım antlaşması tahkimi ile AB hukuku arasındaki uyumsuzluk, bir ICSID tahkim mahkemesinin yargı yetkisi kararı üzerinde olumsuz bir etkiye sahip değildir. ICSID Sözleşmesi m.51 uyarınca iptal işlemleri bağlamında *Achmea* ve *Komstroy* kararlarının etkilerini ileri sürmek bu nedenle muhtemelen başarılı olamayacaktır.⁴⁶¹ Gerçekten de *Antin v. Spain* davasının iptal yargılamasında *ad hoc* komite *Achmea* kararının, “AB kurumları tarafından yapılan AB hukuku yorumlarıyla ilgili” olduğu kanaatine varmaktadır.⁴⁶²

⁴⁵⁸ ARB/14/12, *InfraRed v. İspanya*, Award (ICSID 02 Ağustos 2019) par. 262.

⁴⁵⁹ ARB/15/50, *Eskosol v İtalya*, Decision On Italy’s Request For Immediate Termination and Italy’s Jurisdictional Objection Based On Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-EU Disputes de 84 par. 184.

⁴⁶⁰ A.g.e. par. 184.

⁴⁶¹ ARB/14/11 - Annulment Proceeding, *NextEra Energy v. İspanya*, Decision on Annulment (ICSID 18 Mart 2022); ARB/05/20 - Annulment Proceeding, *Micula v. Romania*, Decision on Annulment (ICSID 26 Şubat 2016); ARB/13/30 - Annulment Proceeding, *RREEF v Spain*, Decision On Annulment Application (ICSID 10 Haziran 2022); ARB/14/11 - Annulment Proceeding, *NextEra Energy v. İspanya*, Decision on Annulment.

⁴⁶² ARB/13/31 - Annulment Proceeding, *Antin v Spain*, Decision On Annulment (ICSID 30 Temmuz 2021) par. 206.

BÖLÜM IV

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

4.1. Tezin Önemli Bulguları ve Bunların Analizi

Bu bölümde, araştırmanın ana bulguları özetlenecek ve bu bulguların hukuki ve ekonomik sonuçları değerlendirilecektir.

4.1.1. Araştırmanın Ana Bulgularının Özeti ve Analizi

4.1.1.1. Komisyon'un Amicus Curiae Müdahaleleri

Komisyon, AB içi yatırım uyuşmazlıklarında 2006 yılında *Eastern Sugar* davasıyla başlayan ve mütemadiyen süregelen bir şekilde amicus curiae müdahalesinde bulunmaktadır. Komisyon'un ICSID yatırım tahkimindeki ilk amicus curiae müdahalesi ise *Electrabel v. Macaristan* davasında gerçekleşmiştir. Bu müdahaleler, Komisyon'un AB içi yatırım uyuşmazlıklarının AB hukuk sistemi içinde çözülmesi gerektiği politikasının bir parçası olarak görülmektedir. Komisyon, AB üye devletlerin kendi aralarında imzaladıkları yatırım anlaşmalarındaki yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm hükümlerinin geçersiz olduğunu savunmakta ve bu nedenle ICSID yatırım tahkiminde hakem heyetlerinin yargı yetkisinin olmadığını iddia etmektedir. Alternatif olarak, yargı yetkisi itirazı reddedilse bile, uyuşmazlığın esasına AB hukukunun uygulanmasını talep etmektedir. Müdahil olduğu davaların çoğunda yatırımcı tarafından ihlal edildiği iddia edilen uluslararası antlaşma EŞA'dır. Komisyon, EŞA kapsamında AB üyesi devletler tarafından ihlal yapılmadığını, ancak AB hukuku gereği devlet desteği rejimine uyum sağlandığını belirtmektedir. Esasa uygulanacak AB hukuku gereği AB'nin devlet desteği hukuku uygulanmalı ve Komisyon tarafından verilen devlet desteğine son verilmesine dair kararlar AB hukukunun bir parçası sayılmalıdır. Bu bağlamda Komisyon'un müdahaleleri, AB içi yatırım

uyuşmazlıklarının çözümünde AB hukukunun üstünlüğünü sağlama amacını taşımaktadır.

4.1.1.2. Komisyon Müdahalelerinin Yargı Yetkisi Üzerindeki Etkileri

Komisyon'un amicus curiae müdahalelerinin ICSID yatırım tahkiminde hakem heyetlerinin yargı yetkisi üzerindeki etkileri incelenmiştir. Komisyon, müdahil olduğu davalarda ICSID hakem heyetlerinin yargı yetkisine itiraz etmekte, ancak bu itirazlar tamamiyle hakem heyetleri tarafından reddedilmektedir. Bununla beraber, Komisyon'un yargı yetkisi itirazları dikkate alınmamakla birlikte, uyuşmazlığın esasına AB hukukunun uygulanması talepleri bazı durumlarda kabul edilmektedir. Bu durum, ICSID tahkimi hakem heyetlerinin uluslararası hukuku ve AB hukukunu nasıl yorumladığına dair önemli bir gösterge sunmaktadır. Özellikle *Electrabel* davasında, hakem heyeti Komisyon'un yargı yetkisi itirazını reddetmiş, ancak AB devlet desteği hukuku ve EŞA hükümleri üzerinde geniş bir değerlendirme yapmış ve Komisyon pozisyonunu benimsemiştir. Bu davalar, Komisyon'un AB hukukunu uluslararası tahkimde savunma stratejisinin etkilerini göstermektedir.

4.1.1.3. ABAD Kararlarının ve AB Hukukunun Yatırım Tahkimine Etkisi

Achmea ve *Komstroy* kararları, AB içi yatırım anlaşmalarının geçersizliği ve yatırım tahkim mahkemelerinin yargı yetkisi konularında kritik öneme sahiptir. Bu kararlar, AB içi BIT'lerin feshedilmesine yönelik Deklarasyon ve Fesih Antlaşması ile sonuçlanmıştır. Bu kararlar, AB içi BIT'lerin ve AB hukukunun yatırım tahkim süreçlerine entegrasyonunu etkilemiştir. *Achmea* kararı, AB içi yatırım anlaşmalarının AB hukuk sistemine aykırı olduğunu belirterek, bu tür anlaşmaların AB üyesi devletler arasında yatırım tahkimine izin vermeyeceğini vurgulamıştır. *Komstroy* kararı ise, ABAD'ın EŞA'nın AB içi yatırım anlaşmazlıklarında uygulanamayacağını belirterek, AB hukukunun uluslararası yatırım tahkimine etkisini pekiştirmiştir. Bu kararlar, AB içi yatırım tahkimi süreçlerinde AB hukukunun üstünlüğünü ve Komisyon'un müdahalelerinin uzun vadeli etkilerini göstermektedir.

4.1.1.4. Komisyon'un Amicus Curiae Müdahalelerinin Pratik Sonuçları

Komisyon'un amicus curiae müdahaleleri, ICSID tahkiminde ve diğer uluslararası tahkim mekanizmalarında farklı sonuçlar doğurmuştur. Örneğin, SCC tahkiminde görülen *Green Power v. İspanya* davasında, hakem heyeti Komisyon'un yargı yetkisi itirazını kabul etmiş ve uyuşmazlık AB hukukuna göre çözülmüştür. Bu durum, Komisyon'un müdahalelerinin sadece ICSID tahkiminde değil, diğer uluslararası tahkim mekanizmalarında da etkili olabileceğini göstermektedir. Ayrıca, *Electrabel* davası, AB hukukunun uluslararası yatırım tahkiminde nasıl uygulanabileceğine dair önemli bir örnek sunmaktadır. Komisyon'un müdahaleleri, AB üyesi devletlerin yatırım tahkimine ilişkin politikalarını ve uluslararası yatırımcıların AB içi tahkim süreçlerine bakışını etkilemektedir.

4.1.2. Bulguların Hukuki ve Ekonomik Sonuçları

4.1.2.1. Hukuki Sonuçlar

Komisyon'un amicus curiae müdahaleleri ve ABAD'ın kararları, AB içi yatırım tahkim süreçlerinde hukuki belirsizliklere yol açmaktadır. Bu müdahaleler ve kararlar, AB üyesi devletler arasında imzalanan yatırım anlaşmalarının geçerliliğini sorgulamakta ve uluslararası yatırımcıların hakem heyetlerine başvurmasını zorlaştırmaktadır. Ayrıca, AB hukukunun uluslararası tahkim süreçlerinde uygulanması, AB üyesi devletler ve uluslararası yatırımcılar arasında hukuki ihtilaflara neden olmaktadır. Bu durum, AB içi yatırım tahkim süreçlerinin etkinliğini ve tarafsızlığını zedeleyebilir.

4.1.2.2. Ekonomik Sonuçlar

Komisyon'un müdahaleleri ve ABAD'ın kararları, AB üyesi devletler arasındaki yatırım akışlarını ve uluslararası yatırımcıların AB içi yatırım kararlarını etkilemektedir. AB içi yatırım tahkim süreçlerindeki belirsizlikler, yatırımcıların AB üyesi devletlere yatırım yapma konusundaki güvenini sarsabilir ve bu durum, AB içi ekonomik entegrasyonu olumsuz yönde etkileyebilir. Ayrıca, AB hukukunun uluslararası yatırım tahkim süreçlerinde uygulanması, yatırımcıların haklarını koruma

konusunda ek maliyetler ve riskler doğurabilir. Bu durum, uluslararası yatırımcıların AB üyesi devletlere yönelik yatırım kararlarını yeniden değerlendirmesine neden olabilir.

4.2. Değerlendirme ve Analiz

4.2.1. Bulguların Değerlendirilmesi ve Analizi

Bu bölümde, araştırmanın ana bulguları daha detaylı bir şekilde değerlendirilecek ve analiz edilecektir.

4.2.1.1. Komisyon Stratejisi ve AB Hukukunun Üstünlüğü

Komisyon'un *amicus curiae* müdahaleleri, AB hukukunun uluslararası yatırım tahkiminde üstünlüğünü sağlama stratejisinin bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Bu müdahaleler, AB içi yatırım uyuşmazlıklarının AB hukuk sistemi içinde çözülmesi gerektiği politikasını desteklemektedir. Komisyon'un müdahaleleri, AB hukukunun uluslararası tahkim süreçlerinde uygulanmasını sağlamayı ve AB içi yatırım tahkimine ilişkin hukuki belirsizlikleri gidermeyi amaçlamaktadır. Ancak, bu strateji, uluslararası yatırımcılar ve AB üyesi devletler arasında hukuki ihtilaflara ve yatırım akışlarında belirsizliklere yol açabilir.

4.2.1.2. Hakem Heyetlerinin AB Hukukuna Yaklaşımı

Hakem heyetlerinin AB hukukuna yaklaşımı, Komisyon'un *amicus curiae* müdahalelerinin etkisini belirleyen önemli bir faktördür. Hakem heyetleri, genellikle Komisyon'un yargı yetkisi itirazlarını reddetmekte, ancak uyuşmazlığın esasına AB hukukunun uygulanması taleplerini dikkate almaktadır. Bu durum, hakem heyetlerinin uluslararası hukuku ve AB hukukunu nasıl yorumladığına dair önemli bir gösterge sunmaktadır. Hakem heyetlerinin bu yaklaşımı, uluslararası yatırım tahkiminde AB hukukunun uygulanabilirliğini ve Komisyon'un müdahalelerinin etkisini belirlemektedir.

4.2.1.3. ABAD Kararlarının Yatırım Tahkimine Etkisi

Achmea ve *Komstroy* kararları, AB içi yatırım tahkim süreçlerinde önemli değişikliklere yol açmıştır. Bu kararlar, AB içi BIT'lerin geçersizliği ve yatırım tahkim mahkemelerinin yargı yetkisi konularında kritik öneme sahiptir. ABAD'ın bu kararları, AB içi yatırım tahkim süreçlerinin AB hukukuna uygun olarak yürütülmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Ancak, bu kararlar, uluslararası yatırımcılar ve AB üyesi devletler arasında hukuki ihtilaflara ve yatırım akışlarında belirsizliklere yol açabilir.

4.2.2. Araştırmanın Öneminin ve Etkisinin Değerlendirilmesi

4.2.2.1. Araştırmanın Önemi

Bu tez, Komisyon'un *amicus curiae* müdahalelerinin ICSID yatırım tahkiminde ve AB içi yatırım uyuşmazlıklarında oynadığı rolü ve etkilerini incelemektedir. Araştırma, AB hukukunun uluslararası yatırım tahkimine entegrasyonunu ve AB içi yatırım tahkim süreçlerinin hukuki ve ekonomik sonuçlarını değerlendirmektedir. Bu bağlamda, tez, AB içi yatırım tahkim süreçlerinin daha iyi anlaşılmasına ve bu süreçlerdeki hukuki belirsizliklerin giderilmesine katkı sağlamaktadır.

4.2.2.2. Araştırmanın Etkisi

Bu araştırma, uluslararası yatırımcılar, hukukçular ve politika yapıcılar için önemli bilgiler sunmaktadır. Komisyon'un *amicus curiae* müdahaleleri ve ABAD'ın kararlarının uluslararası yatırım tahkimine etkilerini anlamak, yatırım kararlarının ve hukuki stratejilerin belirlenmesinde önemli bir rol oynayabilir. Ayrıca, araştırma, AB içi yatırım tahkim süreçlerinde hukuki belirsizliklerin giderilmesine ve AB hukukunun uluslararası tahkimde uygulanabilirliğinin artırılmasına katkı sağlayabilir. Bu durum, AB içi yatırım ortamının daha istikrarlı ve öngörülebilir olmasını sağlayabilir.

4.2.2.3. Geleceğe Yönelik Öneriler

Araştırmanın bulguları, gelecekteki politika yapıcılar ve hukukçular için önemli öneriler sunmaktadır. Öncelikle, AB içi yatırım tahkim süreçlerinde hukuki

belirsizliklerin giderilmesi ve AB hukukunun üstünlüğünün sağlanması için daha açık ve net yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Ayrıca, uluslararası yatırımcıların haklarını koruma konusunda AB hukukunun uygulanabilirliğinin artırılması için daha etkili mekanizmalar geliştirilmelidir. Bu durum, AB içi yatırım ortamının daha istikrarlı ve öngörülebilir olmasını sağlayarak, uluslararası yatırımcıların AB üyesi devletlere yatırım yapma konusundaki güvenini artırabilir.

Sonuç olarak, Komisyon'un *amicus curiae* müdahaleleri, AB içi yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde önemli bir rol oynamaktadır. Bu müdahaleler, AB hukukunun uluslararası yatırım tahkimine entegrasyonunu sağlamayı ve AB içi yatırım tahkim süreçlerinde hukuki belirsizlikleri gidermeyi amaçlamaktadır. Ancak, bu müdahaleler ve ABAD'ın kararları, uluslararası yatırımcılar ve AB üyesi devletler arasında hukuki ihtilaflara ve yatırım akışlarında belirsizliklere yol açabilir. Bu bağlamda, AB içi yatırım tahkim süreçlerinde hukuki belirsizliklerin giderilmesi ve AB hukukunun uygulanabilirliğinin artırılması için daha açık ve net yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Bu durum, AB içi yatırım ortamının daha istikrarlı ve öngörülebilir olmasını sağlayarak, uluslararası yatırımcıların AB üyesi devletlere yatırım yapma konusundaki güvenini artırabilir.

REFERANSLAR

Abbott, Roderick, Fredrik Erixon, ve Martina Francesca Ferracane. “Demystifying Investor-State Dispute Settlement (ISDS)”. No. 5/2014. ECIPE Occasional Paper. Brussels: European Centre for International Political Economy (ECIPE), 2014. <http://hdl.handle.net/10419/174728>.

ADHOC/15/1. *Strabag v. Poland*, Partial Award on Jurisdiction (ICSID 04 Mart 2020).

Afonso, Filipe Galvão Teles Sanches. “The European Commission as Amicus Curiae of Arbitral Tribunals: Is It a Legitimate Relationship”. *Spain Arbitration Review | Revista Del Club Español Del Arbitraje* 2019, sy 34 (2019): 113-28.

“Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union”, 05 Mayıs 2020. http://data.europa.eu/eli/agree_eums/2020/529/oj.

Akdemir Altunbaşak, Tuğçe. “Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 8 Aralık 2016 Tarihli Sera Gazı Emisyon Azaltım Kredilerinin (Karbon Kredilerinin) Niteliği Üzerine Kararı”. *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi* 7, sy 22 (Haziran 2017): 109-17.

“Amici Curiae”. *Harvard Law Review* 34, sy 7 (Mayıs 1921): 773-76. <https://doi.org/10.2307/1329231>.

ARB/05/20. *Micula v. Romania*, Award (ICSID 11 Aralık 2013).

———. *Micula v. Romania*, Decision on Jurisdiction and Admissibility (ICSID 24 Eylül 2008).

ARB/05/20 - Annulment Proceeding. *Micula v. Romania*, Decision on Annulment (ICSID 26 Şubat 2016).

ARB/07/19. *Electrabel S.A. v. Hungary*, Award (ICSID 25 Kasım 2015).

———. *Electrabel S.A. v. Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability (ICSID 30 Kasım 2012).

ARB/07/22. *AES v Hungary*, Award (ICSID 23 Eylül 2010).

ARB/12/12. *Vattenfall v Germany*, Decision on the Achmea Issue (ICSID 31 Ağustos 2018).

ARB/13/30. *RREEF v. Spain*, Decision on Jurisdiction (ICSID 06 Haziran 2016).

ARB/13/30 - Annulment Proceeding. *RREEF v Spain*, Decision On Annulment Application (ICSID 10 Haziran 2022).

ARB/13/31. *Antin v Spain*, Award (ICSID 15 Haziran 2018).

ARB/13/31 - Annulment Proceeding. *Antin v Spain*, Decision On Annulment (ICSID 30 Temmuz 2021).

ARB/13/32. *MOL v Croatia*, Award (ICSID 05 Temmuz 2022).

ARB/13/36. *Eiser v. Spain*, Award (ICSID 04 Mayıs 2017).

ARB/13/36 - Annulment Proceeding. *Eiser v. Spain*, Decision On The Kingdom of Spain's Application For Annulment (ICSID 11 Haziran 2020).

ARB/14/1. *Masdar Solar v. Spain*, Award (ICSID 16 Mayıs 2018).

ARB/14/3. *Blusun S.A. v. Italy*, Award (ICSID 27 Aralık 2016).

ARB/14/11. *NextEra Energy v. İspanya*, Award (ICSID 31 Mayıs 2019).

———. *NextEra Energy v. İspanya*, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles (ICSID 12 Mart 2019).

ARB/14/11 - Annulment Proceeding. *NextEra Energy v. İspanya*, Decision on Annulment (ICSID 18 Mart 2022).

ARB/14/12. *InfraRed v. İspanya*, Award (ICSID 02 Ağustos 2019).

ARB/14/18. *Renergy v Spain*, Award (ICSID 06 Mayıs 2022).

ARB/14/24. *Tallinn v. Estonia*, Award (ICSID 21 Haziran 2019).

ARB/14/34. *RWE v. İspanya*, Award (ICSID 18 Aralık 2020).

———. *RWE v. İspanya*, Decision on Jurisdiction, Liability and Issues of Quantum (ICSID 30 Aralık 2019).

ARB/15/1. *Stadtwerke v. İspanya*, Award (ICSID 02 Aralık 2019).

ARB/15/15. *9REN v. Spain*, Award (ICSID 31 Mayıs 2019).

ARB/15/16. *BayWa v. İspanya*, Award (ICSID 25 Ocak 2021).

ARB/15/20. *Cube v. Spain*, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum (ICSID 19 Şubat 2019).

ARB/15/34. *Cavalum v İspanya*, Decision on the Kingdom of Spain's Request For Reconsideration (ICSID 10 Ocak 2022).

———. *Cavalum v İspanya*, Procedural Order No. 6 (ICSID 07 Eylül 2022).

ARB/15/36. *OperaFund v Spain*, Award (ICSID 06 Eylül 2019).

ARB/15/40. *Belenergia v. İspanya*, Award (ICSID 06 Ağustos 2019).

ARB/15/50. *Eskosol v İtalya*, Award (ICSID 04 Eylül 2020).

———. *Eskosol v İtalya*, Decision On Italy’s Request For Immediate Termination and Italy’s Jurisdictional Objection Based On Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-EU Disputes (ICSID 07 Mayıs 2019).

ARB/16/5. *ESPF v İtalya*, Award (ICSID 14 Eylül 2020).

ARB/17/47. *AS Norvik v. Latvia*, Decision on the European Commission’s Application pursuant to Rule 37(2) (ICSID 30 Ekim 2018).

———. *AS PNB Banka v. Latvia*, Decision on the Intra-EU Objection (ICSID 14 Mayıs 2021).

ARB/20/6. *Adria v Croatia*, Decision on Intra-EU Jurisdictional Objection (ICSID 31 Ekim 2023).

ARB/20/39. *Encavis v Italy*, Award (ICSID 11 Mart 2024).

Ataman-Figanmeşe, İnci. “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 31, sy 1 (10 Ocak 2012): 91-152.

Avcioğlu Aksoy, Ezgi. “Avrupa Birliği Hukukunda Devlet Yardımlarının Denetim Usulü”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, sy 1 (30 Mayıs 2022): 347-85. <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1092568>.

Avrupa Komisyonu. “Commission Provides Guidance on Protection of Cross-Border EU Investments – Questions and Answers”. Fact Sheet. Brüksel: Avrupa Komisyonu, 19 Temmuz 2018. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_18_4529.

———. “Communication from the Commission to the European Parliament and the Council; Protection of Intra-EU Investment”. Tebliğ. Brüksel: Avrupa Komisyonu, 19 Temmuz 2018. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0547>.

———. “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions; Action Plan on Building a Capital Markets Union”. Tebliğ. Brüksel: Avrupa Komisyonu, 30 Eylül 2015. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0468>.

Baltag, Crina. “The Role of *Amici Curiae* in Light of Recent Developments in Investment Treaty Arbitration: Legitimizing the System?” *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 35, sy 2 (28 Nisan 2021): 279-310. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siaa021>.

Banifatemi, Yas. “19. The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration”. İçinde *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key*

Issues, editör Katia Yannaca-Small, 2., 485-500. Oxford University Press, 2018.

Banner, Stuart. "The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and Their Friends, 1790-1890". *Constitutional Commentary* 20, sy 1050 (2003): 111-30. <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/1050>.

Barry, Matthew. "The Role of the Seat in International Arbitration: Theory, Practice, and Implications for Australian Courts". *Journal of International Arbitration*, Sydney Law School Research Paper Series No. 15/19, 32, sy 3 (12 Mart 2015): 289-323. <http://ssrn.com/abstract=2577623>.

Bastin, Lucas. "Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends". *Arbitration International* 30, sy 1 (01 Mart 2014): 125-44. <https://doi.org/10.1093/arbitration/30.1.125>.

Beaton, Benjamin, Stephen P. Anway, Mark Stadnyk, ve Squire Patton Boggs (US) LLP. "Final Brief for Amicus Curiae the European Commission in Support of Reversal", 23 Mart 2020.

Berger, Adolf. "Encyclopedic Dictionary of Roman Law". *Transactions of the American Philosophical Society*, New Series, 43, sy 2 (Eylül 1953): 333-809. https://www.jstor.org/stable/1005773?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents.

Berger, Lee F., Joseph R. Profaizer, Igor V. Timofeyev, ve Paul Hastings LLP. "Brief for Amicus Curiae the Commission of the European Union in Support of Defendant-Appellant", 04 Şubat 2016.

Bird, Robert C. "Enforcement of Annulled Arbitration Awards: A Company Perspective and an Evaluation of a New York Convention". *North Carolina Journal of International Law* 37, sy 4 (2012): 1013-58. <https://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol37/iss4/1>.

Blackaby, Nigel, ve Caroline Richard. "Part III Chapter 10: Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?" İçinde *The Backlash against Investment Arbitration*, editör Asha Kaushal, Michael Waibel, Liz Chung, ve Claire Solk-Balchin, 253-74. Kluwer Law International, 2010.

Bolayır, Nur. "Fransız Hukuku'nda Amicus Curiae (Mahkeme Dostu) Kurumu". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2021, sy 1 (Haziran 2021): 803-33.

Born, Gary. "The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective". *Singapore Academy of Law Journal* 26 (2014): 814-48.

Born, Gary, ve Stephanie Forrest. "Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration". *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 34, sy 3 (01 Ekim 2019): 626-65. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siz020>.

- Bray, Devin, ve Surya Kapoor. "Agreement on the Termination of Intra-EU BITs: Sunset in Stone?" *Kluwer Arbitration Blog* (blog), 04 Kasım 2020. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/04/agreement-on-the-termination-of-intra-eu-bits-sunset-in-stone/>.
- C-3/91. *Exportur v LOR* (Avrupa Birliği Adalet Divanı 10 Kasım 1992).
- C-235/87. *Matteucci v Communauté française de Belgique* (Avrupa Birliği Adalet Divanı 27 Eylül 1988).
- C-284/16. *Slovak Republic v Achmea BV* (Avrupa Birliği Adalet Divanı 06 Mart 2018).
- C-478/07. *Budějovický Budvar National Corporation v Rudolf Ammersin GmbH*, (Avrupa Birliği Adalet Divanı 08 Eylül 2009).
- C-546/07. *Commission v Germany* (Avrupa Birliği Adalet Divanı 21 Ocak 2010).
- C-741/19. *Republic of Moldova v Komstroy LLC* (Avrupa Birliği Adalet Divanı 02 Eylül 2021).
- Caldeira, Gregory A., ve John R. Wright. "Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much?" *The Journal of Politics* 52, sy 3 (Ağustos 1990): 782-806. <https://doi.org/10.2307/2131827>.
- Charlotin, Damien, ve Luke Eric Peterson. "Breaking: Eu Member States Announce Scheme To Terminate All Intra-Eu Bits And Warn Investor Community To Not Initiate New Claims – But Views Differ With Respect To Whether Achmea Decision Applies To Energy Charter Treaty". *IAReporter - Investment Arbitration Reporter*, 17 Ocak 2019. <https://www-iareporter-com.offcampus.ihu.edu.tr/articles/breaking-eu-member-state-announce-scheme-to-terminate-all-intra-eu-bits-and-warn-investor-community-to-not-initiate-new-claims-but-views-differ-with-respect-to-whether-achmea-decision-applies-to-en/>.
- Choudhury, Barnali. "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?" *Nal of Transnational Law Vanderbilt Journal of Transnational Law* 41, sy 3 (Mayıs 2008): 775-832. <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vjtl/vol41/iss3/3>.
- Coe, Jack J. "Transparency in the Resolution of Investor-State Disputes - Adoption, Adaption, and NAFTA Leadership". *Kansas Law Review* 54 (2006): 1339-85. <https://ssrn.com/abstract=1288765>.
- Colin, Nathalie, Carsten Wendler, Alexandra van der Meulen, ve Gregorio Pettazzi. "Green Power v Spain: the first decision to ever uphold the intra-EU objection. Is this a turning point for ECT arbitrations?" *Freshfields Bruckhaus Deringer*, 28 Haziran 2022. <https://riskandcompliance.freshfields.com/post/102hrqe/green-power-v-spain-the-first-decision-to-ever-uphold-the-intra-eu-objection-is>.

Collins, Paul M., Pamela C. Corley, ve Jesse Hamner. “The Influence of Amicus Curiae Briefs on U.S. Supreme Court Opinion Content”. *Law & Society Review* 49, sy 4 (Aralık 2015): 917-44. <https://doi.org/10.1111/lasr.12166>.

Crema, Luigi. “Tracking the Origins and Testing the Fairness of the Instruments of Fairness: Amici Curiae in International Litigation”, Jean Monnet Working Paper 09/12, 2012. <https://jeanmonnetprogram.org/papers/paper-serie/2012/>.

De Palma, Anthony. “Nafta’s Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say”. *The New York Times*, 11 Mart 2001. <https://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html>.

Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae (UPS v. Canada 17 Ekim 2001).

Decision of the Tribunal on Petitions from Third Parties to Intervene as Amicus Curiae (Methanex v. USA 15 Ocak 2001).

“Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union”, 15 Ocak 2019. https://finance.ec.europa.eu/publications/declaration-member-states-15-january-2019-legal-consequences-achmea-judgment-and-investment_en.

Douglas, Z. “The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration”. *ICSID Review* 29, sy 1 (01 Şubat 2014): 155-86. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/sit040>.

Dumberry, Patrick. “The Admissibility of Amicus Briefs by NGOs in Investor-States Arbitration: The Precedent Set by the Methanex Case in the Context of NAFTA Chapter 11 Proceedings”. *Non-State Actors and International Law* 1, sy 3 (2001): 201-14.

Economic and Financial Committee. “Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments”. İnceleme. Brüksel: Avrupa Birliği, 15 Kasım 2006. <https://www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vi7jgt4vgwwr>.

Editorial. “The Secret Trade Courts”. *The New York Times*, 27 Eylül 2004, blm. Opinion. <https://www.nytimes.com/2004/09/27/opinion/the-secret-trade-courts.html>.

Ennis, Bruce J. “Effective Amicus Briefs”. *Catholic University Law Review* 33, sy 3 (1984): 603-9. <https://scholarship.law.edu/lawreview/vol33/iss3/6>.

Epstein, Lee. “A Comparative Analysis of the Evolution, Rules, and Usage of Amicus Curiae Briefs in the US Supreme Court and in State Courts of Last Resort”. Little Rock, Arkansas: Southwest Political Science Association, 1989.

Eskiyörük, Serhat. *Ulaslararası Tahkim Sözlüğü*. 1. Baskı. Legal Hukuk Kitapları Serisi 741. İstanbul: Legal Yayıncılık A.Ş., 2024.

- European Commission. “Single Market: Commission Welcomes Member States’ Commitments to Terminate All Bilateral Investment Treaties within the EU”, 17 Ocak 2019. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_19_483.
- European Parliament, Directorate-General for External Policies of the Union, Christian Tietje, Grit Töpfer, ve Emily Sipiorski. *Responsibility in Investor-State-Arbitration in the EU: Managing Financial Responsibility Linked to Investor-State Dispute Settlement Tribunals Established by EU’s International Investment Agreements*. Luxembourg: Publications Office, 2012. <https://data.europa.eu/doi/10.2861/94695>.
- Fahner, Johannes Hendrik. “Compensation or Competitive Advantage? Reconciling Investment Arbitration with EU State Aid Law”. Editör Meg Kinnear ve Campbell McLachlan. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 37, sy 3 (2022): 672-86.
- Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, John Savage, ve Philippe Fouchard. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague ; Boston: Kluwer Law International, 1999.
- Frank, M. Covey Jr. “Amicus Curiae: Friend of the Court”. *DePaul Law Review* 9, sy 1 (1959): 30-37. <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol9/iss1/5>.
- Fuchs, Arne, ve Katrine Tvede. “Chapter 3: The New Generation of Investment Treaties of the European Union: Long Overdue Reform or Another Brick in the Wall?” İçinde *The Future of Investor-State Dispute Settlement: Reforming Law, Practice and Perspectives for a Fast-Changing World*, editör Ben Beaumont, Fahira Brodlija, Robert Ashdown, ve Armand Terrien, 21-50. Kluwer Law International, 2024.
- Gáspár-Szilágyi, Szilárd, ve Maxim Usynin. “The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice’s Achmea Judgment”. *European Investment Law and Arbitration Review Online* 4, sy 1 (16 Aralık 2019): 29-65. https://doi.org/10.1163/24689017_00401003.
- Gündüzler, Ulaş. “Avrupa Birliği’nde Devlet Yardımlarının Denetimi”. *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 14, sy 1 (2015): 87-121. https://doi.org/10.1501/Avraras_0000000217.
- Gürçan, Deniz. “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Amicus Curiae İncelemesi”. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.
- Harlow, Carol. “Public Law and Popular Justice”. *The Modern Law Review* 65, sy 1 (Ocak 2002): 1-18. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.00363>.
- Harrington, John. “Amici Curiae in the Federal Courts of Appeals: How Friendly Are They”. *Case Western Reserve Law Review* 55, sy 3 (2005): 667-700. <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol55/iss3/15>.

- Hess, Burkhard. “The Fate of Investment Dispute Resolution After The Achmea Decision of the European Court of Justice”. *Revista Eletrônica de Direito Processual* 19, sy 3 (2018): 114-37.
- Hober, Kaj. “Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty”. *Journal of International Dispute Settlement* 1, sy 1 (01 Şubat 2010): 153-90. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idp003>.
- ICSID. “AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Eröümü Kft. v. Hungary (ICSID Case No. ARB/07/22)”. Erişim 28 Şubat 2024. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/07/22>.
- ICSID. “Case Details: Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/1)”. Erişim 22 Nisan 2024. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/14/1>.
- ICSID. “Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/34)”. Erişim 29 Şubat 2024. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/15/34>.
- ICSID. “Database of ICSID Member States”. Erişim 09 Mayıs 2024. <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>.
- ICSID. “Electrabel S.A. v. Hungary (ICSID Case No. ARB/07/19)”. Erişim 28 Şubat 2024. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/07/19>.
- ICSID Convention (2022).
- ICSID Sekreteryası. Discussion Paper. “Possible Improvements of the Framework for Investor-State Arbitration”. Discussion Paper, 22 Ekim 2004. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>.
- . Background Paper. “Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations”. Background Paper, 12 Mayıs 2005. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf>.
- ITALAW. “Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/34”. Erişim 29 Şubat 2024. <https://www.italaw.com/cases/8480>.
- Johnson, Lise, ve Niranjali Amerasinghe. “Protecting the Public Interest in International Dispute Settlement: The Amicus Curiae Phenomenon”. Editör Nathalie Bernasconi-Osterwalder ve Marcos Orellana. Center for International Environmental Law, 2009. www.ciel.org.
- Justia. “Stages of a Supreme Court Case”. Erişim 08 Şubat 2024. <https://supreme.justia.com/stages-of-supreme-court-case/>.

- Karacan, Pınar. “Avrupa Birliğinde ‘Achmea’ Kararı ve ‘1/17 Sayılı Görüş’ Işığında ‘Yatırımcı-Devlet’ Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının Geleceği”. *Public and Private International Law Bulletin* 40, sy 2 (2020): 1507-34.
- Kawharu, Amokura. “Part III Chapter 11: Participation of Non-Governmental Organizations in Investment Arbitration as Amici Curiae”. İçinde *The Backlash against Investment Arbitration*, editör Asha Kaushal, Michael Waibel, Liz Chung, ve Claire Solk-Balchin, 275-96. Kluwer Law International, 2010.
- Kearney, Joseph D., ve Thomas W Merrill. “Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court”. *University of Pennsylvania Law Review* 148, sy 3 (2000): 743-855. <https://doi.org/10.2307/3312826>.
- Kjos, Hege Elisabeth. *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay between National and International Law*. First edition. Oxford Monographs in International Law. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013.
- Kochevar, Steven. “Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions”. *The Yale Law Journal* 122, sy 7 (Mayıs 2013): 1653-69.
- Krislov, Samuel. “The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy”. *The Yale Law Journal* 72, sy 4 (Mart 1963): 694. <https://doi.org/10.2307/794698>.
- Kryovi, Yarik. *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*. 4th bs. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2020.
- Leventhal, Alexander G., ve Akshay Shreedhar. “The European Commission: Ami Fidèle or Faux Ami? Exploring the Commission’s Role as Amicus Curiae in ICSID Proceedings”. *European Investment Law and Arbitration Review Online* 5, sy 1 (11 Aralık 2020): 70-91. https://doi.org/10.1163/24689017_004.
- Levine, Eugenia. “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation”. *Berkeley Journal of International Law* 29, sy 1 (2011): 200-224.
- Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll, ve Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague [u.a]: Kluwer Law International, 2003.
- Lowman, Michael K. “The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave?” *American University Law Review* 41, sy 4 (Ağustos 1992): 1243-99.
- Marigo, Noiana, Maria Julia Milesi, Ezequiel H Vetulli, ve Fabricio Fortese. “Chapter 22: Jurisdiction and Admissibility Questions in Investment Arbitration: The Argentine Experience”. İçinde *Arbitration in Argentina*, 479-510. Kluwer Law International, 2020.

- Martenczuk, Bernd, Frank Hoffmeister, ve Petr Ondrusek. “In the Arbitration ICSID Case No. ARB/07/19 Electrabel S.A. v. Republic of Hungary: Written Submission Pursuant to Art. 37(2) of the ICSID Arbitration Rules”. *Amicus Curiae Görüşü*. Brüksel: Avrupa Komisyonu Hukuk Hizmetleri, 12 Haziran 2009.
- Mclachlan, Campbell. “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention”. *International and Comparative Law Quarterly* 54, sy 2 (Nisan 2005): 279-320. <https://doi.org/10.1093/iclq/lei001>.
- Mohan, S. Chandra. “The Amicus Curiae: Friends No More?” *Singapore Journal of Legal Studies*, Aralık 2010, 352-74.
- Montoro, Fernando Irurzun, Diego Santacruz Descartin, ve Fco. Javier Torres Gella. “Counter-Memorial on the Merits and Memorial on Jurisdiction”. Government Attorney’s Office, Spain, 16 Eylül 2015.
- . “Respondent’s Rejoinder on the Merits and Reply on Jurisdiction”. Government Attorney’s Office, Spain, 10 Haziran 2016.
- Mourre, Alexis. “Are Amici Curiae the Proper Response to the Public’s Concerns on Transparency in Investment Arbitration?” *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 5, sy 2 (2006): 257-71. <https://doi.org/10.1163/157180306778150614>.
- Noe, Steven, Petra Nemeckova, ve Tim Maxian Rusche. “Amicus Curiae Submission in ICSID Case No. ARB/13/36 - Annulment Proceeding”. *Amicus Curiae Görüşü*. Brüksel: Avrupa Komisyonu Hukuk Hizmetleri, 12 Kasım 2018.
- Opinion 2/13 of The Court (Full Court), No. ECLI:EU:C:2014:2454 (Avrupa Birliği Adalet Divanı 18 Aralık 2014).
- “Opinion of Advocate General Wathelet, Case C-284/16”, 19 Eylül 2017.
- Paleviciene, Solveiga. “Developments and challenges in investment treaty cases concerning intra-EU BITs”. İçinde *10 gadi Eiropas Savienībā–sasniegumi, problēmas un nākotnes ieceres: XV starptautiskā zinātniskā konference: Biznesa augstskolas Turība konferenču rakstu krājums= 10 Years in the European Union–achievements, problems and expectations: XV international scientific conference: proceedings of the conference of Turība University: Rīga 2014. gada 29. maijs. Rīga: Biznesa augstskolas Turība, 2014.*, 418-28, 2014.
- Paschalidis, Paschalis. “Chapter 14: Challenges under EU Law to the Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention”. İçinde *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, kitap editörü Katia Fach Gómez ve Ana Mercedes López Rodríguez, 219-36. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2019.
- PCA Case No. 2008-13. *Eureko BV v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension (26 Ekim 2010).

- . *Eureko BV v. The Slovak Republic*, Final Award (07 Aralık 2012).
- Razzaque, Jona. “Changing Role of Friends of the Court in the International Courts and Tribunals”. *Non-State Actors and International Law* 1, sy 3 (2001): 169-200. <https://doi.org/10.1163/15718070121003527>.
- Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3) 1 A.C. 147 (2000).
- Reinisch, August, ve Christina Knahr. “Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise”. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 6, sy 1 (2007): 97-118. <https://doi.org/10.1163/156918507X193131>.
- SCC No. 088/2004. *Eastern Sugar v. The Czech Republic*, Partial Award (27 Mart 2007).
- SCC No. 2016/135. *Green Power v. Spain*, Award (16 Haziran 2022).
- Schachter, Madeleine. “The Utility of Pro Bono Representation of U.S.-Based Amicus Curiae in Non-U.S. and Multi-National Courts as a Means of Advancing the Public Interest”. *Fordham International Law Journal* 28, sy 1 (2004): 88-144. <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol28/iss1/2>.
- Scheu, Julian, ve Petyo Nikolov. “Jurisdiction of Tribunals to Settle Intra-EU Investment Treaty Disputes”. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 36, sy 1 (22 Aralık 2021): 171-88. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siaa048>.
- Schreuer, Christoph. “Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration”. *McGill Journal of Dispute Resolution* 1, sy 1 (2014): 1-25.
- Shelton, Dinah. “The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings”. *American Journal of International Law* 88, sy 4 (Ekim 1994): 611-42.
- Steingruber, Andrea Marco. *Consent in International Arbitration*. 1. ed. Oxford International Arbitration Series. Oxford: Oxford Univ. Press, 2012.
- Stier, Anna. “The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal in Intra-EU Investment Treaty Disputes after the Decision in Electrabel v Hungary”. *Arbitration International* 31, sy 1 (01 Mart 2015): 163-70. <https://doi.org/10.1093/arbint/aiv003>.
- Suez/Inter Aguas v. Argentina. Order In Response To A Petition For Participation As Amicus Curiae, No. ARB/03/17 (International Centre for Settlement of Investment Disputes 17 Mart 2006).
- Suez/Vivendi v. Argentine. Order In Response To A Petition For Transparency And Participation As Amicus Curiae, No. ARB/03/19 (International Centre for Settlement of Investment Disputes 19 Mayıs 2005).

- Tellegen-Couperus, Olga E. “The So-Called Consilium of the Praetor and the Development of Roman Law”. *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review* 69, sy 1-2 (2001): 11-20.
- Tercan, Mithat. “Devletin Yatırım Dışı Yükümlülükleri Bağlamında ICSID Tahkiminde Üçüncü Kişilerin Tahkim Yargılamasına Müdahalesi”. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2012.
- Toraman, Barış. “Cumhuriyet’in İkinci Yüzyılına Girerken Bitmeyen Kavga; Bilirkişilik”. İçinde *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Cumhuriyetimizin 100. Yılına Armağanı*, 1., 321-86. Legal Hukuk Kitapları Serisi 744. İstanbul: Legal Yayıncılık A.Ş., 2023.
- . “İtibar Bilirkişiliği ve Yargısal Lobcilik Arasında Bir Müessese Olarak ‘Amicus Curiae’ (Mahkeme Dostu)”. *Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi* 8, sy 22 (Şubat 2012): 164-201.
- Umbricht, G. C. “An ‘Amicus Curiae Brief’ on Amicus Curiae Briefs at the WTO”. *Journal of International Economic Law* 4, sy 4 (01 Aralık 2001): 773-94. <https://doi.org/10.1093/jiel/4.4.773>.
- UNCITRAL Arbitration Rules (2021).
- UNCTAD Investment Policy Hub. “Cavalum SGPS v. Spain”. Erişim 08 Mayıs 2024. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/625/cavalum-sgps-v-spain>.
- UNCTAD Investment Policy Hub. “Investment Dispute Settlement Navigator”, 31 Temmuz 2023. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.
- United Nations. “Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the ‘New York Convention’)”. Erişim 09 Mayıs 2024. https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2.
- Van Harten, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. 1. publ. Oxford Monographs in International Law. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Waibel, Michael. “International Investment Law and Treaty Interpretation”. İçinde *International Investment Law and General International Law*, editör Rainer Hofmann ve Christian J. Tams, 29-52. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2011. <https://doi.org/10.5771/9783845231259-29>.
- Walbolt, Sylvia H, ve Joseph H Lang. “Amicus Briefs: Friend or Foe of Florida Courts?” *Stetson Law Review* 32, sy 2 (2003): 269-308.
- Ward, Stephanie Francis. “Friends of the Court Are Friends of Mine”. *ABA Journal* 93, sy 11 (Kasım 2007): 24-25.

Wiik, Astrid. *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*. 1st edition. Successful Dispute Resolution, Volume 4. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2018.

Wychera, Bernhard, ve Winslow Mimmagh. "Chapter IV: Investment Arbitration, The Nature of State Consent Expressed in BITs". İçinde *Austrian Yearbook on International Arbitration 2019 (2019)*, 395-419. Kluwer Law International in Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2019.

Zachariasiewicz, Maciej. "Amicus Curiae in International Investment Arbitration: Can It Enhance the Transparency of Investment Dispute Resolution?" *Journal of International Arbitration* 29, sy 2 (01 Nisan 2012): 205-24. <https://doi.org/10.54648/JOIA2012012>.



ÖZGEÇMİŞ

Ad ve Soyad:

Mustafa Cihad Çevik

Eğitim:

2011 – 2016 Hukuk Lisans, İstanbul Şehir Üniversitesi
2020 – 2024 Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, İbn Haldun
Üniversitesi

İş Deneyimi:

2018 – 2019 Avukat, Antalya Barosu
2019 – Halen Yönetici Avukat, Çevik Legal Hukuk ve Danışmanlık,
İstanbul Barosu