

PAPER DETAILS

TITLE: AB İÇİ VE DISİ YATIRIM ANLASMALARINDA DÜZENLENEN UYUSMAZLIK ÇÖZÜM
MEKANİZMALARININ AB HUKUK DÜZENİNİN ÖZERKLİĞİNE UYGUNLUGU

AUTHORS: Mustafa Tayyar KARAYIGIT

PAGES: 61-95

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3262562>

AB İÇİ VE DIŞI YATIRIM ANLAŞMALARINDA DÜZENLENEN UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM MEKANİZMALARININ AB HUKUK DÜZENİNİN ÖZERKLİĞİNE UYGUNLUĞU

Mustafa T. KARAYİĞİT**
Araştırma Makalesi

Öz

Makale AB içi ve dışı uluslararası yatırım anlaşmaları tarafından kurulan alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının AB hukuk düzeninin özerkliğine uygunluğu meselesini irdelemektedir. Bu bağlamda Achmea Kararı ve 1/17 Sayılı Mütalaa başta olmak üzere AB hukuk düzeninin özerkliği ilkesi ışığında şekillenen ve AB hukuk düzeninin anayasallaşması sürecinin önemli basamaklarını teşkil eden ABAD içtihadının hukuki sonuçlarını AB hukuku ve uluslararası hukuk boyutlarıyla tartışmakta, mevcut, sona erdirilmiş veya gelecekteki iki veya çok taraflı AB içi ve dışı anlaşmalara etkisini ABAD'ın uluslararası mahkemelere karşı sahip olduğu münhasır yargı yetkisi çerçevesinde analiz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: AB Hukuk Düzeninin Özerkliği, AB Hukukunun Yorumlanması ve Uygulanması, Yargı Yetkisi, Yatırım Tahkimi, AB İçi ve Dışı Anlaşmalar

Compatibility of the Dispute Settlement Mechanisms Established in the Intra-EU and Extra-EU Investment Agreements with the Autonomy of the EU Legal Order

Abstract

The Article discusses the compatibility of the alternative dispute settlement mechanisms established by the intra-EU and extra-EU international investment agreements with the autonomy of the EU legal order. In that respect, it explores the legal consequences of the European case law, in particular the seminal Achmea Judgment and Opinion 1/17, which, as constituting the signifying steps of the constitutionalisation of the EU Legal order, has been given in the light of the

^{**} Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Enstitüsü, AB Hukuku ABD Başkanı, E-posta: mtkarayigit@marmara.edu.tr; ORCID: 0000-0002-5976-6401.
Makalenin Gönderilme Tarihi: 06/04/2023, Kabul Edilme Tarihi: 14/06/2023

principle of autonomy of the EU legal order both under EU and international laws and analyses its legal effects within the framework of the exclusive jurisdiction of the JEU vis-a-vis international courts on the current, terminated or potential intra-EU and extra-EU bilateral or multilateral agreements.

Keywords: *Autonomy of the EU Legal Order, Interpretation and Application of EU Law, Jurisdiction; Investment Arbitration, Intra-EU and Extra-EU Agreements*

Giriş

Uluslararası yatırım hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yatırımcılar için cazip avantajlar sunabilmektedir. Bu çerçevede sermaye ihraç ve ithal eden devletler arasında yatırımcı ile yatırım yapılan devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için misafir devlette yatırımın kamulaştırılması yasağı, yatırımcıya adil ve hakkaniyetle muamele edilmesi gibi koruma tedbirleri yanında tahkim mekanizması kuran ve bu sayede yatırımcıya (kişilere) uluslararası kamu hukuku çerçevesinde uyuşmazlık çözüm imkanı yoluyla güvence temin eden iki ve çok taraflı anlaşmalar yapılmaktadır. Özellikle Sovyet blokunun yıkılmasından sonra iki taraflı yatırım anlaşmaları, AB ülkelerindeki şirketlerin yatırımlarını Eski Sovyet bloku ülkelerine genişletme ve bu şirketlere eski blok ülkeleri tarafından yeterli güvence sağlama perspektifiyle yapılmıştır. Ancak bu devletlerin AB'ye katılımıyla birlikte, aslen AB dışı olan anlaşmalar AB içi anlaşma haline gelmiştir. Dolayısıyla yatırımcı-Devlet tahkim sistemi kuran bu anlaşmaların kurduğu tahkim sisteminin AB hukuk düzeninin özerkliğine uygunluğu ve bunun sonucu olarak akit Üye Devletlerin bir yandan AB hukuku, diğer yandan da uluslararası hukuk kaynaklı yükümlülükleri arasında çatışma meseleleri ortaya çıkmıştır.

Ayrıca AB ve/veya Üye Devletlerin üçüncü devletlerle yaptıkları veya yapacakları ikili veya çok taraflı AB dışı anlaşmalar çerçevesinde yatırımcı ile Akit taraf arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik kurulan/kurulacak tahkim sistemlerinin AB hukuk düzeninin özerkliğine uygun olup olmayacağı, olacaksa hangi şartlar dahilinde bunun sözkonusu olabileceği meselesi de son demlerde ağırlık kazanmıştır. Ayrıca bu ikinci tür anlaşmalarda kurulan tahkim sisteminin, bu anlaşmaların karma niteliği ve muhteviyatı nedeniyle AB içi anlaşmalara benzerlik gösteren boyutları itibarıyla, AB hukuk düzeninin özerkliğine uygun olup olmadığı ve dolayısıyla AB içi anlaşmalara benzer şekilde bir Üye Devlet yatırımcısı ile

yatırım yaptığı Üye Devlet arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin tahkim mahkemesinin yargı yetkisinin olup olmadığı meseleleri de doğmaktadır.

Makale, AB içi ve dışı anlaşmalarla kurulan tahkim sisteminin AB hukuk düzeninin özerkliğine uygunluğunu tartışmaktadır. *Achmea Kararı* ve *1/17 Sayılı Mütalaa* ekseninde bu meselenin irdelenmesine geçmeden önce özerklik ilkesine dair evvelki içtihadı özetle temas edilecektir.

I. AB Hukuk Düzeninin Özerkliği İlkesi

Bağımsız bir hukuk kaynağı teşkil eden Kurucu Andlaşmalar tarafından kurulan AB hukuk düzeni,¹ hem kaynakları, hem de hukukunun etkili icrailiğinin temini itibarıyla yargısal içtihadta ihdas edilen özerklik ilkesi temelinde inşa ve konsolide edilmiştir. Özerklik ilkesini AB hukuk düzeninin omurgası olarak nitelemek yanlış olmayacaktır. İlk merhalede *Van Gend en Loos*² ve *Costa/ENEL* ile başlamak üzere ulusal hukuka karşı inşa edilen özerklik, uluslararası hukukla ilişki açısından daha geç bir tarihte ortaya çıkmış, kısmen *1/76 Sayılı Mütalaa* ile ortaya çıksa da, aslen *1/91 Sayılı Mütalaa* ile birlikte teoride geliştirilmeye başlanmıştır. Yani hem diğer anayasal ilkelerin temeli olarak onların tesisinde ve şekillendirilmesinde yasal dayanak teşkil etmiş, hem de Avrupa entegrasyonunun aldığı evrilen dinamik formatın yansımasıyla formüle edilmiş ve şekillenmiştir. Bu yönden yargısal içtihadındaki her yeni ilgili vaka analizi onun yeni veçhelerine ışık tutmuştur.

Özerklik, AB hukukunun kendi kendine yeter ve insicamlı norm sistemi kurduğuna,³ geçerliliği ve yorumu için ulusal ve uluslararası hukuka dayanmak zorunda olmadığına,⁴ geçerliliğinin kaynağının kendisi olması hasebiyle başka hukuk sistemlerine dayanması gerekmediğine⁵ ve

¹ Case C-6/64 *Costa/ENEL* EU:C:1964:66; *Opinion 2/13* EU:C:2014:2454, para. 166.

² Case C-26/62 *Van Gend* EU:C:1963:1.

³ Koen Lenaerts, “The Autonomy of European Union Law” içinde *Law in a Time of Constitutional Crisis- Studies Offered to Mirosław Wyrzykowski* ed. Jakub Urbanik and Adam Bodnar (München: C.H.Beck, 2021), 387.

⁴ Christina Eckes & Laurens Ankersmit, “The Compatibility of the Energy Charter Treaty with EU Law”, University of Amsterdam, Amsterdam Centre for European Law and Governance, 2022, Erişim tarihi: Ocak 10, 2023. <https://www.clientearth.org/latest/documents/the-compatibility-of-the-energy-charter-treaty-with-eu-law/>.

⁵ Nicholas Tsagourias, “Conceptualizing the autonomy of the European Union” içinde *International organizations and the idea of autonomy: Institutional independence in the*

geçerliliğinin ve hukukiliğinin ölçüsünün kendisi olduğuna işaret eden AB'nin/AB hukukunun kendi varlığına, yapısına, kimliğine ve özelliklerine dair kendi algısıdır⁶. AB hukukunun gerek ulusal hukukla, gerekse uluslararası hukukla ilişkisini kendi hukukuna göre kendisinin belirlemesi şeklinde tezahür eden özerklik, AB hukuk düzenini, kendine özgü hususiyetlerini, kendi çalışma sistematüğini, AB ile Üye Devletler arasındaki dikey yetki bölüşümü ve AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına dair AB mahkemelerinin yargı yetkisini, hem ulusal, hem de uluslararası hukuka karşı koruma anlayışı üzerine inşa edilmiştir. Bu ilke, AB hukuk düzeni içerisindeki uluslararası yükümlülüklerin AB mahkemeleri tarafından AB hukukunun koyduğu koşullar çerçevesinde etki doğurmasının belirlenmesini gerektirir.⁷ Bu itibarla uluslararası anlaşmaların, organların yetkileri ve Üye Devletlerin birbirlerine göre pozisyonları gibi AB yapısının temel unsurlarına,⁸ AB'nin temellerine,⁹ AB'nin anayasal yapısıyla alakalı olan, AB hukukunun kendi doğasından neşet eden AB ve AB hukukunun spesifik karakteristiklerine,¹⁰ AB hukukunun üstünlüğü, birliği ve etkililiğine,¹¹ AB hukukunun birliği, insicamı ve bütünlüğüne,¹² AB anayasal ilkelerine¹³ ve ABA 2. maddede yer alan AB'nin kurucu değerlerine¹⁴ halel getirmesine izin vermez.

Uluslararası anlaşmalarla kurulan yargısal denetim sisteminin etkisi bağlamında, *1/91 Sayılı Mütalaa*'dan beri ABAD ilkesel olarak, uluslararası mahkemelerin kararlarının, ilgili anlaşmaların hükümleriyle sınırlı kalmak ve belirli şartları karşılamak kaydıyla kendisi de dahil AB organlarını bağlayıcı nitelikte olduğunu belirtmektedir. Zira, AB'nin uluslararası alanda faaliyette bulunma yetkisi ve uluslararası anlaşma akdedebilme kapasitesi, bu tarz anlaşmalarla kurulan bir mahkemenin kararlarına, yargı yetkisi

international legal order, ed. Richard Collins & Nigel D. White, (London: Routledge, 2011), 340.

⁶ Christina Eckes, "The Autonomy of EU Law vis-à-vis International Law: Kadi I and Kadi II" içinde *EU External Relations Law: The Cases in Context*, ed. Graham Butler and Ramses A Wessel (Oxford: Hart, 2022), 527.

⁷ Opinion of Advocate General Maduro, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi* EU:C:2008:11, para. 23.

⁸ Opinion 1/76 EU:C:1977:63, para. 12.

⁹ *Opinion 1/91*, EU:C:1991:490, para. 71.

¹⁰ *Opinion 2/13*, para. 164-166, 174, 179-200.

¹¹ *Opinion 2/13*, para. 189.

¹² *Opinion 1/09* EU:C:2011:123, para. 31, 38.

¹³ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi* EU:C:2008:461, para. 285.

¹⁴ *Ibid.*, para. 303; *Opinion 2/13*, para. 168.

anlaşmaların hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasıyla sınırlı kalmak ve AB hukuk düzeninin özerkliği korunması kaydıyla, müracaat etme yetkisini de doğurur.¹⁵ Uluslararası bir anlaşma yine de ABAD'ın yetkisini, yetkilerin asli karakterini koruyacak nitelikteki kaçınılmaz olan şartları karşılaması ve dolayısıyla AB hukuk düzeninin özerkliğine hanel getirmemesi kaydıyla etkileyebilir.¹⁶ Bu itibarla, uluslararası mahkemelerin yetkileri içerisinde, AB hukuku kurallarının AB ve organlarını iç yetkilerinin kullanımı itibarıyla bağlayacak şekilde belirleyici yorumlanması kapasitesi bulunamaz.¹⁷ Zira AB hukukunun nihai belirleyici yorumunu yapma yetkisi münhasıran ABAD'ındır.¹⁸

ABAD AB ile Üye Devletlerin arasındaki yetki bölüşümüne dair uluslararası mahkemelere yargı yetkisi tanıyan uluslararası anlaşmaları AB hukuk düzeninin özerkliğine aykırı görmektedir.¹⁹ ABAD, ABA 19. maddede belirtilen yetkisine hanel gelmesine, yani hem AB hukukunun yeknesak yorumlanması ve uygulanmasına dair, hem de AB tasarruflarının hukukiliğinin denetimine dair yargı yetkisine hanel gelmesine olanak tanımamaktadır.²⁰ Bu itibarla, uluslararası anlaşmayla kurulan ve AB yargısal ve kurumsal çerçevesinde olmayan mahkemelerin AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına dair yargı yetkisinin olmasına izin vermemektedir. 1/09 Sayılı Mütalaa'da, ilgili anlaşmanın AB yargısal ve kurumsal yapısı dışında olan Patent Mahkemesi'ne patent ihlallerine yönelik kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü ile bu alanda AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına dair münhasır yetki vermesini, aslen bu noktada yetkili olan Üye Devlet mahkemelerinin AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına dair yargı yetkisinden mahrum edilmesi, dolayısıyla kendisinin önkarar usulü çerçevesindeki AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasında yeknesaklığı temin etme yetkisine, genel çerçevede özerkliğe, hanel getirmek suretiyle Kurucu Andlaşmaların AB ve Üye Devletlere verdiği AB hukukunun kendi doğasının korunması açısından kaçınılmaz olan yetkilerin asli karakterini değiştirebilmesi gerekçeleriyle AB hukukuna aykırı olarak değerlendirmiştir.²¹

¹⁵ *Opinion 1/91*, para. 39, 40 and 70; *Opinion 1/09*, para. 74-76; *Opinion 2/13*, para. 182-183.

¹⁶ *Opinion 1/00*, EU:C:2002:231, para. 21-23 and 26, *Opinion 1/09*, para. 76; *Opinion 2/13*, EU:C:2014:2454, para. 182-183.

¹⁷ *Opinion 1/91*, para. 30-35; *Opinion 1/00*, para. 13; *Opinion 2/13*, para. 184.

¹⁸ *Opinion 2/13*, para. 246.

¹⁹ *Opinion 1/91*, para. 34.

²⁰ *Opinion 1/00*, para. 11.

²¹ *Opinion 1/09*, para. 89.

ABAD, ABİDA 344. maddede somut ifadesini bulan Üye Devletlerin Kurucu Andlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasına dair uyumsuzlukları Kurucu Andlaşmalarda öngörülen yargı yolları dışına taşımasını ve bu yüzden kendi münhasır yargı yetkisine halel getirilmesini özerkliğe aykırı görmektedir.²² 2/13 Sayılı Mütalaa'da, ABİDA 344. maddeyi Üye Devletlerin birbirleri arasındaki uyumsuzluklar yanında, AB ile Üye Devletler arasındaki uyumsuzlukları da kapsayacak şekilde yorumlamış, AİHM'e bu noktada yargı yetkisi tanıyan Taslak Anlaşma'nın bu maddenin amacını baltaladığını, AB ve üye Devletler arası ilişkilerin, gerektiğinde bütün diğer hukuklar dışlanarak, kendisi tarafından yönetilmesini gerektiren AB hukukunun kendi doğasına aykırılık taşıdığını, dolayısıyla kendi münhasır yetkisinin ihlali itibarıyla özerkliğe aykırı olduğunu belirtmiştir.²³

II. AB İçi Yatırım Anlaşmaları ile Kurulan Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları

A. Hollanda-Slovakya Anlaşması Çerçevesinde *Achmea* Kararı

Hollanda ile Çek ve Slovak Federal Devleti arasında yatırımların teşviki ve karşılıklı korunmasına yönelik 1992 yılında yürürlüğe giren iki taraflı yatırım anlaşması yapılmıştır. Slovakya, 2004 yılında sağlık sistemi reformu çerçevesinde pazarını sağlık sigortası hizmetleri temin eden AB ülkesi operatörlerine açınca Hollandalı şirket *Achmea* Slovakya'da bir şube açmıştır. 2007 yılında bir yasa ile bu alanda liberalizasyonun sona erdirilmesinden sonra 2011 yılında Slovak Anayasa Mahkemesinin yasayı anayasa aykırı görmesi üzerine yeniden faaliyete izin verilmesine kadar geçen süre zarfında uğradığı zararın tazmini için *Achmea*, Hollanda ile Çek ve Slovakya Federal Devleti arasındaki Yatırım Anlaşması'na istinaden Frankfurt'ta tahkime başvurmuştur. Tahkim Mahkemesi ise 2012 yılında Slovakya aleyhine 22,1 milyon Avro tazminata hükmetmiştir. Slovakya, bu tahkim kararının geçersizliğini sağlamak için Frankfurt'taki Yüksek Bölge Mahkemesine başvuru yapmış, davasının reddedilmesi üzerine Alman Federal Mahkemesi'ne itirazda bulunmuştur. Bu mahkeme de önkarar usulü çerçevesinde şu soruları ABAD'a havale etmiştir: ABİDA 344. ve bilahare 267. maddeler AB içi iki taraflı bir yatırım anlaşmasındaki tahkim kuran hükmün uygulanmasını engeller mi? Görüldüğü üzere, *Achmea*'nın

²² Case C-459/03 *Commission v Ireland* EU:C:2006:345, para. 123-124; *Opinion* 2/13, para. 201.

²³ *Opinion* 2/13, para. 210-212.

başvurusuyla tahkim mahkemesinin Frankfurt'ta oluşturulması Alman hukukunun tahkim usulüne uygulanmasını sağlamış ve bu sayede Slovakya, tahkim mahkemesi kararının, Alman mahkemeleri önünde yargısal denetiminin yapılabilmesi suretiyle önkara usulü çerçevesinde AB hukukuna uygunluğunun denetletirilmesi imkanını elde etmiştir.

ABAD'ın kararı şöyle şekillenmiştir. Uluslararası bir anlaşma Kurucu Andlaşmalar tarafından belirlenmiş yetki bölüşümünü ve nihayetinde de AB hukuk düzeninin özerkliği etkileyemez. Özerklik ilkesi bilhassa ABİDA 344. maddede düzenlenen haliyle Üye Devletlerin, Kurucu Andlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin bir uyuşmazlığı Andlaşmada öngörülenden başka bir çözüm metoduna sunmama yükümlülüğü getirir.²⁴

Hem ulusal hem de uluslararası hukuka yönelik AB hukukunun özerkliği hem AB'nin asli hususiyetleri, hem de özellikle AB'nin anayasal yapısı ve hukukunun bizzat doğasıyla alakalı olmak üzere hukukunun bir gereğidir. AB hukukunun, bağımsız bir hukuk kaynağı teşkil eden Kurucu Andlaşmalar'dan neşet etme, Üye Devletlerin hukuklarına önceliği olma ve doğrudan etkili hükümlerinin Üye Devletler ile vatandaşlarına uygulanabilme hususiyetleri vardır. Bu hususiyetleri, hem AB'yi ve Üye Devletlerini mütakabiliyetle, hem de Üye Devletleri birbirine bağlayan ilkeler, kurallar ve karşılıklı bağımlı hukuki ilişkiler yapısal ağına sebebiyet vermektedir.²⁵

AB hukukunun, ABA 2. maddede yer alan AB'nin kurucu değerlerini her bir üye devletin ortak değerler olarak tanıdığı temel gerçeği üzerine bina edilmesi, üye devletler arasında sadece bu ortak değerlere riayet edileceğine dair karşılıklı güvenin varlığına işaret etmekle kalmayıp, ayrıca bu karşılıklı güvenin de gerekçesini oluşturur. Bu itibarla Üye Devletler ilaveten samimi işbirliği ilkesine de istinaden kendi hukuk sistemlerinde AB hukukunun uygulanması ve bu hukuka saygı duyulmasını sağlamakla ve bu amaçlara matuf olarak Kurucu Andlaşmalar ve AB tasarruflarından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek için bütün gerekli tasarrufları yapmakla yükümlüdürler.²⁶

AB hukuk düzeninin kendine özgü hususiyetleri ve özerkliğinin muhafaza edilmesini sağlamak üzere Kurucu Andlaşmalar, AB hukukunun yorumlanmasında insicam ve yeknesaklığı temin edecek bir yargısal sistem

²⁴ Case C-284/16 *Slovak Republic v Achmea BV* EU:C:2018:158, para. 32.

²⁵ Ibid., para. 33.

²⁶ Ibid., para. 34.

kurmuştur.²⁷ Bu itibarla, ABA 19. madde çerçevesinde AB hukukunun bütün Üye Devletlerde tam uygulanması ve AB hukuku altında kişilerin haklarının korunması ulusal mahkemeler ile ABAD tarafından gerçekleştirilecektir.²⁸ Özellikle, kilittası olarak ABİDA 267. maddede düzenlenen önkarar usulüne sahip olan bu yargısal sistem, ABAD ile ulusal mahkemeler arasında diyalog kurarak, AB hukukunun yeknesak yorumlanmasının sağlanması ile Kurucu Andlaşmalar tarafından kurulan hukukun kendi özel doğasının yanında, AB hukukunun insicamı, tam etkisi ve özerkliğinin temini amacını taşır.²⁹

ABAD bu çerçevede, üç önemli hususun söz konusu olup olmadığına dair bir analiz gerçekleştirmiştir. İlk olarak, söz konusu anlaşmayla kurulan tahkim mahkemesinin çözmesi talep edilen uyuşmazlıkların, AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına sebebiyet vermeye meyyal olup olmadığını tespit etmek gereğini duymuştur.³⁰ Söz konusu iki taraflı yatırım anlaşmasının 8(1). maddesi çerçevesinde, tahkim mahkemesi bu anlaşmanın ihlaline karar vermek üzere görevlendirildiğinde, bu görevini yerine getirmek için 8(6). madde gereğince özellikle akit tarafta yürürlükte olan hukuk ile akit taraflar arasındaki diğer alakalı anlaşmaları nazar-ı dikkate almak zorundadır.³¹ AB hukukuna, doğası ve hususiyetleri gereği, hem bütün Üye Devletlerde yürürlükte olan hukukun bir parçası olan, hem de Üye Devletler arasındaki uluslararası anlaşmalardan neşet eden hukuk nazarıyla bakılmalıdır.³² Bu iki unsur itibarıyla tahkim mahkemesi, özellikle yerleşme serbestisi ile sermayenin serbest dolaşımına ilişkin hükümleri sözkonusu olmak üzere, AB hukukunun yorumlanması ve uygulanması amacıyla görevlendirilebilecektir.³³ İkinci olarak, AB yargısal sistemi içerisinde yer alan bir mahkemenin, kararlarının AB normlarının tam etkililiğini temin edecek mekanizmaya tabi olacağını vurgulayarak, 8. maddeye istinaden kurulan tahkim mahkemesinin bu bağlamda AB yargısal sistemi içerisinde yer alıp almadığı, yani önkarar usulü çerçevesinde bir ulusal mahkeme olarak görülüp görülemeyeceği analizine geçmiştir.³⁴ Sözkonusu tahkim mahkemesinin, ne Slovakya, ne de Hollanda'nın yargısal sisteminin parçası olduğunu, bu Üye Devletlerin mahkemeleriyle karşılaştırılacak olursa, bu

²⁷ Ibid., para. 35.

²⁸ Ibid., para. 36.

²⁹ Ibid., para. 37.

³⁰ Ibid., para. 39.

³¹ Ibid., para. 40.

³² Ibid., para. 41.

³³ Ibid., para. 42.

³⁴ Ibid., para. 43.

tahkim mahkemesinin yargısal yetkisinin özellikle istisnai doğasının anlaşmada yer alan 8. maddenin varlık bulmasının başat gereği olduğunu belirtmiştir.³⁵ Tahkim mahkemesinin bu hususiyetinin, ABİDA 267. maddedeki anlamında bir üye devletin mahkemesi olarak sınıflandırılmayacağı anlamına geldiğini ifade etmiştir.³⁶ Bu itibarla, sözkonusu tahkim mahkemesi, daha önce önkara usulüne başvurusu kabul edilmiş olan Benelüks Adalet Divanı gibi bazı üye devletlerde ortak nitelik arz eden, bu üye devletlerde ortak olan hukuk kurallarının yeknesak uygulanması amacını taşıyan ve dolayısıyla kendisine başvurunun ulusal mahkemelerde bu ortak hükümlerin kesin yorumlarına imkan tanıyan bir aşama olarak değerlendirilebilecek, yani üye devlet hukuk sistemleriyle bu tarz bağlantıları olan, mahkemeler hüviyetinde değildir.³⁷ Neticede sözkonusu tahkim mahkemesi, ABİDA 267. maddedeki anlamıyla bir üye devletin mahkemesi olarak görülemez ve dolayısıyla önkara usulüne başvurma yetkisini haiz değildir.³⁸ Üçüncü olarak ise sözkonusu tahkim mahkemesinin verdiği hükmün, bu mahkeme tarafından ileri sürülen AB hukukuna dair meselelerin ABAD'a önkara usulü çerçevesinde sunulmasını sağlayacak ABİDA 19. madde bağlamında bir üye devlet mahkemesinin denetimine tabi olup olmadığı incelemesini yapmıştır.³⁹ 8(7). maddede düzenlenen tahkim mahkemesinin kararı nihaidir. Ayrıca, bu mahkeme kendi usulünü, özellikle mahkeme yerini ve dolayısıyla kararının geçerliliğinin yargısal denetimini yöneten usule uygulanacak hukuku seçme yetkisini haizdir.⁴⁰ Achmea tarafından yapılan başvuru üzerine tahkim mahkemesi, kararının geçerliliğinin yargısal denetimini yöneten usule uygulanan hukuku Alman hukuku yapan Frankfurt'u mahkeme yeri olarak seçmiştir. Bu seçim üzerine Slovakya uyuşmazlık tarafı olarak tahkim mahkemesi kararının yargısal denetiminin sağlanması için Alman hukuku çerçevesinde yetkili bir Alman mahkemesinin önüne davayı getirebilmiştir. Ancak, böylesine bir yargısal denetimin Alman mahkemesi tarafından gerçekleştirilebilmesi ancak ulusal hukuk buna izin verdiği ölçüde sözkonusu olabilir ve Alman usul hukuku bu çerçevede sadece sınırlı bir denetim imkanı sağlamaktadır.⁴¹ Daha önce ABAD bazı kararlarında,⁴² ticari

³⁵ Ibid., para. 45.

³⁶ Ibid., para. 46.

³⁷ Ibid., para. 47-48.

³⁸ Ibid., para. 49.

³⁹ Ibid., para. 50.

⁴⁰ Ibid., para. 51.

⁴¹ Ibid., para. 52-53.

tahkime ilişkin olarak etkin tahkim davalarının gerekleri icabı, tahkim mahkemesi kararlarının Üye Devlet mahkemeleri tarafından sınırlı da olsa denetiminin, AB hukukunun temel hükümlerinin bu denetim esnasında incelemeye tabi olması ve gerekli görülmesi durumunda da, önkarar usulüne tabi olması şartıyla, sözkonusu olduğu şeklinde karar vermişti.⁴³ Ancak, anlaşmada düzenlenen yatırım tahkim davaları, ticari tahkim davalarından farklılık arz etmektedir. Ticari tahkim davaları tarafların özgür iradelerinden neşet etse de, yatırım tahkim davaları Üye Devletlerin kendi mahkemelerinin yetkisinden, dolayısıyla ABA 19. maddede yer alan AB hukukunun kapsamı içerisinde kurmakla yükümlü oldukları hukuki çareler sisteminden çıkartma adına aralarında yaptıkları anlaşmadan kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, ticari tahkime ilişkin hükümler yatırım tahkimine uygulanamaz.⁴⁴ Netice olarak, iki taraflı yatırım anlaşmasıyla sözkonusu Üye Devletlerin bir yatırımcı ile bir Üye Devlet arasında uyuşmazlıkların çözümü için, AB hukukunun yorumlanması veya uygulanmasını ilgilendirebilecek bu uyuşmazlıkların AB hukukunun tam etkililiğinin sağlanması tarzına uygun olarak çözülmesini engelleyebilecek bir mekanizma kurmuşlardır.⁴⁵ Yerleşik içtihat çerçevesinde ilkesel olarak, bir uluslararası anlaşma ile anlaşma hükümlerinin yorumlanmasıyla görevli ve kararlarının ABAD da dahil olmak üzere AB organları için bağlayıcı olacağı bir mahkeme kurulması AB hukukuna aykırı değildir. AB'nin uluslararası ilişkiler alanındaki yetkisi ve uluslararası anlaşma akdedebilme kapasitesi doğal olarak hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olmak üzere bu tarz anlaşmalarla kurulan bir mahkemenin kararlarına, AB'nin ve onun hukuk düzeninin özerkliği korunduğu müddetçe, müracaat etme yetkisini de doğurur.⁴⁶ Buna rağmen, yatırım tahkim mahkemesinin yetkisi içerisine giren uyuşmazlıkların, bu anlaşma ve AB hukukunun yorumlanmasıyla alakalı olma durumu yanında, AB'nin yargısal denetim sisteminin dışındaki bir mahkemeye sunulabilme ihtimali üye Devletlerin akdettikleri bir anlaşma ile temin edilmiş bulunmaktadır. Bu itibarla, Anlaşma'nın 8. maddesi Üye Devletler arasındaki karşılıklı güven ilkesine ve önkarar usulü tarafından temin edilen Kurucu Andlaşmalar tarafından kurulan hukukun doğasının korunması ilkesine halel getirmekte ve dolayısıyla samimi işbirliği ilkesine

⁴² Case C-126/97 *Eco Swiss* EU:C:1999:269, para. 35-36 and 40; Case C-168/05 *Mostaza Claro* EU:C:2006:675, paras. 34-39.

⁴³ Case C-284/16 *Achmea*, para. 54.

⁴⁴ *Ibid.*, para. 55.

⁴⁵ *Ibid.*, para. 56.

⁴⁶ *Ibid.*, para. 57.

aykırılık niteliği taşımaktadır. Bundan ötürü 8. maddenin AB hukukunun özerkliğine menfi etkisi sözkonusu olduğundan, ABİDA 267. ve 344. maddeler, Üye Devletler arasında yapılan ve bir Üye Devletten bir yatırımcının diğer bir üye devlet aleyhine buradaki yatırımlarına ilişkin bir uyuşmazlığı, bu üye devletin yargı yetkisini tanıdığı tahkim mahkemesi önüne getirebileceğini düzenleyen 8. madde tarzındaki bir anlaşma hükmünün uygulanmasına manidir.⁴⁷

B. AB Hukuku Açısından AB İçi Anlaşmalar Çerçevesinde Kurulan Yatırım Tahkim Mahkemeleri

AB içi yatırım anlaşmaları bir Üye Devletle sonradan katılan Üye Devlet arasında AB'ye katılım öncesi akdedilen, önceleri AB dışı olmasına rağmen katılım sonrası bu niteliğe bürünen yatırım anlaşmalarıdır.

AB hukukuna göre, AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına dair yargı yetkisiyle kurulan bir tahkim mahkemesinin, ya kendisinin önkarar usulüne başvurabilir nitelikte bir ulusal mahkeme hüviyeti olmalı, ya da kararlarının önkarar usulüne başvurabilecek kabiliyeti olan bir ulusal mahkemenin denetimine tabi olması gerekir. Tersinden ifade edilecek olursa, uluslararası bir anlaşmayla kurulan bir mahkemenin AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına dair yetkisinin bulunmasına, sadece AB hukukunun yorumlanması ve uygulanması noktasında yeknesaklığın temini amacıyla AB hukukunun tam etkililiğinin temin edilmesini sağlamak üzere ya kendisinin bizzat önkarara başvuru yapabilecek nitelikte ulusal, dolayısıyla AB yargı sisteminin parçası olabilmesi, ya da kararlarının ulusal mahkemelerin denetimine tabi olabilmesi şartıyla imkan tanınmaktadır. Ayrıca, Hukuk Sözcüsü Wathelet'in Komisyon'un iddiasından aktardığına göre, tahkim mahkemesinin üçüncü bir ülkede kurulması, dolayısıyla bu tahkim mahkemesi kararlarının üye devletlerin mahkemelerinin yargısal denetimine tabi olmaksızın, yani AB hukukuna uygunluğunun denetimi yapılmaksızın taraflar için bağlayıcı mahiyet kazanmasına engel teşkil edebilecek hukuki araçlar da bulunmamaktadır.⁴⁸

Kurulan tahkim mahkemelerinin AB yargısal sistemi dışında olması veya kararlarını ulusal mahkemelerin denetleyebileceği bir mekanizmanın

⁴⁷ Ibid., para. 58-60.

⁴⁸ Opinion of Advocate General Wathelet, Case C-284/16 *Slowakische Republik v Achmea BV* EU:C:2017:699, para. 252.

oluşturulmaması hasebiyle ABAD'ın önkarar usulü çerçevesinde AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasında nihai karar mercii olma, bu sayede AB hukuk düzeninde AB hukukunun yeknesak yorumlanmasının ve uygulanmasının ve dolayısıyla dolaylı yoldan da ulusal hukukların buna uygunluğunun ulusal mahkemelerin işbirliğiyle temini imkanının bulunmaması, Kurucu Andlaşmaların kurduğu kendine özgü sisteme ve AB hukuk düzeninin özerkliğine hanel getirmektedir. Tahkim mahkemesinin kararının ulusal mahkemeler tarafından yargısal denetime tabi olmasının hem ulusal hukukun buna olanak vermesine bağlı olması, hem de bunun yetersiz nitelikte sınırlı mahiyette sözkonusu olması özerkliğin en önemli hususiyeti olan AB hukukunun yeknesak yorumlanması ve uygulanmasının ulusal otorite ve hukuklara bağlı olmaması gerekliliği gibi en temel şartına aykırılık taşımaktadır. Yani en genel anlamda AB hukukunun tam etkililiğini sağlayacak şekilde uyuşmazlıkların çözümüne engel olunması durumudur. Bir başka açıdan, AB yargısal sisteminin dışında kurulan AB hukukunun yorumlanması ve uygulanması yetkisini haiz mahkemeler marifetiyle, hem ABAD'ın, hem de ulusal mahkemelerin Kurucu Andlaşmalar tarafından kendilerine verilmiş sözkonusu yetki ve görevlerinden mahrum edildiği söylenebilir.

Üye Devletlerin yetkilerini sınırlayan özerklik ilkesinin ve dolayısıyla ABAD'ın Kurucu Andlaşmalar'da düzenlenen yargı yolları itibariyle AB içi ve dışı anlaşmalar çerçevesinde münhasır ve/veya nihai yorumlama yetkisine hanel getirmeme yasağının ABİDA 344. madde ile birlikte ABA 19. ve ABİDA 267. maddelere de dayandırılarak kişilerin de taraf olabildiği uyuşmazlıklara da teşmil edilmiş olduğu belirtilmelidir.

Ticari ve yatırım tahkim türlerinin aslen ikisinde de asgari müşterek teşkil eden rızaya dayandırılarak ayrıştırılmasının gerekçe olarak ikna edicilikten uzak olduğuna dair eleştirilere literatürde rastlanmaktadır.⁴⁹ Ancak burada unutulmuş husus, Üye Devletlerin AB hukuku çerçevesinde karşılıklı güven ilkesi gereğince böyle bir irade hürriyetlerinin ve dolayısıyla rızalarının hukuken sözkonusu olamamasıdır. Ticari tahkim ile yatırım tahkimini ayrıştırmaktaki temel nokta, ticari tahkimde kişilerin kişisel özerklikleri gereği sözleşme serbestisi içerisinde tahkim mahkemesini seçme noktasında irade hürriyetinin bulunmasına rağmen, yatırım tahkiminde Üye

⁴⁹ Maria Fanou, "Intra-European Union investor-State arbitration post-Achmea: RIP? An assessment in the aftermath of the Court of Justice of the European Union, Case C-284/16, Achmea, Judgment of 6 March 2018, EU:C:2018:158", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 26(2) (2019): 316.

Devletlerin birbirlerinin yargısal denetim sistemlerine güven duymalarını gerektiren karşılıklı güven ilkesi rağmen aralarında yapacakları uluslararası bir anlaşma ile AB hukuku çerçevesindeki temel yükümlülüklerinden kurtulma, ulusal mahkemeleri ve ABAD'ı, AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına dair yargı yetkilerinden mahrum etme, dolayısıyla AB hukuku kapsamındaki bir meseleyi AB yargısal sisteminin dışında tutma yetki ve yetkilerinin olmamasıdır.⁵⁰

Bu noktada, ticari tahkimle yatırım tahkiminin arasındaki temel fark, uyuşmazlıkların ticari tahkimde iç hukuk yargı sisteminin dışında tutulmasının iç hukuk tarafından sağlanırken, yatırım tahkiminde bu durumun uluslararası bir anlaşma marifetiyle sözkonusu olmasıdır.⁵¹ Zaten her iki tahkim türünde de uyuşmazlık çözümünün ulusal yargı sistemi dışında yürütülmesi sözkonusuyken ve önkara usulüne her ikisinde de başvurulamazken,⁵² bu durum sadece yatırım tahkiminde özerklik açısından sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Uyuşmazlığın tarafları olarak bir Üye Devlet ile yatırımcı arasında ticari tahkim usulleriyle aynı hükümlere tabi şekilde yapılan bir *ad hoc* tahkim anlaşması marifetiyle yükümlüklerin dolaşılmasına da ABAD imkan tanımamıştır. Bu itibarla, iki üye devlet arasında akdedilen ve ABİDA 267. ve 344. maddelere aykırılığı nedeniyle geçersiz olan bir anlaşmadaki tahkim hükmüne istinaden açılan davanın devam etmesini temin etmek üzere Üye Devlete diğer bir üye devlet yatırımcısı ile *ad hoc* tahkim anlaşması yapmasına izin veren aynı içerikteki ulusal düzenleme ABAD tarafından özellikle ABİDA 267 ve 344. maddeler olmak üzere Kurucu Andlaşma hükümlerine aykırı bulunmuştur. Sözkonusu *ad hoc* anlaşmanın amacı, geçersiz olan tahkim hükmünün ikamesi olduğundan, AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına dair bir uyuşmazlığın tarafı bir Üye Devlete, bu uyuşmazlığı, bu tarz bir anlaşmadaki geçersiz tahkim hükmünde belirtilenle aynı vasıflara sahip bir tahkime

⁵⁰ Aynı eksende yorum için bkz. Jens Hillebrand Pohl, "Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded BY Mutual Trust" *European Constitutional Law Review* 14(4), (2018): 767; Cristina Contartese and Mads Andenas, "EU autonomy and investor-state dispute settlement under *inter se* agreements between EU Member States: *Achmea* Case C-284/16, *Slowakische Republik v. Achmea BV*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 March 2018, EU:C:2018:158", *Common Market Law Review* 56, (2019): 157.

⁵¹ Ibid (Pohl).

⁵² Wojciech Sadowski, "The Rule of Law and the Roll of the Dice. The Uncertain Future of Investor-State Arbitration in the EU" içinde *Defending Checks and Balances in EU Member States - Taking Stock of Europe's Actions*, ed. Armin von Bogdandy et. al., (Berlin: Springer-Verlag, 2021), 345.

sunmasına, bu hükümdekiyle aynı içeriğe sahip bir *ad hoc* bir anlaşma yapma marifetiyle izin vermek, bu Üye Devletin Kurucu Andlaşmalar ile, özellikle ABA 4(3) ve ABİDA 267. ve 344. maddelerden kaynaklı yükümlülüklerini atlatmasına yol açabilecektir ve bu durum AB hukukunun özerkliğinin tekrarlanan şekilde ihlal edilmesine olanak tanımak olacaktır. Bu itibarla, *Achmea* içtihadı ile AB hukukunun önceliği ve samimi işbirliği ilkelerinden kaynaklanan yükümlülükler itibarıyla Üye Devletler, AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına dair uyuşmazlıkları AB yargısal sisteminden sadece kaçırmamakla değil, ayrıca bu tarz bir uyuşmazlığın AB hukukuna aykırı şekilde bir tahkim önüne getirilmesi durumunda bu tahkim mahkemesi önünde istinat edilen tahkim hükmünün veya *ad hoc* tahkim anlaşmasının geçerliliğine itiraz etmekle de mükelleftirler.⁵³

Ayrıca *Achmea Kararı*'nın 58. paragrafında uyuşmazlığın AB yargısal sisteminin dışında bir tahkim mahkemesi tarafından çözülmesi imkanının AB değil de Üye Devletler tarafından yapılan bir anlaşma tarafından sağlanmasının aykırılık taşıdığı, yani mefhumu muhalifinden AB tarafından gerçekleştirilmiş olsaydı özerklik ilkesine aykırı olmazdı, şeklinde bir yoruma ulaşılmaması gerekir. Zira ABAD'ın münhasır ve nihai yargı yetkisini 2/13 Sayılı *Mütalaa*'nın AB ile Üye Devletler arası uyuşmazlıklara, *Achmea*'nın da kişilerin de taraf olduğu uyuşmazlıklara teşmil ettiği gerçeği dikkate alınır, AB ile Üye Devletlerin üçüncü devletlerle yaptıkları/yapacakları anlaşmaların AB içi anlaşma benzeri boyutları itibarıyla de bu hükmün geçerli olduğunun, yani AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasının AB yargısal sistemi dışında ve dolayısıyla ABAD'ın önkarar usulü çerçevesinde denetimi dışında bir mekanizmaya bırakılmasının da özerklik ilkesi altında sözkonusu olamayacağının bilinmesi gerekir.⁵⁴

C. İctihadın Hukuki Sonuçları

Achmea Kararı Üye Devletlerin artık kendi aralarında AB içi yatırım anlaşmaları marifetiyle yargısal denetim sistemi dışında yatırım tahkim mahkemeleri kurma yetkilerinin olmadığını ifadesidir. Yani AB yargısal ve kurumsal sistemi dışında AB içi yatırım tahkimi AB hukukuna aykırılık

⁵³ Case C-109/20 *Republiken Polen v PL Holdings Sàrl* EU:C:2021:875, para. 28-29, 37-65.

⁵⁴ Bu bağlamda bkz. Case C-741/19 *Republic of Moldova v Komstroy LLC* EU:C:2021:655, para. 60; *Opinion 1/17*, EU:C:2019:341, para. 127.

niteliği taşımaktadır. Zira ABAD'a göre, Üye Devletin AB'ye katılımından geçerli olmak üzere ABA ve ABİDA tarafından sağlanan ve ABA 19(1). maddenin AB hukukunun kapsamı içerisindeki alanlarda Üye Devletleri kurmakla yükümlü kıldığı hukuki çareler sistemi, tahkim usulünü ikame etmektedir.⁵⁵ Dolayısıyla AB hukukuna göre bu tarz bir tahkim mahkemesinin tazminat hükmü vermeye yetkisinin bulunmaması, yatırımcıya ödenen tazminatı Devlet yardımı hüviyetine büründüreceklerdir.⁵⁶

Ayrıca mevcuttaki AB dışı karma anlaşmalar çerçevesinde kurulan tahkime ilişkin, eğer sözkonusu anlaşma AB organları ile Üye Devletler veya Üye Devletler arası ilişkileri kapsamından çıkartma (disconnection) hükmü içermiyorsa, içtihadın etkisinin olacağı öngörülmektedir. Bu itibarla *Komstroy* Kararında ABAD, Avrupa Enerji Anlaşması'nın Üye Devletlerin akit taraf teşkil eden üçüncü ülke yatırımcılarıyla olan ilişkilerine dair tahkim mekanizması çerçevesinde yükümlülükler getirebileceği önkabulüne rağmen, özerkliğin ve AB hukukunun kendine özgü doğasının, tahkim mekanizması çerçevesindeki Avrupa Enerji Anlaşması'ndan doğan yükümlülüklerin Üye Devletler arasında uygulanmasına mani olduğundan bahisle, Anlaşmanın uyuşmazlığa ilişkin 26(2)(c). maddesinin bir Üye Devletle, o devlette yatırım yapan başka bir Üye Devlet yatırımcısı arasındaki uyuşmazlığa uygulanamayacağını belirtmiştir.⁵⁷

Değinilen içtihat AB hukuku perspektifinden hukuki sonuçlardır. Bu içtihat uluslararası hukuk çerçevesinde kurulan tahkim mahkemeleri için bağlayıcı olmadığı için, uluslararası hukuk çerçevesinde esas ve usule ilişkin koruyucu mekanizmalar/önlemler tesis edilmeden, Üye Devletlerin uluslararası hukuk altındaki sorumluluğunu ortadan kaldıracak değildir. Zaten bu itibarla tahkim mahkemelerinin AB'ye katılımı birlikte AB hukukunun otomatik olarak bu anlaşmaları hükümsüz kılmadığına, anlaşma sona erdirilmeksizin uyuşmazlığı etkilemeyeceğine,⁵⁸ Devletlerin deklarasyonlarının anlaşmayı sona erdirmeyeceğine, tahkim mahkemesinin yargı yetkisini etkilemeyeceğine,⁵⁹ tahkimi ortadan kaldıramayacağına ve sona erme (sunset) hükümlerinde düzenlendiği üzere yatırımcıların anlaşmanın resmi olarak sona ermesinden sonra dahi belirli sürelerle

⁵⁵ Case C-638/19 P *Micula* EU:C:2022:50, para. 139, 145.

⁵⁶ Ibid., para. 123-125.

⁵⁷ Case C-741/19 *Komstroy*, para. 65-66; *Opinion 1/20* EU:C:2022:485, para. 47.

⁵⁸ *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v The Czech Republic*, (SCC Case No. 088/2004), Partial Award, 27 March 2007, para. 172, 176.

⁵⁹ *United Utilities (Tallinn) BV and Aktsiaselts Tallinna Vesi v Republic of Estonia* (ICSID Case No ARB/14/24), Award, 21 June 2019, para. 558-560.

korunan haklarına saygı gösterilmesi gerektiğine⁶⁰ karar verdikleri görülmektedir. Birçok Üye Devlet tarafından, AB içi anlaşmaların sona erdirilmesi ve tahkim mahkemelerinde *Achmea*'dan sonra açılan davalar çerçevesinde olası sorumluluktan kaçınmak için bu davalarda bu anlaşmalardaki tahkim hükümlerinin yasal dayanak teşkil edemeyeceği hükmünü havi sona erdirme anlaşmaları yapıldığını belirtmek gerekir.⁶¹ Sona Erdirme Anlaşması'nın 7(b). maddesi, tahkim davalarının tarafı olan Üye Devletlere yetkili ulusal mahkemelerine tahkim hükmünü sarfı nazar etme, iptal etme veya tanıma ve tenfizden imtina etmelerini talep etmeleri yükümlülüğü getirmektedir. 4. maddesi ise AB içi anlaşmaların tahkim hükümlerinin ilgili Üye Devletin AB'ye katılım tarihinden itibaren hukuki dayanak teşkil edemeyeceğini belirtmektedir. Bunlara rağmen, uluslararası hukuk açısından hukuki kesinlik ilkesi gereği anlaşmaların geçmişe dönük uygulanamayacağına ilişkin görüşler⁶² de bulunmaktadır.

Ayrıca tahkim mahkemelerinin gerek uygulanabilir hukuk, gerekse yargı yetkisi noktasında genelde ABAD'dan farklı yaklaşımlar sergilediği vakidir. Bu itibarla, yatırımcı-Devlet tahkim mahkemelerinin, AB hukukunun önceliği ve AB hukuk düzeninin özerkliğini tanımadığı, AB hukukunu uygulanabilir hukuk olması hasebiyle uluslararası hukukun veya Üye Devlet hukukunun parçası olarak maddi vakıa olarak değerlendirdiği,⁶³ ulusal hukukun parçası olarak AB hukukuna istinaden uluslararası yükümlülüklerin ihlalinde iç hukukun bir mazeret olarak ileri sürülemeyeceği,⁶⁴ *Achmea Kararı*'nın lafzının iki taraflı anlaşmalar inhisarında olduğu ve çok taraflı anlaşmalara uygulanamayacağı, AB hukukunun uyumsuzluğa uygulanabilir olmadığı,⁶⁵ veya yargı yetkisi ile kararın tenfizinin ayrı hususlar teşkil ettiğinden bahisle tenfiz kabiliyeti tespitinin kendi görevi olmadığı, tenfiz aşamasında *Achmea Kararı*ndan ve ulusal hukuklarından gerekli çıkarımları yapacak olanın mahkemeler

⁶⁰ *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v Hungary* (ICSID Case No ARB/17/27), Award, 13 November 2019, para. 222-224.

⁶¹ Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union, OJ L 169, 29.5.2020, p. 1-41.

⁶² *Eastern Sugar B.V.*, para. 119.

⁶³ *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v The Czech Republic*, (PCA Case No. 2014-03), Final Award, 17 October 2017, para. 177-178.

⁶⁴ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v The Republic of Hungary*, (ICSID Case No. ARB/07/22), Award, 23 September 2010, para. 7.6.6.

⁶⁵ *Eskosol S.P.A. in liquidazione v Italian Republic* (ICSID Case No. ARB/15/50) Decision on Termination Request and Intra-EU Objection, 7 May 2019, para. 167-177.

olduğu;⁶⁶ şeklinde uyuşmazlığı karara bağlama yönünde tutum sergiledikleri, yani kendilerinin AB hukuku çerçevesinde yargı yetkisinin bulunmadığına dair *Achmea Kararı*'na itibar etmeyip AB hukuku çerçevesinde kararlarının AB hukuk düzeni içerisinde uygulanmasının mümkün olmamasına rağmen, kompetenz-kompetenz sahibi olarak iki taraflı yatırım anlaşması ve Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi çerçevesinde kendi yargı yetkilerini teyit ettikleri⁶⁷ vakidir. Dolayısıyla, içtihat sonrası bile tahkim kararları neticesinde Üye Devletler AB hukuku ile uluslararası hukuk yükümlülükleri arasında mecburen uluslararası yükümlüklerini ihlal durumunda kalabileceklerdir. Bu noktada, uluslararası yatırım hukuku çerçevesinde tahkim kararlarının tenfizinin davalı tarafın ülkesinde olmasının gerekmediğinin, bir ICSID üyesi devletin mahkemelerinde de tenfiz imkanının⁶⁸ bulunabileceğinin de hatırlanması gerekir.

AB içi yatırım anlaşmalarının tasfiye edilmesi, AB hukuk düzeninde kişilerin, özellikle *Achmea Kararı* öncesi dava açan yatırımcılar için yargısal korunma açısından önemli bir açık doğmasına yol açmıştır.⁶⁹ AB içi yatırım mekanizmasının inkıtaya uğramasının doğuracağı, bazı AB yatırımcılarının, Üye Devletlerin üçüncü ülkelerle yaptığı AB dışı anlaşmalarla kurulan yatırım tahkim mekanizmasından istifade edebilmek için yatırımlarını, bir Üye Devlette AB dışı yatırımcı kategorisinde olabilmek amacıyla, üçüncü devletlere kaydırabilme ihtimalinden de söz edilebilir.⁷⁰

⁶⁶ *Marfin Investment Group v The Republic of Cyprus*, (ICSID Case No ARB/13/27), 26 July 2018, para 596.

⁶⁷ *Magyar Farming Company Ltd.*, para. 207-211.

⁶⁸ Tahkim kararlarının tenfizi ICSID Konvansiyonu (the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 575 UNTS 159) veya New York Konvansiyonu (the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 330 UNTS 3) çerçevesinde sağlanabilir. Örneğin ICSID Konvansiyonu altında ABD Columbia Bölge Mahkemesi'nde açılan tenfiz talepli dava için bkz. *Viorel Micula v The Government of Romania* 104 F. Supp. 3d 42 (D.D.C. 2015).

⁶⁹ Sadowski, "The Rule of Law and the Roll of the Dice", 335.

⁷⁰ Ursula Kriebaum, "The Fate of Intra-EU BITs from an Investment Law and Public International Law Perspective", ELTE Law Journal (2015/1): 27.

III. AB Dışı Yatırım Anlaşmaları ile Kurulan Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

A. 1/17 Sayılı Mütalaa

AB ve Üye Devletlerin Kanada ile yaptıkları karma anlaşma niteliğindeki Kapsamlı Ekonomik ve Ticari Anlaşma'nın (The EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement) AB birincil hukukuna uygunluğunun ön-denetimi için ABİDA 218(11). madde çerçevesinde yatırımcılar ile devletler arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin Anlaşma'nın F bölümünün temel haklar da dahil olmak üzere Kurucu Andlaşmalarla uygun olup olmadığının tespit edilmesi için Belçika tarafından yapılan talebe ilişkin ABAD şu kararı vermiştir.

Kanada ile yapılan Anlaşma çerçevesinde yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için kurulan mekanizma tahkim ile temyiz mahkemesinden müteşekkildir. Anlaşmaya göre bilahare kurulacak çok taraflı yatırım mahkemesi ve temyiz mahkemesi bu mahkemeler yerine ikame edilecektir. Anlaşmanın 8.21. maddesine göre, dava açma niyetinde olan Kanadalı bir yatırımcı, davalının kim olacağını tespit etmesi için AB'ye hangi tasarruflar aleyhine bunu gerçekleştireceğini açıklayan bir bildirimde bulunacak ve AB, yatırımcıya AB'nin mi, yoksa bir Üye Devletin mi davalı olduğunu açıklayacaktır.⁷¹ Anlaşmanın 30.6.1 maddesine göre Anlaşma tarafların iç hukuk sistemlerinde doğrudan istinat edilmeye müsait şekilde yorumlanamaz, yani Anlaşmanın iç hukuk sistemlerinde doğrudan etkisi yoktur.⁷²

ABAD sıklıkla teyit ettiği yerleşik içtihadı çerçevesinde, ilkesel olarak bir uluslararası anlaşma ile anlaşma hükümlerinin yorumlanmasıyla görevli ve kararlarının ABAD da dahil olmak üzere AB organları için bağlayıcı olacağı bir mahkeme kurulmasının AB hukukuna aykırı olmadığını, AB'nin uluslararası ilişkiler alanındaki yetkisinin ve uluslararası anlaşma akdedebilme kapasitesinin doğal olarak hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olmak kaydıyla bu tarz anlaşmalarla kurulan bir mahkemenin kararlarına, AB'nin ve onun hukuk düzeninin özerkliği korunduğu müddetçe, müracaat etme yetkisini de kapsadığını ifade etmiştir.⁷³

⁷¹ *Opinion 1/17*, para. 13.

⁷² *Ibid*, para. 40.

⁷³ *Ibid*, para. 106.

AB tarafından akdedilen bir uluslararası anlaşma AB organlarının yetkilerini, bu yetkilerin asli karakterini koruyacak kaçınılmaz şartlar karşılandığı ve dolayısıyla AB hukuk düzeninin özerkliğine herhangi bir hanel gelmediği takdirde etkileyebilir.⁷⁴ Bu itibarla, sözkonusu anlaşma ile kurulan uyumsuzluk çözüm mekanizması, AB hukuk düzeninin özerkliğine herhangi bir hanel getirmediği sürece AB hukukuna uygun olabilir.⁷⁵ AB hukuk düzeninin üye devlet hukuklarına ve uluslararası hukuka ilişkin sözkonusu olan özerkliği AB ve hukukunun asli hususiyetlerinden neşet eder. Üye Devletlerin hukuklarına önceliği ve Üye Devletler ile vatandaşlarına uygulanabilir doğrudan etkili hükümleriyle birlikte AB hukuku, bağımsız bir hukuk kaynağı teşkil eden Kurucu Andlaşmalar'dan neşet etme karakterini haizdir. Bu hususiyetler, AB ile Üye Devletler arasında ve Üye Devletlerin birbirleri arasında karşılıklı mahiyette bağlayıcı yapısal ilkeler, kurallar ve karşılıklı bağımlı hukuki ilişkiler ağı doğmasına sebebiyet vermiştir.⁷⁶ Dolayısıyla bu özerklik, AB'nin kendisine mahsus bir anayasal çerçeveye sahip olduğu gerçeğinde yatmaktadır. Bu anayasal çerçeve ABA 2. maddede serdedilen kurucu değerlerini, AB hukukunun genel ilkelerini, Şart hükümlerini, yetkilerin devri ve bölüşümünü düzenleyen kuralları, AB organlarının ve yargısal denetim mekanizmasının işleyişini belirleyen kuralları ve entegrasyon sürecinin uygulanmasına katkı yapacak şekilde yapılandırılmış somut alanlarda temel kuralları muhtevi Kurucu Andlaşmaların hükümlerini kapsar.⁷⁷ Bu hususiyetlerin ve yaratılan hukuk düzeninin özerkliğinin temini için Kurucu Andlaşmalar, AB hukukunun yorumlanmasında insicam ve yeknesaklığı sağlamak üzere bir yargısal denetim sistemi kurmuştur. ABA 19. madde çerçevesinde AB hukukunun bütün Üye Devletlerde tam uygulanmasının ve etkili yargısal korumanın sağlanması yükümlülüğü Üye Devlet mahkemeleri ile AB hukukunun belirleyici yorumunu yapmaya münhasır yargı yetkisi olan ABAD uhdesindedir. Bu amaçla da yargısal denetim sistemi bilhassa önkarar usulünü içerir.⁷⁸

Bu itibarla bu davada CETA'nın kurduğu uyumsuzluk çözüm mekanizmasının, AB'nin sözkonusu anayasal çerçevede işlemesine mani bir durum sergileyip sergilemediğinin incelenmesi gerekir.⁷⁹ Bu açıdan

⁷⁴ Ibid. para. 107.

⁷⁵ Ibid., para. 108.

⁷⁶ Ibid., para. 109.

⁷⁷ Ibid., para. 110.

⁷⁸ Ibid., para. 111.

⁷⁹ Ibid., para. 112.

CETA'nın kurduğu yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizması, AB ve Üye Devletlerin iç mahkemelerinden ayrıdır ve dolayısıyla AB yargısal sistemi dışında yer almaktadır.⁸⁰ Bu mekanizmanın AB yargısal sistemi dışında yer alması başlıbaşına onun AB hukuk düzeninin özerkliğine hâlel getireceği anlamına gelmez. AB'nin akdettiği anlaşmalara ilişkin olarak, ABA 19. maddede belirtilen bu anlaşmaların hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması için mahkemelerin yetkisi, ne bu anlaşmaların akdedildiği üçüncü tarafların mahkemelerinde, ne de bu anlaşmalar ile kurulan mahkemelerde üstünlüğe sahiptir.⁸¹ Bu anlaşmalar, AB hukukunun ayrılmaz parçası olmaları hasebiyle, önkarar usulüne tabi olabilse de, üçüncü tarafları da daha az olmamak üzere ilgilendirmektedir ve onların mahkemeleri tarafından yorumlanabilir. Uluslararası anlaşmaların mütekabil doğası ve uluslararası ilişkilerde AB'nin yetkilerinin korunması gereği, akdeden tarafların mahkemeleri tarafından yapılacak yorumlarıyla bağlı olmayacak nitelikte, hükümlerini yorumlama yetkisiyle teçhiz edilmiş, mevcut anlaşmada sözkonusu olduğu gibi, bir uluslararası mahkeme kuran uluslararası anlaşma akdetme yolu AB'ye açıktır.⁸² Ancak, bu anlaşma ile kurulan mahkemeler AB yargısal sistemi dışında yer aldığı için, sözkonusu uluslararası anlaşma dışında AB hukuku hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasına dair veya, anlaşma hükümleri dışındaki AB hukuku hükümlerinin yorumlanmasına veya uygulanmasıyla iştigal etmeseler dahi, AB organlarının AB'nin anayasal çerçevesinde işleyişini engelleyici etkisi olan hükümler vermeye dair yetkileri olamaz.⁸³

ABAD incelemesi sonucunda, dava konusu uyuşmazlık çözüm mekanizmasının sözkonusu anlaşma hükümleri dışında AB hukukunu yorumlama ve uygulama yetkisinin bulunmadığı kanaatine ulaşmıştır. Çünkü tahkim mahkemesinin, anlaşma ihlali iddialarına konu olan bir tasarrufun bir tarafın iç hukuku altında hukukilik denetimini yapma yargı yetkisi yoktur.⁸⁴ Kendisine yorumlama ve uygulama açısından verilen yetki sadece sözkonusu anlaşma hükümleriyle sınırlıdır ve bu yorumlama veya uygulama taraflar arasında uygulanabilir uluslararası hukuk kuralları ve ilkelerine göre yerine getirilmelidir. Bu itibarla anlaşmanın ilgili hükümleri *1/09 Sayılı Mütalaa*'da belirlenen ve AB hukukuna aykırı bulunan birleşik patent

⁸⁰ Ibid., para. 113-114.

⁸¹ Ibid., para. 115-116.

⁸² Ibid., para. 117-118.

⁸³ Ibid., para. 118-119.

⁸⁴ Ibid., para. 121.

yargısal sisteminden farklılık arz etmektedir.⁸⁵ Zira, patent mahkemesinin yargı yetkisi çerçevesinde uygulanabilir hukuk, özellikle Topluluk patentine dair Konsey tüzüğü olmak üzere doğrudan uygulanabilir Topluluk hukuku ile Topluluk hukukunu uygulayan akit taraf Üye Devletlerin ulusal hukuklarını da içermektedir. Bu nedenle patent mahkemesine, ilgili anlaşma hükümleri dışında, hem Topluluk patentine dair mevcut ve gelecekteki AB hukuku tasarruflarını da yorumlama ve uygulama amacıyla uyuşmazlık çözümü için başvurulabilmesi, hem AB hukuku temel hakları ve genel ilkeleri ışığında bir uyuşmazlığın çözümünü yapması çağrısı, hem de hatta bir AB tasarrufunun geçerliliğini incelemesi talebi sözkonusuydu. Bu itibarla, sözkonusu anlaşmanın onaylanması, Kurucu Andlaşmaların AB hukukunun kendine özgü doğasının korunmasına yönelik kaçınılmaz nitelik arz eden, AB organlarına ve Üye Devletlere verdiği yetkilerin asli karakterini değiştirebilirdi.⁸⁶

Buna ilaveten CETA, *Achmea*'da sözkonusu olan yatırım anlaşmasından da ayrıştırılmalıdır, çünkü hem *Achmea*'da belirtildiği üzere o anlaşma çerçevesinde kurulan yatırım tahkim mahkemesine AB hukukunun yorumlanması veya uygulanmasını ilgilendiren uyuşmazlıkların çözümüne dair başvurulabilirdi, hem de o anlaşma Üye Devletler arasında akdedilmişti.⁸⁷ Bu itibarla, üye devletler arasında yapılan anlaşmayla kurulan yatırım tahkim mahkemesinin AB hukukuna uygunluğu meselesi, CETA'da sözkonusu olduğu gibi AB ile üçüncü bir devlet arasında yapılan anlaşmayla kurulan tahkim mahkemesinin AB hukukuna uygunluğu meselesinden ayrıştırılmalıdır. Çünkü Üye Devletler AB hukukuna tabi herhangi bir alanda karşılıklı güven ilkesine riayetle yükümlüdürler ve bu ilke her bir Üye Devletin istisnai şartlar dışında bütün diğer Üye Devletlerin temel hakları da içermek üzere AB hukukuna riayet ettiklerine itibar etmelerini yükümlü kılar.⁸⁸ Fakat karşılıklı güven ilkesi, AB ile üçüncü devlet arasındaki ilişkilere uygulanabilir değildir.⁸⁹ CETA'nın 8.31.2. maddesinde düzenlenen tahkim mahkemesinin akit tarafların iç hukukunu, maddi olgu tespiti itibariyle gerektiğinde değerlendirebileceğine ve bunu yaparken iç hukuka akit tarafın mahkemeleri tarafından verilen yoruma itibar etmesi yükümlülüğüne dair hüküm, bu tahkim mahkemesinin CETA hükümleriyle

⁸⁵ Ibid., para. 122-123.

⁸⁶ Ibid., para. 125; *Opinion 1/09*, para. 89.

⁸⁷ Ibid., para. 126-127.

⁸⁸ Ibid., para. 127-128.

⁸⁹ Ibid., para. 129.

sınırlı yargı yetkisinin bulunduğu tespitini çürütmez.⁹⁰ Söz konusu anlaşma hükümleri, CETA Mahkemesi'ne bir yatırımcı tarafından yatırımın yapıldığı devlet veya AB tarafından yapılan bir tasarrufun CETA'ya uygunluğunun incelenmesi amacıyla yapılan başvuru durumunda, iddia ve savunmalar temelinde bu tasarrufun kaçınılmaz olarak etki incelemesinin yapılması dışında bir amaç taşımamaktadır. Bu inceleme bazı durumlarda davalı tarafın iç hukukunun nazar-ı dikkate alınmasını gerektirebilir. Ancak bu inceleme, CETA Mahkemesi tarafından iç hukukun yorumlanması anlamına gelmez ve bu mahkeme akit tarafın mahkemeleri tarafından iç hukuka dair verilen yorumları takip etmekle yükümlü olduğu ve akit tarafın mahkemeleri ile otoriteleri bu mahkeme tarafından verilen iç hukuk yorumlarıyla bağlı olmadıkları sürece, ilgili iç hukukun sadece maddi olgu olarak dikkate alınmasından ibarettir.⁹¹ AB hukuku hükümlerine dair CETA Mahkemesi'nin yargı yetkisinin olmadığı, anlaşmada düzenlendiği şekilde Kanadalı bir yatırımcının AB veya Üye Devlet tasarrufları aleyhine dava açma niyetinde olması durumunda dikey yetki bölüşümü kuralları ışığında AB aleyhine mi yoksa Üye Devlet aleyhine mi davanın açılması gerekliliğinin tespiti yetkisinin AB'ye verilmiş olduğu gerçeğinde de karşılık bulunmaktadır. Böylece ABAD'ın AB ile Üye Devler arasındaki dikey yetki bölüşümüne dair münhasır yargı yetkisi korunmuş olmaktadır ve bu itibarla CETA'nın ilgili hükümleri 2/13 Sayılı *Mütalaa*'nın konusunu teşkil eden katılım anlaşması tasarısından ayrıştırılmalıdır.⁹² CETA Temyiz Mahkemesi'ne de CETA hükümleri dışında AB hukuku kurallarının yorumlanması veya uygulanması amacıyla başvuru yapılamaz, çünkü bu mahkeme önünde uygulanabilir hukuk CETA ile onun yorumlanmasının ve uygulanmasının ışığında yapılmasının söz konusu olduğu uluslararası hukuk kuralları ve ilkelerinden ibarettir.⁹³ CETA Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi AB yargısal sistemi dışında yer aldığı ve bu mahkemelerin yorumlama yetkisi akit taraflar arasında uygulanabilir olan uluslararası hukuk kuralları ve hükümleri ışığında CETA hükümleriyle sınırlı olduğu için, CETA'nın, bu mahkemeler tarafından önkarar başvurusu yapılmasına izin verecek veya başvurulmasını gerektirecek ve bu suretle ABAD'ın ön katılımını sağlayacak herhangi bir hükmü de mevcut değildir.⁹⁴ Aynı gerekçelerle, CETA'nın bir yatırımcı tarafından yatırımının olduğu ülke

⁹⁰ Ibid., para. 130.

⁹¹ Ibid., para. 131.

⁹² Ibid., para. 132.

⁹³ Ibid., para. 133.

⁹⁴ Ibid., para. 134.

veya AB aleyhine açılan bir davada bu mahkemelere uyuşmazlığa karar verme yetkisi vermesi, ve bu durumun bu kararın o devletin bir mahkemesinin veya ABAD'ın tekrar incelemesine tabi olmasına ilişkin bir usul kurulmaksızın ve o yatırımcının, CETA mahkemelerindeki derdest olan veya karara bağlanmış bir kararın konusunu teşkil eden aynı uyuşmazlığı o devletin bir mahkemesi veya ABAD önüne getirebilmesine izin verilmeksizin sözkonusu olması, AB hukukuna uygundur.⁹⁵ Netice olarak, CETA öngörülen mahkemelere CETA hükümleri dışında AB hukukunun yorumlanması veya uygulanmasına dair herhangi bir yargı yetkisi vermemektedir.

Yatırımcı tarafından açılan davada, itiraz edilen tasarrufun kendisi tarafından kabul edilmesi durumunda AB, bu tasarrufun CETA Mahkemesi tarafından denetime tabi tutulmasına itiraz edememektedir. CETA'da düzenlenmiş usul kuralları gereği, aleyhine dava açılan Üye Devletin veya AB'nin davalı olarak CETA Mahkemesi tarafından verilen uyuşmazlığın çözümüne dair karara rıza göstermesi gerekmektedir.⁹⁶ Ne itiraz edilen tasarrufu iptal etme, ne davalı tarafın iç hukukunun CETA'ya uyumlu hale getirilmesini dayatma, ne de davalı tarafa ceza verme yetkisi bulunsa da, CETA Mahkemesi, tasarrufun belirli CETA hükümlerini ihlal ettiğinin tespitini yapması durumunda, yine de davalı tarafı iddia sahibi yatırımcıya zararını gidermeye yönelik faiziyle birlikte tazminat ödemeye mahkum edebilir.⁹⁷ Dolayısıyla AB de tazminat ödemek zorunda kalabilecektir. CETA mahkemelerine verilen yetkilerin karakteristiği, CETA'nın da amacını teşkil eden yabancı yatırımcıların korunmasıyla uygunluk niteliği taşımaktadır.⁹⁸

Bununla birlikte, bu mahkemelerin yargı yetkisi, eğer bu yetki bir uyuşmazlık çerçevesinde sözkonusu mahkemelerin teşebbüs hürriyetini kısıtlayıcı tasarruflara ilişkin tespit ameliyelerinde AB'nin bu kısıtlayıcı tasarrufu kabul etmesini doğuracak bir kamu yararının korunma düzeyine hâlel getirebilecek şekilde düzenlenmiş olsaydı, AB hukuk düzeninin özerkliğine hâlel getirmiş olurdu.⁹⁹ Eğer CETA mahkemeleri AB organları tarafından belirlenen kamu çıkarının korunması düzeyi nedeniyle sözkonusu olan Kanadalı yatırımcıya muameleyi CETA'ya aykırı bulma hükmünü

⁹⁵ Ibid., para. 135.

⁹⁶ Ibid., para. 140.

⁹⁷ Ibid., para. 144.

⁹⁸ Ibid., para. 145-147.

⁹⁹ Ibid., para. 148.

verme yargı yetkisine sahip olsaydı, bu AB tarafından yatırımcıya tazminat ödemekten kaçmak için ulaşılan koruma düzeyinin terkedilmesini gerektirecek bir durum yaratabilirdi.¹⁰⁰ Eğer AB, kendisinin veya AB hukukunun uygulanması bağlamında bir Üye Devletin, AB yargısal sistemi dışında yer alan bir mahkeme tarafından AB organlarının AB'nin anayasal çerçevesine uygun olarak tesis ettiği kamu yararı koruma düzeyinin değerlendirilmesi üzerine, bir düzenlemeyi değiştirme veya ilga etme sonucunu doğuracak bir uluslararası anlaşma akdedecek olsaydı, böyle bir anlaşmanın, AB'nin kendine özgü anayasal çerçeve içinde özerk olarak işlemesi kapasitesini ortadan kaldıracağı sonucuna ulaşılması gerekirdi.¹⁰¹ Bu noktada AB düzenlemesinin AB yasaması tarafından AB kurucu Andlaşmalarında tanımlanan demokratik süreç içerisinde kabul edildiğinin ve bu düzenlemenin yetki devri, subsidiarite ve orantılılık ilkeleri açısından bir AB meşru amacına ulaşılması için uygun ve gerekli olduğunun varsayıldığı ifade edilmelidir. ABA 19. madde çerçevesinde, böyle bir düzenleme tarafından kurulan kamu çıkarlarının korunması düzeyinin başta Kurucu Andlaşmalar, Temel Haklar Şartı ve AB hukukunun genel ilkeleri olmak üzere AB hukukuna uygunluğunun denetiminin sağlanması AB mahkemelerinin yetkisindedir.¹⁰² CETA'da yer alan yükümlülüklerin ihlal edildiğinin tespitine dair öngörülen CETA mahkemelerinin yargısal yetkisine ilişkin, CETA'nın 28.3.2. maddesine göre CETA Mahkemesi'nin, AB tasarrufları tarafından kurulan kamu çıkarı koruma düzeyinin CETA ile uyumlu olup olmadığını tespit etme yetkisi bulunmadığı gibi,¹⁰³ 8.9.1 ve 8.9.2. maddeler çerçevesinde de CETA mahkemelerinin demokratik sürece istinaden AB tarafından belirlenen kamu çıkarı koruma düzeyini ortadan kaldıracak mahiyette takdir yetkisi bulunmamaktadır.¹⁰⁴ Ayrıca CETA Mahkemesi'nin CETA 8.10. maddede yer alan kapsamdaki yatırımlara adil ve eşit muamele sağlama yükümlülüklerinin ihlal edildiğinin tespitine dair yargı yetkisi, ihlal tespiti durumlarının tahdidi olması hasebiyle spesifik olarak kısıtlanmıştır ve demokratik süreç sonunda belirlenen kamu çıkarı koruma düzeyi, öngörülen mahkemelere bir taraf tarafından yatırımcıya veya yatırıma yapılan muamelenin adil ve eşit olup olmadığına dair iddiaların tespiti için verilen yargı yetkisine tabi değildir.¹⁰⁵ Sonuç olarak CETA

¹⁰⁰ Ibid., para. 149.

¹⁰¹ Ibid., para. 150.

¹⁰² Ibid., para. 151.

¹⁰³ Ibid., para. 152-153.

¹⁰⁴ Ibid., para. 154-156.

¹⁰⁵ Ibid., para. 157-159.

mahkemelerinin kamu düzeni veya kamu güvenliğinin düzeyine, kamu ahlakının korumasına, insan ve hayvanların sağlığının ve yaşamının korunmasına, gıda güvenliğinin muhafazasına, bitkilerin ve çevrenin korunmasına, çalışmada refaha, ürün güvenliğine, tüketicinin korunmasına ve temel haklara dair bir akit tarafın demokratik tercihlerini ortadan kaldıracabileceği herhangi bir yargı yetkisi olmadığından CETA'nın ilgili hükümleri AB hukuk düzeninin özerkliğine bir halel getirmez.¹⁰⁶

B. AB Dışı Anlaşmalar Çerçevesinde Yatırım Tahkim Mahkemelerinin Durumu

Görüldüğü üzere ABAD, AB dışı anlaşmalar çerçevesinde AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına dair yetkisi bulunmayan ve AB hukukuna dair yetkisi maddi vakıa tespitinden öteye geçmeyen yargısal çözüm mekanizmalarına buna ilişkin koruyucu önlemlerin anlaşmada muhafaza edilmesi şartıyla olanak tanımıştır.

Uluslararası mahkemelerin yargı yetkisi açısından iç hukukuna muamelenin yorum mu, yoksa maddi vakıa tespiti mi gerektirdiğine dair Daimi Uluslararası Adalet Divanı, uluslararası hukuk ve onun organı olarak kendisi açısından, iç hukukların devletlerin iradelerini ifade eden ve faaliyetlerini oluşturan maddi olgular teşkil ettiğini, iç hukuku yorumlamak için kendisine başvurulmadığını, ilgili devletin Cenevre Konvansiyonu çerçevesinde karşı devlete karşı yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadığına dair karar vermesine mani bir durum olmadığını belirtmiştir.¹⁰⁷ Hukuk literatüründe uluslararası mahkemelerin iç hukuklara ilişkin yaklaşımının yorumlama şeklinde olmadığını, onlara sadece uluslararası hukukun uygulanacağı veya dava konusu olayın unsurlarına doğrudan uygulayarak bir uyuşmazlığı çözecekleri maddi vakıa olarak muamele edilebileceği tarzında yorumlar bulunduğu gibi,¹⁰⁸ tersine bu tespit tartışmalı olduğuna ve mahkemenin bir nebze de olsa iç hukuku yorumlamaksızın işlevini yerine getiremeyeceğine dair yorumlar da mevcuttur.¹⁰⁹ ABAD'ın AB hukuk düzeninin özerkliği gereği bu noktada işi

¹⁰⁶ Ibid., para. 160-161.

¹⁰⁷ Permanent Court of International Justice, *Germany v. Poland, German Interests in Polish Upper Silesia* (Germ. v. Pol.), 1926 P.C.I.J. (ser. A) No. 7 (May 25), para. 52.

¹⁰⁸ Jarrod Hepburn, "Applicable Law in TPP Investment Disputes", *Melbourne Journal of International Law* 17 (2016): 1.

¹⁰⁹ Quentin Declève, "Achmea: Consequences on Applicable Law and ISDS Clauses in Extra-EU BITs and Future EU Trade and Investment Agreements", *European Papers* 4/1 (2019): 99.

garantiye almak için hassas davrandığı söylenebilir. Bu itibarla ABAD'ın özellikle bir uluslararası mahkemenin AB hukukuna dair yorumlama ve uygulama yetkisinin olmaması kesinliğinin özerklik ilkesi çerçevesinde sağlanması açısından, uluslararası mahkemelerin yetkisinin sadece maddi vakıa tespitiyle sınırlı kalmasının somut koruma tertibatları eşliğinde temini noktasında ihtimam göstermektedir. Bu noktada uluslararası anlaşmayla kurulan bir mahkemenin, AB yargısal sisteminin parçası olmadığı takdirde, zaten AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına dair bir yetkisinin olmamasına ilaveten ABAD'ın, bir anlaşmada şu şartları aradığı söylenebilir: uluslararası mahkemenin AB tasarruflarının hukukiliğini AB hukuku altında denetleme yetkisinin olmaması, yani AB hukukunun yorumu ve uygulanmasına dair yargısal yetkisinin olmaması; uluslararası mahkemenin anlaşma hükümlerinin ihlali çerçevesinde sadece tazminata hükmedebilme yetkisinin olması; AB hukukuna dair yetkisinin sadece maddi vakıa tespiti çerçevesinde AB ve Üye Devlet mahkemelerinin kararlarına itibar etmekten öteye geçmemesi; bu uluslararası mahkeme tarafından verilen AB ve Üye Devlet hukukuna dair yoruma ilişkin kararların AB ve Üye Devlet mahkemeleri için bağlayıcı olmaması; mahkeme kararlarının akit taraf olarak meşru politika amaçlarını gerçekleştirmek üzere düzenleme yapma hakkı itibarıyla standart ve düzenlemelerinin düzeyinin düşürülmemesi açısından, AB tarafından demokratik kurallar içerisinde belirlenmiş kamu çıkarı koruma düzeyine hâlel getiremeyecek olması; uluslararası mahkemenin davalıyı tespit etme yetkisinin bulunmaması. Bu açıdan CETA mahkemelerinin, istisnai hallerde kamulaştırılan malların iadesi dışında, sadece tazminat ödemeye mahkum edebilmesinin de özerklik noktasında kolaylaştırıcı bir unsur olduğu bilinmelidir. Ancak bu noktada ABAD'ın AB'nin anayasal çerçevede iç işleyiş sistematığına ilaveten, aynen 2/13 Sayılı Mütalaa'da sözkonusu olduğu gibi, uluslararası hukuk enstrümanı marifetiyle teminat desteği aradığı gerçeği de gözden kaçırılmamalıdır.

2/94 ve 2/13 Sayılı Mütalaalar'da¹¹⁰ sözkonusu olduğu gibi Anlaşmanın AB hukuk düzeniyle özel bir bağ teşkil etmesi,¹¹¹ AIHM gibi sözkonusu mahkemenin AB hukuk düzeni ve ABAD açısından otoritesi ve sözkonusu anlaşmanın AB hukukunun bütün alanlarına şamil potansiyel etkisinin

¹¹⁰ *Opinion 2/94* EU:C:1996:140, para. 34-35; *Opinion 2/13*, para. 37-28.

¹¹¹ Angelos Dimopoulos, "Achmea: The principle of autonomy and its implications for intra and extra-EU BITs", March 27, 2018, Erişim tarihi: 20.01.2023, ejiltalk.org/achmea-the-principle-of-autonomy-and-its-implications-for-intra-and-extra-eu-bits/.

fazlalığı gibi¹¹² durumlarda ABAD'ın uluslararası mahkemeye karşı daha katı bir özerklik yorumu sergilediği görülmektedir.

Diğer yandan, AB ile Üye Devletler arasındaki yetki bölüşümünün ve dolayısıyla uluslararası sorumluluk açısından uyuşmazlıkta kimin davalı olması gerektiğinin tespiti meselesinin bir AB iç hukuk meselesi olarak ABAD'ın münhasıran uhdesinde olduğu yerleşik içtihatla sık sık vurgulanmıştır.¹¹³ Örneğin CETA 8.21. maddedeki, yatırımcının dava açma iradesini kime yönelteceğine dair AB'den tespitte bulunmasını talep etmesi üzerine, AB tarafından 50 gün içerisinde bilgilendirilmemesi durumunda aleyhine dava açacağı tasarruflar münhasıran üye devletlere aitse üye devletlerin davalı olacağı, bu tasarrufların AB tasarruflarını da içeriyor olması durumunda AB'nin davalı olacağına dair hükme istinaden, AB'nin olası bildirmeme durumu üzerine CETA Mahkemesi'nin bu hükme göre verilen kararla bağlı olacağı hükmü dikkate alınır, AB'de dikey yetki bölüşümü ve dolayısıyla kimin davalı olacağının tespitine dair, AB'nin ihmali üzerine, ABAD'ın münhasır yargı yetkisinin dışında bir davalı tespiti ihtimalinin mümkün olduğu söylenebilir. Ancak ABAD'ın bu ihtimale rağmen, *2/13 Sayılı Mütalaa*'daki en küçük ihtimaller üzerine kurduğu fazla ihtimamcı yaklaşımını *1/17 Sayılı Mütalaa*'da sergilemediği görülmektedir. Bu farklı yaklaşımda, CETA 30.6. maddede akit tarafların açık iradesini yansıtan CETA'nın iç hukuk sistemlerinde doğrudan etkisinin olmayacağına ve dolayısıyla CETA'ya iç hukuk sistemlerinde doğrudan istinat edilemeyeceğine dair hükmün de etkisinin bulunduğu ileri sürülebilir. Komisyon'un ifadesine göre doğrudan etkisinin olmayacağının sarih olarak anlaşmaya dercedilmesi durumu, ortak dış ticaret politikasına uygun bir şekilde akit taraflar arasındaki etkili mütekabiliyetin garanti altına alınması amacıyla son dönemlerde AB tarafından akdedilen bütün serbest bölge anlaşmalarında uygulanan bir yöntemdir.¹¹⁴ Hukuk Sözcüsü Bot da sözkonusu anlaşmanın kendisine tek başına istinat edilemeyeceğinin, yani AB ve Üye Devlet mahkemelerinin bu anlaşmayı önlerindeki davalara doğrudan uygulayamayacaklarına dair durumun, aralarında etkileşimin iradi olarak kısıtlı tutulduğu iki ayrı hukuk sistemi doğurduğuna vurgu yapmaktadır.¹¹⁵ Bu itibarla, sözkonusu anlaşmanın uygulanmasının gerek Üye Devlet mahkemelerinin rolü olmaması hasebiyle AB hukuk düzeni içerisinde özellikle önkarar usulüne başvurma rollerini de kapsamak üzere "genel hukuk" mahkemeleri olma statülerinden, gerekse ABAD için önkarar

¹¹² Eckes & Ankersmit, The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law.

¹¹³ *Opinion 1/91*, para. 34-35; *Opinion 2/13*, para. 234.

¹¹⁴ *Opinion of Advocate General Bot*, *Opinion 1/17 EU:C:2019:72*, para. 91.

¹¹⁵ *Ibid.*, para. 63.

usulü çerçevesinde karar vermesinden herhangi bir mahrumiyetin sözkonusu olmayacak ve dolayısıyla Kurucu Andlaşmaların AB organlarına ve Üye Devletlere verdiği, AB hukukunun kendine özgü doğasının korunması için kaçınılmaz olan yetkilerin asli karakterinin değişmeyecek olmasının¹¹⁶ da bu kararda bir etkisinin olduğu düşünülebilir. Zira, CETA'nın iç hukuk sisteminde doğrudan etkisinin olmaması ve dolayısıyla AB ve Üye Devlet Mahkemeleri önünde alternatif itiraz imkanının bulunmaması, CETA uyuşmazlık sistemini yatırımcılar için tek yol olarak ortaya çıkartmakta ve uyuşmazlık çözümü ve icrailik temini açısından CETA ve AB yargısal sistemleri arasında tam bir ayrışma oluşturmaktadır.¹¹⁷ Bu gerçekliğe binaen, CETA mahkemelerinin ABAD'ın öngördüğü şekilde yargısal yetkisini kullanmaması ve kompetenz-kompetenz sahibi olarak, örneğin AB veya bir Üye Devletin CETA standartlarını ihlal ettiğine hükmetmesine karar vermesi durumunda sözkonusu olabileceği gibi, bu sınırlar içerisinde kalmaması ihtimaline rağmen, CETA çerçevesinde bu durumu önleyici bir mekanizma bulunmasa dahi,¹¹⁸ bu ihtimalin ABAD için, özellikle 2/13 Sayılı *Mütalaa*'dan farklılık arz edecek şekilde, bir sorun teşkil etmemesine tanık olmaktadır.

Genel olarak, AB içi anlaşmalar çerçevesinde ABAD'ın odak noktası entegrasyon ve karşılıklı güven bağlamında AB organları ile Üye Devletler veya Üye Devletler arası iç ilişkilerin yönetilmesi meselesiyken, AB dışı anlaşmalar çerçevesinde odak noktası ise mütakabiliyet bağlamında dış ilişkilerin uluslararası hukuk yoluyla işlerliğinin sağlanması ve uluslararası faaliyetlerin AB hukuk düzenindeki anayasal çerçeveye halel getirmemesi meselesi olarak ortaya çıkmaktadır.¹¹⁹

C. İçtihadın Hukuki Sonuçları

Mütalaa'da AB dışı anlaşmaların karşılıklı güven ilkesinin kapsamı dışında kaldığı, dolayısıyla mütakabiliyet ilkesi ekseninde değerlendirilmesi gerektiği teyit edilmiştir.

Mütalaa'da aslen CETA mahkemelerinin AB yargısal sisteminin dışında olması suretiyle bu sistemden bağımsızlığı, AB hukukunun

¹¹⁶ Ibid., para. 172.

¹¹⁷ Marise Cremona, "The Opinion procedure under Article 218(11) TFEU: Reflections in the light of Opinion 1/17", *Europe and the World: A law review* 4(1) (2020): 11.

¹¹⁸ Maria Fanou, "The CETA ICS and the Autonomy of the EU Legal Order in Opinion 1/17 – A Compass for the Future", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 22 (2020): 106.

¹¹⁹ Cremona, "The Opinion procedure under Article 218(11) TFEU".

yorumlanması ve uygulanması noktasında yargı yetkisinin bulunmaması kaydıyla, ABAD'dan Anlaşma'nın AB birincil hukukuna uygunluk kararı çıkmasına sebep olmuştur.¹²⁰ Burada mesele bir uluslararası anlaşmayla kurulan bir mahkemenin AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına dair bir yargı yetkisinin olup olmaması olarak ortaya çıkmaktadır. Eğer yoksa, yargısal denetim mekanizmasının AB yargısal sisteminin ve dolayısıyla önkarar usulünün dışında yer alması sorun teşkil etmemektedir. Yine de AB dışı anlaşmalar çerçevesinde kurulan yargısal mekanizmaların yargı yetkisinin içerisine uygulanacak hukuk olarak uluslararası hukukun katılması, bu tahkim mahkemelerinin AB hukukunu uluslararası hukuk genel başlığı altında, her ne kadar ABAD tarafından AB hukuku uluslararası hukuk olarak görülme de, yorumlama veya uygulama boyutu itibarıyla kararlarına katması teoride sözkonusu olabilir ve bu durum dolayısıyla AB hukuk düzeninin özerkliği ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir.¹²¹ Fiiliyatta bazı tahkim mahkemelerinin AB hukukunun, uluslararası hukuk kurallarının ve ilkelerinin parçası olması hasebiyle, maddi vakıa olarak uyuşmazlıklara uygulanabileceğine dair değerlendirmelerine rastlanmaktadır.¹²² Dolayısıyla yetkisinin olması durumunda ise, mekanizmanın yargısal denetim sistemi içerisine katılmaması ve dolayısıyla ABAD'ın önkarar usulü çerçevesinde ulusal mahkemeler işbirliğiyle AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasında yeknesaklığın temin edilmesi sağlanamazsa, sözkonusu anlaşma AB hukuk düzeninin özerkliğine aykırılık teşkil edecektir. Ancak uluslararası mahkemelere karşı her şart ve koşulda ABAD'ın münhasır yargı yetkisinin bulunması sözkonusu değildir. Zaten yerleşik içtihat da özerkliğe hâle gelmemesi şartıyla ABAD'ın uluslararası mahkemelere ve kararlarının kendisi de dahil AB organları için bağlayıcılığına onay verdiği de bir gerçektir. Bununla birlikte, şartların karşılanması zorluğundan fiiliyatta bu durumun, anlaşmaların AB hukuk düzeninin özerkliğine uygunluğuna ABAD tarafından onay verilmesinin sadece 1/92, 1/00 ve 1/17 *Sayı Mütalaalarda* sözkonusu olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Bu çerçevede öngörülen AB dışı anlaşmaların AB hukuk düzeninin özerkliğine hâle getirmemesi için kurdukları mahkemelerin AB hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına dair herhangi bir yetkisinin bulunmadığını

¹²⁰ Maria Fanou, "The independence and impartiality of the hybrid CETA Investment Court System: Reflections in the aftermath of Opinion 1/17" *Europe and the World: A law review* 4/1 (2020): 17.

¹²¹ Declève, "Achmea: Consequences on Applicable Law".

¹²² *Electrabel S.A. v. Hungary* (ICSID CASE NO. ARB/07/19), Award, 25 Nov 2015, para. 4.195; *Jürgen Wirtgen*, para. 177.

çeşitli aşamalı tedbir mekanizmalarıyla teyidinin aranacağını bilmesi gerekir. Bu itibarla mevcut anlaşmalar çerçevesinde içtihadın etkisinin her anlaşma özelinde değerlendirilmesi gerekir. Bu çerçevede her bir mevcut veya gelecekte yapılacak AB dışı anlaşmanın kurduğu/kuracağı tahkim sisteminin AB hukuk düzeninin özerkliğine uygunluğu açısından, içtihat ışığında yukarıda belirtilen kriterlerin karşılanması aranacak, anlaşmalar ancak bu şartları karşılamak koşuluyla AB hukukuna uygunluk niteliği taşıyacaktır. Bu açıdan sözkonusu uygunluğun sadece AB hukuku çerçevesinde bağlayıcı olduğu gerçeğiyle uluslararası hukuk açısından AB ve Üye Devletler açısından herhangi bir sorumluluk doğmaması adına, yapılacak anlaşmalar için gerekli tedbirlerin önceden alınması, mevcut AB dışı anlaşmaların ise, kurdukları tahkim mekanizmasının yeni içtihat ışığında özerkliğe hâlel getirmemesinin sağlanması için, AB içi anlaşmaya benzer boyutlarını da kapsayacak şekilde gerekirse kapsamdan çıkartma (disconnection) hükmünün eklenmesi de dahil olmak üzere, akit tarafların rızasıyla tadil edilmesi gerekmektedir.

Lizbon Andlaşması'yla birlikte AB'nin ABİDA 207. maddeye istinaden ortak dış ticaret politikası çerçevesinde yetkisinin doğrudan dış yatırımları da kapsar haline gelmesiyle Üye Devletlerin yeni anlaşma akdetme yetkileri ortadan kalkmıştır. Üye Devletler tarafından akdedilen AB dışı yatırım anlaşmaları AB'nin tedricen yeni anlaşmalar akdetmesiyle ortadan kalkacaktır. Bu çerçevede Üye Devletler ile üçüncü ülkeler arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmalarına ilişkin geçiş dönemini yönetmek amacıyla, Üye Devletlerin 1 Aralık 2009 ile 9 Ocak 2013 arasında üçüncü ülkelerle akdettikleri iki taraflı yatırım anlaşmalarının geçici süreyle uygulanması, hatta Üye Devletlere Komisyon'a bildirmek ve onay almak kaydıyla yeni anlaşmalar yapabilme imkanını veren bir tüzük kabul edilmiştir.¹²³ Bununla birlikte 2/15 Sayılı Mütalaa'da belirtildiği üzere AB yetkisinin, gerek doğrudan olmayan dış yatırımlar bağlamında (portföy yatırımları), gerekse yatırımcının şikayetini ulusal mahkeme yerine tahkime götürebilmesi Üye Devletin rızası olmaksızın mümkün olamayacağından ve dolayısıyla böyle bir rejimin AB'nin münhasır yetkisine salt fer'i nitelikte doğası bulunmadığından, uyuşmazlık çözüm mekanizmaları çerçevesinde, karma nitelikte devam ettiğinin bilinmesi gerekir.¹²⁴

¹²³ Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, OJ L 351/40, 20.12.2012.

¹²⁴ *Opinion 2/15* EU:C:2017:376, para. 227, 238, 291-292, 305.

Sonuç

Achmea Kararı ve *1/17 Sayılı Mütalaa*, AB hukukunun özerkliği ilkesi ekseninde AB hukuk düzeninin anayasallaşmasının önemli merhalelerini teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu içtihat özelinde, AB hukuk düzeninin uluslararası hukuka yaklaşımının ile onunla ilişkisi bağlamında AB hukuk düzeninin özerkliği ilkesinden kaynaklı gerekliliklerin geliştirilmesini, ABAD'ın AB hukuk düzenine dair anayasal algısının ve bu düzenin korunarak konsolidasyonunun çeşitli boyutlarını müşahede etmekteyiz.

Bu açıdan önemli bir hususiyet olarak ABAD içtihadı ile uluslararası yatırım hukukunun mantık ve anlayışları arasında ciddi bir çatışma¹²⁵ olduğu göze çarpmaktadır. Yatırım tahkim mahkemelerinin kurulmasının temel telakkisi, aslen akit tarafların mahkemelerinin kendi devletleri lehine kuvvetle muhtemel tarafgir ve önyargılı tavırlarına karşı,¹²⁶ uyuşmazlığı ulusal sistemden uluslararası alana taşıyarak devletin etkisini kırmak ve bu sayede yargısal tarafsızlığı ve bağımsızlığı sağlamak, dolayısıyla yatırıma teşvik açısından yatırımcılara güvence sağlamak adına hükümleri taraflar için nihai, kesin ve bağlayıcı nitelik taşıyacak şekilde ve iç yargısal denetime tabi kılmamaktır. Yani Üye Devletler arası ilişkilerin temel taşı karşılıklı güven olsa da, uluslararası yatırım hukukunda tahkim mekanizması, tarafların birbirlerinin mahkemelerine güvensizliğine istinaden yatırımcılara uyuşmazlıklarda bilakis ekstra güven temini amacını taşır. ABAD özerklik açısından, tahkim mahkemelerinin önkarar usulü çerçevesinde ya ulusal yargı sistemine katılmasını, ya da kararlarının ulusal mahkemelere itiraz imkanını gerekli görürken, uluslararası yatırım hukuku bağımsız ve tarafsız yargı öngörmektedir. Oysaki sözkonusu yatırım tahkim mahkemelerini AB yargısal sistemi içerisine katmak ve kendileri tarafından veya kendi kararlarına karşı önkarar usulüne başvurulmasını sağlamak, bu mahkemelerin kuruluş mantalitesine aykırıdır. Bu itibarla ABAD içtihadıyla birlikte AB içi yatırım tahkiminin tamamen sekteye uğradığını, AB dışı yatırım tahkimine ise nispeten belirli şartları karşılamak kaydıyla yeşil ışık yakıldığını belirtmek gerekir.

Bu itibarla, ikili veya çok taraflı mevcut anlaşmalar çerçevesinde sözkonusu içtihadın AB hukuku kaynaklı olarak nasıl hukuki sonuçlar

¹²⁵ Emmanuel Gaillard, "L'affaire Achmea ou les conflits de logiques (CJUE 6 mars 2018, aff. C-284/16)", *Revue critique de droit international privé* (2018/3): 616.

¹²⁶ Devlet mahkemelerinin atanma usulüne karşı, yatırımcının tahkim kurulunun belirlenmesindeki işlevinin de buna nispeten çare ürettiğini de belirtmek gerekir.

doğuracağı ve AB ile Üye Devletler açısından nasıl uluslararası sorumluluklar doğmasına sebep olacağı ve gelecekteki muhtemel uluslararası sorumluluklardan kaçınmak için mevcut anlaşmaların diğer akit tarafların rızasıyla ne şekilde tadile uğratılacağı her anlaşma özelinde ayrıca incelenmesi gerekecektir. Bu açıdan, ABAD içtihadının uluslararası yatırım hukukunda alternatif çözüm yollarına etkisi, yani gerek *Achmea* Kararı ışığında AB içi anlaşmalar itibariyle tahkim mekanizmasının uygulanamazlığının, gerekse AB dışı anlaşmalar itibariyle *1/17 Sayılı Mütalaa*'da yatırım tahkim sistemine belirli şartlar dahilinde onay verilmesinin ve dolayısıyla gelecekte muhtemelen yerini alacak olan çok taraflı yatırım tahkim mahkemesine nispeten yeşil ışık yakılmasının uluslararası yatırım hukukunda tahkim sistemini nasıl etkileyeceği ayrı bir makale konusu teşkil etmektedir.

Kaynakça

Kitap/Kitap Bölümü ve Makaleler:

- Contartese, Cristina and Mads Andenas, "EU autonomy and investor-state dispute settlement under inter se agreements between EU Member States: *Achmea* Case C-284/16, *Slowakische Republik v. Achmea BV*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 March 2018, EU:C:2018:158", *Common Market Law Review* 56, (2019): 157.
- Cremona, Marise. "The Opinion procedure under Article 218(11) TFEU: Reflections in the light of Opinion 1/17", *Europe and the World: A law review* 4(1) (2020): 11.
- Declève, Quentin. "Achmea: Consequences on Applicable Law and ISDS Clauses in Extra-EU BITs and Future EU Trade and Investment Agreements", *European Papers* 4/1 (2019): 99.
- Dimopoulos, Angelos. "Achmea: The principle of autonomy and its implications for intra and extra-EU BITs", March 27, 2018, Erişim tarihi: 20.01.2023, ejiltalk.org/achmea-the-principle-of-autonomy-and-its-implications-for-intra-and-extra-eu-bits/.
- Eckes, Christina & Laurens Ankersmit, "The Compatibility of the Energy Charter Treaty with EU Law", University of Amsterdam, Amsterdam Centre for European Law and Governance, 2022, Erişim tarihi: Ocak 10, 2023.
- Eckes, Christina. "The Autonomy of EU Law vis-à-vis International Law: Kadi I and Kadi II" içinde *EU External Relations Law: The Cases in Context*, ed. Graham Butler and Ramses A Wessel (Oxford: Hart, 2022).

- Fanou, Maria. “Intra-European Union investor–State arbitration post-Achmea: RIP? An assessment in the aftermath of the Court of Justice of the European Union, Case C-284/16, Achmea, Judgment of 6 March 2018, EU:C:2018:158”, Maastricht Journal of European and Comparative Law 26(2) (2019): 316.
- Fanou, Maria. “The CETA ICS and the Autonomy of the EU Legal Order in Opinion 1/17 – A Compass for the Future”, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 22 (2020): 106.
- Fanou, Maria. “The independence and impartiality of the hybrid CETA Investment Court System: Reflections in the aftermath of Opinion 1/17” Europe and the World: A law review 4/1 (2020): 17.
- Gaillard, Emmanuel. “L’affaire Achmea ou les conflits de logiques (CJUE 6 mars 2018, aff. C-284/16)”, Revue critique de droit international privé (2018/3): 616.
- Hepburn, Jarrod. “Applicable Law in TPP Investment Disputes”, Melbourne Journal of International Law 17 (2016): 1.
- Kriebaum, Ursula. “The Fate of Intra-EU BITs from an Investment Law and Public International Law Perspective”, ELTE Law Journal (2015/1): 27.
- Lenaerts, Koen. “The Autonomy of European Union Law” içinde Law in a Time of Constitutional Crisis- Studies Offered to Mirosław Wyrzykowski ed. Jakub Urbanik and Adam Bodnar (München: C.H.Beck, 2021), <https://www.clientearth.org/latest/documents/the-compatibility-of-the-energy-charter-treaty-with-eu-law/>.
- Pohl, Jens Hillebrand. “Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded BY Mutual Trust” European Constitutional Law Review 14(4), (2018): 767.
- Sadowski, Wojciech. “The Rule of Law and the Roll of the Dice. The Uncertain Future of Investor-State Arbitration in the EU” içinde Defending Checks and Balances in EU Member States - Taking Stock of Europe’s Actions, ed. Armin von Bogdandy et. al., (Berlin: Springer-Verlag, 2021).
- Tsagourias, Nicholas. “Conceptualizing the autonomy of the European Union” içinde International organizations and the idea of autonomy: Institutional independence in the international legal order, ed. Richard Collins & Nigel D. White, (London: Routledge, 2011).

ABAD İctihadı

Case C-26/62 *Van Gend* EU:C:1963:1.

Case C-6/64 *Costa/ENEL* EU:C:1964:66.

Opinion 1/76 EU:C:1977:63.

Opinion 1/91 EU:C:1991:490.

Opinion 2/94 EU:C:1996:140.

Case C-126/97 *Eco Swiss* EU:C:1999:269.

Opinion 1/00, EU:C:2002:231.

Case C-459/03 *Commission v Ireland* EU:C:2006:345.

Case C-168/05 *Mostaza Claro* EU:C:2006:675.

Opinion of Advocate General Maduro, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P
Kadi EU:C:2008:11.

Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi* EU:C:2008:461.

Opinion 1/09 EU:C:2011:123.

Opinion 2/13 EU:C:2014:2454.

Opinion of Advocate General Wathelet, Case C-284/16 *Slowakische Republik v Achmea BV* EU:C:2017:699.

Case C-284/16 *Slovak Republic v Achmea BV* EU:C:2018:158.

Opinion 2/15 EU:C:2017:376.

Opinion of Advocate General Bot, *Opinion 1/17* EU:C:2019:72.

Opinion 1/17 EU:C:2019:341.

Case C-638/19 P *Micula* EU:C:2022:50.

Case C-741/19 *Republic of Moldova v Komstroy LLC* EU:C:2021:655.

Opinion 1/20 EU:C:2022:485.

Case C-109/20 *Republiken Polen v PL Holdings Sàrl* EU:C:2021:875.

Tahkim Kararları

Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v The Czech Republic, (SCC Case No. 088/2004),
Partial Award, 27 March 2007.

AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft v The Republic of Hungary, (ICSID Case No. ARB/07/22), Award, 23 September 2010.

Electrabel S.A. v. Hungary (ICSID CASE NO. ARB/07/19), Award, 25 Nov 2015.

Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v The Czech Republic, (PCA Case No. 2014-03), Final Award, 17 October 2017.

Marfin Investment Group v The Republic of Cyprus, (ICSID Case No ARB/13/27), 26 July 2018.

Eskosol S.P.A. in liquidazione v Italian Republic (ICSID Case No. ARB/15/50) Decision on Termination Request and Intra-EU Objection, 7 May 2019.

United Utilities (Tallinn) BV and Aktsiaselts Tallinna Vesi v Republic of Estonia (ICSID Case No ARB/14/24), Award, 21 June 2019.

Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v Hungary (ICSID Case No ARB/17/27), Award, 13 November 2019.

Uluslararası Mahkeme Kararları

Permanent Court of International Justice, *Germany v. Poland*, German Interests in Polish Upper Silesia (Germ. v. Pol.), 1926 P.C.I.J. (ser. A) No. 7 (May 25).

ABD Mahkeme Kararları

Viorel Micula v The Government of Romania 104 F. Supp. 3d 42 (D.D.C. 2015).

