

## PAPER DETAILS

TITLE: Covid-19 Salgini Sebebiyle Milletlerarasi Yatirim Tahkimine Konu Olabilecek Iddia ve Savunmalar

AUTHORS: Baver Mazlum MERT

PAGES: 937-963

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1444869>

## Covid-19 Salgını Sebebiyle Milletlerarası Yatırım Tahkimine Konu Olabilecek İddia ve Savunmalar

### Potential Claims and Defences in International Investment Arbitration due to the Covid-19 Pandemic

Baver Mazlum Mert\* 

#### Öz

Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilen Covid-19 virüsüne karşı ev sahibi devletler insan sağlığını ve ekonomiyi korumak için birçok tedbir almıştır. Bu tedbirler başta havacılık, turizm ve enerji sektörleri olmak üzere birçok sektörden yabancı yatırımcının zarara etmesine sebebiyet vermiştir. Zarara uğrayan yabancı yatırımcıların ev sahibi devletler aleyhine milletlerarası yatırım tahkimine başvurmaları muhtemeldir. Bu noktada alınan tedbirlerin milletlerarası yatırım tahkiminde yer alan bazı temel ilkeler ışığında değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle Covid-19 salgını sebebiyle ev sahibi devletlerin almış oldukları önlemler yatırımcıların “haklı beklentilerinin” aleyhine olduğu takdirde adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık söz konusu olur. Yine yabancı yatırımların yönetimine yapılan ağır ve sürekli nitelikteki müdahalelerin dolaylı kamulaştırma olarak kabul edilmesi söz konusu olabilir. Ayrıca bazı yatırım anlaşmalarında devletler, yatırıma tam koruma ve güvenlik sağlayacaklarını belirtmişlerdir. Böyle bir taahhüdün olduğu anlaşmalar sebebiyle ev sahibi devletler yabancı yatırımcıya uygun bir iş ortamı sağlamak zorundadırlar. Yine en çok gözetilen ulus kaydının olduğu yatırım anlaşmalarına taraf devletlerin mensupları, Covid-19 salgını sebebiyle alınan tedbirlerde üçüncü bir ülkeye mensup yabancı yatırımcıdan daha dezavantajlı koşullara sahip olmaması gerekir. Ayrıca ev sahibi devletin aynı pazar içerisinde bulunan kendi yatırımcılarına destek sağlarken yabancı yatırımcıya sağlamaması durumunda ulusal muamele standardına aykırılık oluşabilir. Diğer yandan devletlerin Covid-19 salgını nedeniyle almış oldukları tedbirlerden dolayı sorumluluktan kurtulmalarını sağlayabilecek bazı savunmalar söz konusudur. Bu kapsamda zorunluluk hali, mücbir sebep, polis kudreti doktrini ve anlaşmalarda yer alan istisna hükümleri devletlerin yararlanabilecekleri bazı savunmaları oluşturmaktadır.

#### Anahtar Kelimeler

Yatırım tahkimi, Covid-19 salgını, adil ve eşit davranma yükümlülüğü, dolaylı kamulaştırma, polis kudreti doktrini

#### Abstract

States have taken many measures to protect human health and the economy against the Covid-19 virus, which has been declared as a pandemic by the World Health Organization. The measures that have been taken have caused foreign investors to suffer losses in many sectors. It is likely that foreign investors who suffered damages will refer their claims to an international investment arbitration. The measures taken should be evaluated in light of some of the basic principles in international investment arbitration. First of all, if the measures taken by the host states due to the Covid-19 pandemic are against the legitimate expectations of the investors, they will be in violation of the fair and equitable treatment standard. Also, the responsibilities of the states may arise due to the acceptance of heavy and continuous interventions in the management of foreign investments as indirect expropriation. In addition, due to full protection and security standards, states have to provide a suitable business environment for foreign investors. Moreover, the measures taken

\* **Sorumlu Yazar:** Baver Mazlum Mert (Arş. Gör.), Türk-Alman Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye. E-posta: baver.mert@tau.edu.tr ORCID: 0000-0003-2215-4994

**Atf:** Mert BM, “Covid-19 Salgını Sebebiyle Milletlerarası Yatırım Tahkimine Konu Olabilecek İddia ve Savunmalar” (2020) 40(2) PPIL 937. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0050>

due to the Covid-19 outbreak may be against the most favoured nation clauses. Lastly, if the host state does not provide support to foreign investors while providing support to its own investors in the same market, it may violate the national treatment standard. On the other hand, there are some conditions that can enable states to avoid responsibility for the measures they have taken due to the Covid-19 outbreak. In this context, states can benefit from the doctrine of necessity, force majeure, the police powers doctrine and treaty exceptions.

**Keywords**

Investment arbitration, Covid-19 pandemic, fair and equitable treatment, indirect expropriation, police powers doctrine

**Extended Summary**

The Covid-19 outbreak, which was declared by the World Health Organization as a pandemic, has affected every country in the world. Governments wanted to reduce the impact of the pandemic in order to ensure public health and fulfil their political and economic goals. For this reason, they took measures such as travel bans, curfews, export and import prohibitions, and various interventions. Foreign investors are likely to suffer losses because of these measures, and as a result, they may file lawsuits against governments in international investment arbitration centres. The issues to be considered in these centres may differ according to the subject of the dispute and the provisions contained in any investment agreements entered into. Examples of specific issues that are usually considered investment arbitration cases are fair and equitable treatment, indirect expropriation, full protection and security, most favoured nation and national treatment. The measures taken by states, as a result of the Covid-19 outbreak, were evaluated in accordance with these above-mentioned principles.

There is no exact description of the “fair and equitable treatment” standard. However, when evaluating whether there was a breach of this standard in investment arbitration cases, the “legitimate expectation of the investor” plays a crucial role. For this reason, legislative changes that affect investors negatively may violate the fair and equitable treatment standard.

In the fight against the Covid-19 pandemic, some states have even intervened in the property rights of private legal persons. For example, some governments require companies to produce masks, ventilators, and medicines. In addition, some states intervene by requiring them to provide private hospitals, dormitories and hotels. In such cases, even if the ownership of the investment does not directly pass to the state, it may be possible that the benefits gained from the investment will be transferred to the state. For this reason, foreign investors can claim “indirect expropriation.”

Some investment agreements contain commitments by host states to provide “full protection and security” for the investment. In doing so, a safe business environment must be provided for the investor. For this reason, states should not take a passive

attitude towards the Covid-19 outbreak. In other words, states should take the necessary measures and protect the investment physically and legally.

Due to the Covid-19 outbreak, it is possible for states to provide support to their own national investors or some foreign investors. In agreements that have a national standard of treatment, states should not provide more disadvantageous conditions to foreign investors in the same market than their own citizens. In agreements with the most favoured nation standard, the state should not provide the foreign investor with less advantageous conditions than another foreign investor. Additionally, the host state should not provide more disadvantageous conditions with respect to restrictions on imports and exports and tax increases. Host states should also not provide more disadvantageous conditions to investors of another state because the most favoured nation standard applies.

Although the measures taken by the host states above can be seen as unlawful, there are some cases where states can escape responsibility by using certain defences in international investment arbitration. In this article, there are five defences that states can use to escape liability for implementing these measures taken because of Covid-19. These are necessity, force majeure, distress, the police powers doctrine, and treaty exceptions.

In addition, it is possible for states to escape liability, on the grounds of the “doctrine of necessity”, because the pandemic is a serious and fundamental danger to humankind. However, it should be noted that in order for them to benefit from this doctrine, the host state must demonstrate that they had no alternative but to take the measure in question.

Another defence that states may wish to invoke is that of “force majeure”. However, in order for the state to benefit from this defence, it must demonstrate that the state cannot fulfil its obligations due to impossibility.

Since the measures implemented against the Covid-19 pandemic have the aim of protecting human life, the possibility of states benefiting from the “doctrine of distress” may be conceivable. However, distress refers to the act of the person working on behalf of the state to save human life in cases that are more instantaneous and the Covid-19 outbreak has been going on for about a year. Therefore, they may not be able to use this doctrine.

It should also be noted, that a host state should not have contributed to the situation in which the states were obliged to take precautions in order to use the defences arising from international customary law such as the doctrine of necessity, force majeure, and distress. For this reason, states must have taken “necessary” measures against the spread of the Covid-19 pandemic.

“The doctrine of police powers” is a doctrine that ensures that states are not responsible for the regulations they have made when considering public welfare. It is inevitable that states, who wish to protect their countries from the Covid-19 pandemic, will make various regulations. For this reason, it may be possible for states to escape responsibility through “the doctrine of police powers”. However, states must have acted in accordance with “the principle of reasonability” when creating these regulations.

Finally, some investment agreements contain “treaty exceptions” that can enable states to avoid liability. These provisions allow host states to opt-out of the investment agreement, especially in matters such as public health, public order and human life. In order to use “treaty exceptions”, urgency and necessity conditions are generally sought. States may decide what is necessary and what is urgent for their country. However, arbitration courts may refuse to accept the host state’s defence for abuse of this right by the state for unreasonable measures.

## Covid-19 Salgını Sebebiyle Milletlerarası Yatırım Tahkimine Konu Olabilecek İddia ve Savunmalar

### Giriş

Yüzlerce ülkede görülen<sup>1</sup> Covid-19 salgınına karşı birçok devlet, sokağa çıkma yasağı, seyahat yasağı, ihracat ve ithalat yasağı, bazı şirketlerin yönetimine müdahalelerde bulunma gibi tedbirler uygulamıştır.<sup>2</sup> İnsan sağlığı için gerekli olan bu tedbirlerin, ekonomiye olan kötü etkisi uzun yıllar sürecektir. Bu süreçte hem yabancı yatırımcıların hem de ev sahibi devletlerin büyük zarara uğrayacağı tahmin edilmektedir.<sup>3</sup> Alınan tedbirler sebebiyle zarara uğrayan yabancı yatırımcıların ev sahibi devletlere karşı çok sayıda dava açarak<sup>4</sup> zararlarını gidermek isteyecekleri öngörülmektedir. Günümüzde finansörlerin, yatırım tahkimi davalarına finansman sağlayarak ev sahibi devletler aleyhine davalar açılmasını sağladıkları<sup>5</sup> göz önüne alınırsa bu öngörüye katılmak gerekir. Bu davaların milletlerarası yatırım tahkiminde de görülmeye başlaması beklenmektedir.<sup>6</sup> Nitekim yabancı yatırımcılar ile ev sahibi devlet veya kamu kurum ve kuruluşları arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için en çok tercih edilen yargılama yöntemi tahkimdir.<sup>7</sup>

Çalışmamız kapsamında Covid-19 salgınına karşı alınan tedbirler sebebiyle ev sahibi devletlerin yatırımcılara karşı yatırım anlaşmalarından ve milletlerarası örf ve adet hukukundan doğan hangi yükümlülüklerini ihlal edebilecekleri değerlendirilmiştir. Böyle bir ihlalin varlığı halinde ev sahibi devletlerin sorumluluğu gündeme gelse

- 1 20 Haziran 2020 tarihi itibarıyla en az 213 ülkede Covid-19 virüsü görülmüştür. Worldometer, "Reported Cases and Deaths by Country, Territory, or Conveyance (Coronavirus Updates)" <[https://www.worldometers.info/coronavirus/?utm\\_campaign=instagramcoach1](https://www.worldometers.info/coronavirus/?utm_campaign=instagramcoach1)>, Erişim Tarihi 21 Haziran 2020.
- 2 Covid-19 salgınıyla ilişkili olarak ev sahibi devletler tarafından alınmış yabancı yatırımcıları etkileyebilecek tedbirler hakkında hazırlanmış bir liste için bkz. Julien Chaisse, "Both Possible and Improbable - Could COVID-19 Measures Give Rise to Investor-State Disputes?" (2020) 13 Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal) 99, 113-116.
- 3 UNCTAD'ın (Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı - *United Nations Conference on Trade and Development*) bir raporuna göre, Covid-19 salgınının etkisiyle 2020 yılında, dünya ekonomisinde doğrudan yabancı yatırımlar (*foreign direct investments*) bakımından yaklaşık %40 civarında düşüş yaşanacağı tahmin edilmektedir. UNCTAD, "World Investment Report 2020 - International Production Beyond the Pandemic - Key Messages and Overview" (2020) UNCTAD/WIR/2020.2 <[https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf)>, Erişim Tarihi 21 Haziran 2020.
- 4 Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Sarah Brewin and Nyaguthii Maina, "Protecting Against Investor-State Claims Amidst COVID-19: A call to action for governments" (2020), 1 <<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investor-state-claims-covid-19.pdf>>, Erişim Tarihi 22 Haziran 2020.
- 5 Tahkimde üçüncü kişi finansmanı olarak anılan bu sistemde finansörler tahkim masraflarını üstlenmekte buna karşılık dava kazanılırsa, dava sonucundan %20-40 arasında gelir elde etmektedirler. Dava kaybedildiği takdirdeyse finansör, finansman sağladığı taraftan herhangi bir talepte bulunamamaktadır. Finansörler bakımından yatırım tahkiminde görülen davalara finansman sağlamak oldukça tercih edilen bir yöntemdir. Öyle ki bu davalardan alacakları paylar çok yüksek olabilmektedir. Ayrıca yatırım tahkiminde alınan kararların icrası devlet mahkemelerine göre daha kolaydır. Uygulamada da Covid-19 salgınına karşı alınan önlemler sebebiyle oluşan zararlardan dolayı finansörlerin yatırımcılara destek vermesi ve bu sebeple çeşitli yatırımcılar aradıkları görülmüştür. Norton Rose Fulbright, "Disputes funding in the COVID-19 pandemic environment" (2020) <<https://www.nortonrosefulbright.com/en-bi/knowledge/publications/07700533/disputes-funding-in-the-covid-19-pandemic-environment>>, Erişim Tarihi 24 Mayıs 2020. Finansörlerin yatırım tahkiminde görülen/görülecek olan davaları tercih etmeleri hakkında Ayrıca bkz. Bayer Mazlum Mert, "Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı" (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019) 6-11.
- 6 Bernasconi-Osterwalder, Brewin and Maina (n 4) 1.
- 7 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ 2019) 574.

de devletlerin milletlerarası örf ve adet hukukundan, polis<sup>8</sup> kudreti doktrininden<sup>9</sup> ve milletlerarası anlaşmalarda yer alan istisna hükümlerinden kaynaklanan çeşitli savunmalarla sorumluluktan kurtulmaları mümkündür. Bu sebeple çalışmamızda Covid-19 salgını sebebiyle aldıkları tedbirlerden dolayı, ev sahibi devletlerin hangi savunmalarla sorumluluktan kurtulabilecekleri meselesi de tartışılmıştır.

## I. Covid-19 Salgınıyla Mücadele Kapsamında Alınan Tedbirlerin Milletlerarası Yatırım Hukukuna Aykırılığı

Devletlerin Covid-19 salgınına karşı almış oldukları tedbirler sebebiyle başta sağlık, havacılık, turizm ve enerji sektöründe olmak üzere birçok yatırımcı zarar görmektedir. Yatırımcılar bu tedbirler sebebiyle, ev sahibi devletlerin milletlerarası yatırım anlaşmalarından veya milletlerarası örf ve adet hukukundan kaynaklanan bazı sorumluluklarını ihlal etmiş olduklarını ileri sürebilirler. Elbette söz konusu uyuşmazlıklarda, hangi yükümlülüklerin ihlal edildiği meselesi her sözleşmenin kendi hükümlerine göre değişiklik gösterir. Ancak genel olarak Covid-19 salgını sebebiyle alınan tedbirlerin, “adil ve eşit davranma yükümlülüğü”, “dolaylı kamulaştırma yasağı”, “tam koruma ve güvenlik sağlama yükümlülüğü”, “en çok gözetilen ulus kaydı”, ve “ulusal muamele standardı” konularıyla ilgili olacağı öngörülebilir. Bu ilkelerin ihlali halinde uyuşmazlığın, ev sahibi devlet ve yabancı yatırımcının rızası, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu devlet arasındaki yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşması<sup>10</sup> veya ev sahibi devletin doğrudan kendi iç hukukundan dolayı milletlerarası yatırım tahkimi merkezlerinde görülmesi söz konusu olabilir.<sup>11</sup>

### A. Covid-19 Salgını ve Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü

Covid-19 salgını dolayısıyla alınan önlemlerin, Türkiye’nin de taraf olduğu birçok yatırım anlaşmasında<sup>12</sup> yer alan “adil ve eşit davranma yükümlülüğüne” (*fair*

8 Polis kelimesinin kökeni Yunanca’daki “*politeia*” kelimesine dayanmaktadır ve kolluk gücünün ötesinde devlet gücünü ifade etmektedir. Catharine Titi, “Police Powers Doctrine and International Investment Law” içinde Attila Tanzi, Filippo Fontanelli ve Andrea Gattini (ed), *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (2018) 323.

9 Polis kudreti doktrini egemenlik gücünden kaynaklı olarak ev sahibi devletin kamu düzenini sürdürmek ve kamu sağlığını korumak gibi gerekçelerle düzenlemeler yapabilme yetkisini ifade etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. 18.

10 Türkiye’nin taraf olduğu yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin anlaşmalar için bkz. “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşmaları” <[www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/yktk](http://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/yktk)>, Erişim Tarihi 20 Haziran 2020.

11 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat Kitapçılık 2020) 61.; Aysel Çelikel ve B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ 2020) 841.

12 Örneğin Türkiye’nin de taraf olduğu Enerji Şartı Anlaşması (*The Energy Charter Treaty*) madde 10(1)’de devletlere adil ve eşit davranma yükümlülüğü getirilmiştir. İlgili Anlaşma’nın Türkiye tarafından onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanun için bkz. 4519 Sayılı Kanun, RG Tarih: 06.02.2000 Sayı: 23956. Anlaşma metni için bkz. <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>, Erişim Tarihi 16 Mayıs 2020. Yine Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Anlaşması (The Convention Establishing the Multilateral Investment) madde 12(d) gereğince bir yatırımın garanti edilebilmesi için ev sahibi devletin adil ve eşit davranma yükümlülüğünü yerine getiriyor olması gerekir. R.G Tarih: 06.12.1988 Sayı: 20011. Anlaşma metni için ayrıca bkz. <https://www.miga.org/sites/default/files/archive/Documents/MIGA%20Convention%20February%202016.pdf>, Erişim Tarihi 16 Mayıs 2020. Anlaşma’da yapılan değişiklikler için bkz. RG Tarih: 1.2.2012 Sayı: 28191; Adil ve eşit davranma yükümlülüğü bazı anlaşmalarda “adil ve hakkaniyete uygun muamele” olarak ifade edilmiştir. Daha fazla örnek ve ayrıntılı bilgi için bkz. Rumeysa Partalçı, “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Düzenlenen “Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü”” (2016) 36 Public and Private International Law Bulletin 131, 132-134.

*and equitable treatment*) aykırı olduğu yatırımcılar tarafından iddia edilebilir. İlgili önlemlerin adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırılığının ileri sürülebilmesi için yatırım anlaşmasında bu yükümlülüğün yer alması gerekip gerekmediği meselesi ise tartışmalıdır. Adil ve eşit davranma yükümlülüğünün milletlerarası örf ve adet hukukunun bir parçası olan “uluslararası asgari standart” olarak kabul edilmesi halinde yatırım anlaşmasından ve yatırımcıların “haklı beklentilerinden” bağımsız olarak varlığı kabul edilecektir. Bir görüşe göre<sup>13</sup> adil ve eşit davranma yükümlülüğü uzun soluklu bir tarihe sahiptir ve günümüzde yatırım sözleşmelerinin çok büyük bir kısmında yer almaktadır. Bu sebeple de artık bir milletlerarası örf ve adet kuralı haline gelmiştir.<sup>14</sup> Ancak bizim de katıldığımız görüşe<sup>15</sup> göre adil ve eşit davranma yükümlülüğünün milletlerarası örf ve adet kuralı olarak kabul edilmemelidir. Çünkü bir kuralın milletlerarası örf ve adet kuralı olarak kabul edilebilmesi için bu kuralın uzunca süre ve sıklıkla kullanılmasının yanı sıra, devletlerin ilgili kuralı ahlaki bir zorunluluğun ötesinde milletlerarası hukuk kuralı olarak görmeleri ve uymak zorunda olduklarına inanmaları (*opinio juris*)<sup>16</sup> gerekir. Bu yüzden kanımızca Covid-19 salgınına karşı alınmış olan tedbirler sebebiyle devletlerin adil ve eşit davranma yükümlülüğünü” ihlal etmeleri ancak ev sahibi devletin böyle bir yükümlülüğü taahhüt etmesi halinde varlık bulur.<sup>17</sup> Kanımızca bu taahhüt doğrudan yatırım anlaşmasında yer almasa dahi, “en çok gözetilen ulus kaydı” gibi kayıtlar sayesinde dolaylı olarak da verilmiş olabilir.

Adil ve eşit davranma yükümlülüğünün kesin bir tanımı yapılamamaktadır.<sup>18</sup> Bu sebeple mahkemeler her somut olayın koşullarını göz önüne alarak karar verirler. Belirtelim ki mahkemeler kararlarında adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ana muhtevasını belirlerken “yatırımcıların haklı beklentisini” dikkate almaktadırlar.<sup>19</sup> Ancak yatırımcıların haklı beklentisinin ne ölçüde dikkate alınacağının kesin olmaması, bu sebeple de adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ne anlama geldiğinin net bir

13 Ionna Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law* (Oxford University Press 2008) 73-85.

14 Adil ve eşit davranma yükümlülüğü özellikle sermaye ihraç eden devletler tarafından geniş yorumlanmak ve kullanılmak istenmektedir. Tudor (n 13) 2, Andrew Paul Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, (Kluwer Law International, 2009) 268; Partalı (n 12) 136.

15 Marcela Klein Bronfman, “Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard” (2006) 10 Max Planck Yearbook of United Nations Law 609, 671; Jacob Stone, “Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment” (2012) 25 Leiden Journal of International Law 77, 82; Patrick Dumberry, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?” (2017) 8 Journal of International Dispute Settlement 155, 155-159; Oğuz Kaan Pehlivan, “Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan Adil ve Eşit Muamele İlkesinin Hukuki Niteliği” (2018) 139 TBB Dergisi 239, 253.

16 Bryan A Garner (ed), *Black’s Law Dictionary* (9th edn, St Paul MN: West 2009) 1201.

17 Yaklaşık 2000 ikili yatırım anlaşmasının incelendiği bir çalışmada, bu anlaşmaların sadece %5’inde adil ve eşit davranma yükümlülüğüne yer verilmediği görülmüştür. Adil ve eşit davranma yükümlülüğüne yer verilmeyen anlaşmalara genel olarak Türkiye, Japonya ve özellikle bazı gelişmekte olan ülkelerin taraf olduğu görülmektedir. Bkz Dumberry (n 15) 170.

18 Partalı (n 12) 135-136. Sözleşme maddelerinin yorumlanması bakımından dikkate alınacak bir konvansiyon olan Viyana Konvansiyonu madde 31/1’e göre “Bir anlaşma, anlaşmanın içeriği ile bağlantılı olarak ve konu ve amacının ışığında terimlerin olağan anlamına uygun bir biçimde iyi niyetle yorumlanmalıdır.” R.G Tarih: 24.12.1984 Sayı: 18615 Ayrıca Viyana Konvansiyonu için bkz <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>, Erişim Tarihi 08 Nisan 2020.

19 Newcombe and Paradell (n 14) 279.



şekilde ortaya konamaması, ev sahibi devletler için sorun arz etmektedir. Zira anlamı belirsiz bir yükümlülük altında oldukları için farkında olmadan da bu yükümlülüğü ihlal edebilirler.

Covid-19 salgınına karşı ev sahibi devletlerin izledikleri politikalarda ani değişiklikler yapmaları veya yatırımcılarla paylaştıkları bilgilerin aksine hareket etmeleri durumunda yatırımcıların haklı beklentilerine aykırı davrandıkları için adil ve eşit davranma yükümlülüklerini ihlal etmeleri söz konusu olabilir.<sup>20</sup> Nitekim ICSID’de görülmüş olan *Tecmed S.A. v. The United Mexican States* davasında, tahkim mahkemesi adil ve eşit davranma yükümlülüğü” kapsamında ev sahibi devletin istikrarlı davranışlar sergilemesi ve yatırımcıya karşı şeffaf olması gerektiğini belirtmiştir.<sup>21</sup>

Covid-19 salgını sebebiyle ülkelerin bazı yabancı yatırımcılara karşı mevzuat değişikliğine gitmesi veya fiili uygulamalarını değiştirmeleri söz konusudur. Örneğin Avrupa Birliği 25 Mart 2020 tarihli düzenlemesinde genel olarak (1) Covid-19 salgını sebebiyle yabancı yatırımcıların daha sıkı denetimlere tabi tutulması, (2) Covid-19 salgını sebebiyle stratejik öneme sahip olup zayıflamış olan yerli şirketlerin yabancı yatırımcılar tarafından alınmasının engellenmesi (3) Sağlık, biyoteknoloji ve araştırma-geliştirme faaliyetleri gibi alanlarda yabancı yatırımcılara karşı devletlerin daha dikkatli olması gerekliliği gündemdedir.<sup>22</sup>

Yabancı yatırımcılar aleyhine yapılacak olan bu tarz mevzuat değişikliklerinin veya fiili uygulamadaki değişikliklerin de yatırımcının haklı beklentisine aykırı olması halinde yatırımın hukuki güvenliğini azalttığı söylenebilir. Bu sebeple de adil ve eşit davranma yükümlülüğünün” ihlal edildiği ileri sürülebilir. Konuyla ilgili *PSEG* davası önem arz etmektedir. İlgili davada davacı yatırımına Türkiye’de gerçekleşen mevzuat değişikliği nedeniyle bilfiil başlayamadığını belirtmiş ve yatırım için yapılan hazırlık harcamalarını (*preparatory work expenses*) Türkiye’den talep etmiştir. Mahkeme de Türkiye’nin yapmış olduğu mevzuat değişikliklerinin adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olduğunu tespit etmiştir.<sup>23</sup> Diğer yandan yatırımcının aleyhine olan her türlü mevzuat değişikliğinin adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olacağı düşünülmemelidir. Nitekim *Philip Morris v. Uruguay* davasında tahkim

20 Lucas Bento and Jingtian Chen, “Investment Treaty Claims in Pandemic Times: Potential Claims and Defenses” (Kluwer Arbitration Blog, 8 April 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/08/investment-treaty-claims-in-pandemic-times-potential-claims-and-defenses/>> Erişim Tarihi 25 Temmuz 2020; Federica Paddeu and Freya Jephcott, “COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I” (Ejil:Talk! 17 March 2020) <<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>>, Erişim Tarihi 25 Temmuz 2020.

21 *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v The United Mexican States*, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Award (29 May 2003), para 154.

22 İlgili düzenleme için bkz Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe’s strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation) 2020/C 99 I/01<[https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/march/tradoc\\_158676.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/march/tradoc_158676.pdf)>, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2020.

23 *Pseg Global Inc And Konya Ilgın Elektrik Üretim Ve Ticaret Limited Şirketi v Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award (19 January 2007), para 250.

mahkemesi devletin değişen koşullara karşın hukuk sistemini ve yasalarını düzenleme konusunda egemenlik hakkının olduğunu ve yatırımcının haklı beklentisi sebebiyle bu hakkın kullanılmasının engellenmemesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>24</sup> Covid-19 salgını sebebiyle ülkelerin yapmış oldukları mevzuat değişiklikleri kamu sağlığı ve kamu düzeni gibi gerekçelerle yapılmakta ve değişen koşullar bakımından çoğunlukla bir gereklilik arz etmektedir. Bu sebeple kanımızca yatırımcı aleyhine olan mevzuat değişikliklerinin adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlali olarak görülebilmesi için, devletler tarafından yatırımcı nezdinde oluşturulmuş bir haklı beklenti gerekir. Bu haklı beklentinin kaynağına idarenin eylemleri<sup>25</sup> veya sözleşmelerde belirtilmiş olan spesifik taahhütler oluşturmaktadır.<sup>26</sup>

Covid-19 salgınıyla mücadeleye ilişkin sadece yasama ve yürütme organları karar vermemektedir. Yargı mercileri de konuyla ilgili kararlar vermeye başlamıştır. Örneğin Versay İstinaf Mahkemesi (*Cour d'appel de Versailles*) iş güvenliği ve sağlığın sağlanması için e- ticaret sitesi Amazon'un işlem hacmini düşürerek sadece gıda, hijyen ve tıbbi ürünler için işlemler yapabilmesine hükmetmiştir.<sup>27</sup> Bu noktada yargı organlarının yabancı yatırımcılara karşı almış oldukları ayrımcı, şeffaf olmayan ve hukuksuz kararlar da adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık arz edebilir.<sup>28</sup> Nitekim ILC (*International Law Commission - Uluslararası Hukuk Komisyonu*) Kuralları<sup>29</sup> madde 4'te devlet organının, yasama, yürütme, yargıya veya başkaca herhangi bir işlevine ilişkin davranışından dolayı devletin sorumluluğunun doğabileceği belirtilmiştir.<sup>30</sup>

24 Philip Morris Brands Sârî, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (8 July 2016), para 422. Benzer yönde bkz Eiser Infrastructure Ltd & Energia Solar Luxembourg SA r1 v Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Award (4 May 2017), para 362.

25 Belirtelim ki devlet yetkililerinin açıklamaları dahi devletlerin sorumluluklarının doğmasına sebebiyet verebilir. Örneğin *El Paso Energy International Company v Arjantin* davasında, tahkim mahkemesi Arjantin'de yaşanan ekonomik krize ilişkin devlet yetkililerinin çeşitli beyanlarına da değinerek Arjantin hükümetini sorumlu bulmuştur. *El Paso Energy International Company v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award (31 October 2011), para 660-661. Ayrıca bkz. Miray Azaklı Köse, "ILC Maddeleri Kapsamında Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu" (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019) 197.

26 Mao-wei Lo, "Legitimate Expectations in a Time of Pandemic: The Host State's COVID-19 Measures, Its Obligations and Possible Defenses under International Investment Agreements" (2020) 13 Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal) 249, 255.

27 *Amazon France Logistique v Union Syndicale Solidaires*, Cour d'appel de Versailles, Code nac: 89K 14e chambre, (24 Avril 2020) <<https://www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2020-04/Communiqu6%20de%20presse%25>>, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2020.

28 Chaisse (n 2) 149.

29 ILC Kuralları Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun bir alt organı olan Uluslararası Hukuk Komisyonu (International Law Commission - "ILC") tarafından hazırlanmıştır. Bir milletlerarası anlaşma niteliğinde olmayan ILC Kuralları daha çok milletlerarası örf ve adet kurallarının yeniden ifade edilmesi olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca yol gösterici özelliği bakımından doktrin benzeri bir yardımcı kaynak olarak da kullanılmaktadır. Azaklı Köse (n 25) 26; ILC Kuralları için bkz. ILC, 'Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts' (November 2001) UN Doc (A/56/10). ILC Kuralları'nın Türkçe çevirisi için bkz. Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2010) Ek-1, 307-329.

30 Milletlerarası yatırım tahkiminde devletin sorumluluğunun doğabilmesi için eylemin devlete atfedilebilmesi gerekir. Devlet organları dışındaki kişi ve kurumların eylemleri de devlet otoritesini ifa niteliğindeyse eylemin devlete atfedilmesi söz konusu olabilir ve devletin sorumluluğu doğabilir. Işıl Egemen Demir, *Icsid Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (Filiz Kitabevi 2014) 77.

Önemle değinilmesi gereken bir değer mesele ise ev sahibi devletin yatırımcıya karşı “ayrımcı” davranmaması gerekliliğidir.<sup>31</sup> Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında alınan tedbirlerin yatırımcılara karşı ayrımcılık içermemesi adil ve eşit davranma yükümlülüğü dışında “en çok gözetilen ulus” kaydının olduğu anlaşılarda da kendini gösterecektir.<sup>32</sup> Böyle bir ihlalin yaşanmaması için Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında yatırımcılara sağlanacak desteklerde özellikle milliyetlere göre farklı muameleler yapılmaması gerekir.<sup>33</sup> Ayrımcılık yapılması halinde adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık söz konusu olabileceği gibi milletlerarası örf ve adet hukukundan doğan ayrımcılık yasağının ihlali de söz konusu olabilir.<sup>34</sup> Yine ev sahibi devletin Covid-19 salgınına karşı almış olduğu tedbirleri yabancı yatırımcılara karşı farklı şekilde uygulaması “ulusal muamele standardı”<sup>35</sup> gündeme getirebilir.

## B. Covid-19 Salgını ve Kamulaştırma

Covid-19 salgınına karşı alınacak tedbirler sebebiyle gündeme gelebilecek bir diğer mesele ise yabancı yatırımların kamulaştırılmasıdır. Yatırımcının mülkiyet hakkına kamusal güç tarafından el konulması halinde veya bu hakta değişiklik yapılması halinde kamulaştırma kavramı gündeme gelmektedir.<sup>36</sup> Devletlerin topraklarında bulunan doğal kaynaklar üzerinde egemenlik hakkına sahip olması ve kamu yararı için işlemler yapabilmesi onlara kamulaştırmada bulanabilmeleri için hak tanır. Ancak bu hakkın kullanımının hukuka aykırı olmaması için genel olarak 4 şart söz konusudur. Buna göre kamulaştırma; (1) yasalara uygun olarak (2) bir bedel karşılığında (3) keyfi ve ayrımcılık içermeyecek şekilde<sup>37</sup> ve (4) kamu yararı gözetilerek yapılmalıdır.<sup>38</sup>

Diğer yandan, milletlerarası yatırım hukukunda devletlerin bir yabancıya ait yatırımı doğrudan ele geçirmesi pek gerçekleşmez. Bunun yerine devletler çeşitli düzenlemeler

31 *The CMS v. Argentina* davasında tahkim mahkemesi keyfilik veya ayrımcılık içeren muamelelerin adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olacağını belirtmiştir. *CMS Gas Transmission Co v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award (12 May 2005), para 290; Doktrinde adil ve eşit davranma yükümlülüğünün, ev sahibi devletin üçüncü bir yatırıma yaptığı muameleden bağımsız olarak değerlendirileceği için ayrımcılık yasağından farklı olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. Partalçı (n 12) 157.

32 Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Wolters Kluwer 2013) 208.

33 Tahkim mahkemesi *Saluka Investments Bv v The Czech Republic* davasında mahkeme davacı gibi borca batık olan diğer üç bankaya yardım edilip davacıya yardım edilmemesini hukuka aykırı bulmuştur. *Saluka Investments Bv v The Czech Republic*, PCA, The Matter of an Arbitration Under the UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award (17 Mart 2006), para 407.

34 Doktrinde adil ve eşit davranma yükümlülüğünün, ev sahibi devletin üçüncü bir yatırıma yaptığı muameleden bağımsız olarak değerlendirileceği için ayrımcılık yasağından farklı olduğu vurgulanmaktadır. Partalçı (n 12) 157.

35 Yabancı yatırımcıları ayrımcılığa karşı koruyan “ulusal muamele standardı” yabancı yatırımcının ev sahibi devletin yerli yatırımcılarıyla aynı muameleyi görmesini sağlamaktadır.

36 Zeynep Nalçacıoğlu Erden, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 12.

37 Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2nd edn, Beta Basım Yayın Dağıtım AŞ 2013) 94-95. Ayrıca ayrımcılık yasağı kapsamında yatırımcının mülkiyet hakkının ihlal edilmesi gündeme gelebilir. Bu noktada kamulaştırmanın insan hakları sözleşmelerine aykırılığı da ayrı bir davada ileri sürülebilir. Haydar Burak Gemalmaz, “Türkiye’nin Taraf Olduğu Uluslararası Tahkim Davalarına Konu Uyuşmazlıkların Ayrıca AIHM’e Götürülmesi” <https://www.turkiyehukuk.org/turkiyenin-taraf-oldugu-uluslararasi-tahkim-davalarina-konu-uyusmazliklarin-ayrica-aihme-goturulmesi/> (2012), Erişim Tarihi 23 Temmuz 2020.

38 Newcombe ve Paradell (n 14) 322.

aracılığıyla yatırıma ilişkin yetkilerin kullanımını veya yatırımdan elde edilecek olan faydayı ele geçirirler.<sup>39</sup> Böyle bir durumda “dolaylı kamulaştırma” (*indirect expropriation*) gündeme gelir.<sup>40</sup>

Yatırıma yapılan müdahalenin kamulaştırma olarak görülmesi için genel olarak yatırıma tehdit oluşturan önlemlerin ağırlığına, devletin düzenleyici yetkisini aşip aşmadığına, yatırımcının mülkiyet hakkının ne ölçüde etkilendiğine dikkat edilir.<sup>41</sup> Bu bağlamda yatırım tahkiminde ev sahibi devletlerin kamulaştırma olarak görülebilecek eylemleri; orantısız vergi artışları, lisans izinlerinin reddedilmesi, yenilenmemesi veya iptal edilmesi, yabancı yatırımın idaresine müdahale edilmesi, ev sahibi devletin yatırımı korumak için gerekli önlemleri almaması, ev sahibi devletin yatırımcının yatırım sözleşmesinden kaynaklanan bazı haklarına zarar vermesi olarak sayılabilir.<sup>42</sup>

Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında devletlerin yatırımcı şirketlerin malvarlıklarına müdahale etmeleri söz konusu olabilir. Örneğin maske, solunum cihazı ve ilaç üretimi amacıyla özel şirketlerin devlet müdahalesiyle karşılaşması gündeme gelebilir.<sup>43</sup> Örneğin ABD Kore Savaşı yıllarından kalan Savunma Üretim Yasası’na (*Defence Production Act*) dayanarak General Motors’tan solunum cihazı üretmesini talep etmiştir.<sup>44</sup> İspanya ise kamu sağlığı için hükümetin geçici olarak bazı fabrikaları ve özel sağlık tesislerini ele geçirebileceğine ve bazı ürünlerin ve zorunlu kişisel hizmetlerin sağlanması için kuruluşlara müdahalelerde bulunabileceğine ilişkin düzenlemede bulunmuştur.<sup>45</sup> Yine İsviçre’de de benzer bir düzenleme yapılmıştır.<sup>46</sup> El Salvador ise elektrik, internet ve telefon faturalarının ödenmesini üç aylığına askıya almıştır.<sup>47</sup> Özellikle devletlerin yatırımcılara karşı müdahaleler içeren bu düzenlemeleri yatırımcıların rızası hilafına olursa dolaylı kamulaştırma olarak görülebilir.<sup>48</sup>

39 Belirtelim ki buradaki ele geçirme eylemine devletin tek bir müdahalesi neden olabileceği gibi zaman içerisinde birbirini takip ederek gerçekleşen eylemler de neden olabilir. Cansu İste, *ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 63.

40 Nalçacıoğlu Erden (n 36) 52.

41 Giray (n 37) 100-101.

42 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nalçacıoğlu Erden (n 36) 221-256.

43 UNCTAD, *Investment Policy Monitor: Special Issue - Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic*, Special Issue 4, 2020, Annex. IIA, 2,

<[https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3_en.pdf)>, Erişim Tarihi 23 Temmuz 2020.

44 Memorandum on Order Under the Defense Production Act Regarding General Motors Company (27 March 2020), <<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/memorandum-order-defense-production-act-regarding-general-motors-company/>>, Erişim Tarihi 05 Temmuz 2020.

45 İlgili düzeleme için bkz. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, Royal Decree 463/2020 (14 March 2020) Artículo 13 <<https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463>>, Erişim Tarihi 05 Temmuz 2020.

46 Ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (13 Mars 2020) <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20200744/index.html>>, Erişim Tarihi 05 Temmuz 2020.

47 “Government and institution measures in response to COVID-19.” (2020) <<https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2020/04/el-salvador-government-and-institution-measures-in-response-to-covid.html>>, Erişim Tarihi 05 Temmuz 2020.

48 Bento and Chen (n 20).

Covid-19 salgınına karşı ev sahibi devletlerin belirtmiş olduğumuz şekilde aldıkları tedbirlerin geçici nitelikte olup olmadığı da önem arz etmektedir. Zira ev sahibi devletler, alınan tedbirlerin “geçici nitelikte” olması sebebiyle kamulaştırma eyleminin gerçekleşmediğini ileri sürebilirler. Nitekim *Tecmed* davasında tahkim mahkemesi sınırlayıcı bir tutum izleyerek dolaylı kamulaştırma için alınan tedbirlerin geri dönülemez ve kalıcı nitelikte olması şartını aramıştır.<sup>49</sup> Diğer yandan *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, davasında tahkim mahkemesi alınan tedbirin kamulaştırma sayılabilmesi için genel olarak yatırımcının ekonomik haklarını kullanmasının kalıcı olarak kaybının gerektiğini ancak bazı durumlarda yatırımcının ticari haklarını kullanmasının geçici veya kısmi olarak kaybının da kamulaştırma olarak görülmesinin uygun olduğunu belirtmiştir.<sup>50</sup> Ancak mahkeme sınırın geçici olarak kapatılması sebebiyle, davacının 18 ay boyunca ürettiği malları ihraç edememesini kamulaştırma olarak görmemiştir.<sup>51</sup> Diğer yandan *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt* davasında yatırımcının oteli kiralaması ve geliştirmek için inşaat faaliyetlerinde bulunmak için anlaşması ancak kira sözleşmesi dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlık sebebiyle otel inşaatının yaklaşık 1 yıl durmasını kısa süreli olarak görmemiş ve dolaylı kamulaştırmanın varlığına hükmetmiştir.<sup>52</sup> Yine *Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic* davasında tahkim mahkemesi davacının yatırımı olan *Manas Bank*’ın, Kırgızistan Ulusal Bankası tarafından yönetilmesinin ve haczedilmesinin Kırgız hukukuna göre geçici olmasına rağmen, Kırgızistan tarafından bu geçiciliğin garanti edilememesi ve devletin müdahalesi sona erse dahi yatırımın eski değerinde olmayacağını belirterek dolaylı kamulaştırmanın varlığına hükmetmiştir.<sup>53</sup> İncelediğimiz davalar ışığında, Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirlerin tek başına geçici nitelikte olması, yapılan müdahalenin kamulaştırma teşkil edip etmediğine dair karar vermek için yeterli değildir. Her ne kadar kamulaştırmanın varlığını kabul için prensip olarak müdahalenin kalıcı olması aransa da, geçici müdahale sebebiyle, yatırımcı açısından geri dönülemez ekonomik sonuçların oluştuğu durumlarda dolaylı kamulaştırmanın varlığı kabul edilebilir.

Covid-19 salgını ve kamulaştırma konusunda önemle değinilmesi gereken bir değer mesele ise yatırımcıların malvarlığının kısmi olarak kamulaştırıldığının kabul edilebilip edilemeyeceği meselesidir. Kısmi kamulaştırmanın kabul edilip edilmemesi hakkında yeknesak bir uygulama yoktur.<sup>54</sup> Bizim de katıldığımız görüşe göre yatırımın

49 *Tecmed* (n 21), para 116.

50 *S.D. Myers, Inc v. Government of Canada*, UNCITRAL, First Partial Award on the Merits, (13 November 2000), para 283; Yine *LG&E* davasında mahkeme yatırımcının mülkiyet hakkına etki eden eylemin süresinin kamulaştırma kararı için önem arz ettiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre genel olarak kamulaştırma süreklilik arz etmelidir. Ancak yatırımın başarılı gelişiminin belirli bir anda gerçekleşmesi gereken bazı özel faaliyetlere bağlı olması durumundaysa kalıcılık koşulu aranmayabilmektedir *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision On Liability (3 October 2006), para 193.

51 *Myers* (n 50), para 284-288; *Giray* (n 37) 101.

52 *Wena Hotels Ltd v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (8 December 2000), para 99.

53 *Valeri Belokon v Kyrgyz Republic*, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL), IIC 760 (2014), Award (24 October 2014), para 206-210.

54 Nalçacıoğlu Erden (n 36) 105.

birbirinden ayrılabilen unsurlardan oluşması halinde, bu unsurlardan sadece bazılarının dolaylı kamulaştırmaya konu olması mümkündür.<sup>55</sup> Bu bakımdan Covid-19 salgını çerçevesinde alınan tedbir, tek başına yatırımın bütününden ayrılabilen bir ekonomik hakka zarar veriyorsa dolaylı kamulaştırma söz konusu olabilir. Aksi takdirde yatırımcı zararını adil ve eşit davranma yükümlülüğü gibi diğer ilkeler aracılığıyla giderebilecektir. Nitekim özellikle adil ve eşit davranma yükümlülüğü diğer standartlardan doğan boşlukları doldurmak için kullanılabilir. <sup>56</sup>

### C. Covid-19 Salgını ve Tam Koruma ve Güvenlik İlkesi

Tam koruma ve güvenlik (*full protection and security*) şartına günümüzde pek çok yatırım anlaşmasında rastlanılmaktadır.<sup>57</sup> Bu şart genel olarak ev sahibi devlet güçlerinin yatırıma zarar vermemesini ve öngörülebilir riskler hakkında ev sahibi devletin yatırımı korumak için makul tedbirler alması gerekliliğini ifade eder.<sup>58</sup> Aksi takdirde ev sahibi devletin sorumluluğu doğabilir. Belirtelim ki buradaki sorumluluk bir tür kusur sorumluluğudur. Diğer bir ifadeyle tam koruma ve güvenlik şartı çerçevesinde devletin yatırımı korumak için kendisinden beklenen özeni göstermesi gerekir.<sup>59</sup> Her ne kadar devletlerin Covid-19 salgınına karşı aldıkları önlemler adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlali ve hukuksuz kamulaştırmalara sebebiyet verebilecekse de devletlerin salgına karşı pasif kalması, diğer bir deyişle önlem almaması ve bu sebeple de yatırımın zarar görmesi halinde tam koruma ve güvenlik ilkesinin ihlali oluşabilir.<sup>60</sup> Nitekim ICSID mahkemesinde görülen *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* davasında içme suyu ve kanalizasyon hizmeti sağlayan *Azurix* şirketi ev sahibi devletin gerekli altyapı hizmetini sağlamadığı için suda yosunlaşmanın başladığını belirtmiştir. Mahkeme de adil ve eşit davranma yükümlülüğüyle birlikte tam koruma ve güvenlik şartının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.<sup>61</sup>

Tam koruma ve güvenlik şartı sadece yatırımın fiziki olarak korunması anlamında kullanılmamaktadır. Tam koruma ve güvenlik şartı kapsamında ev sahibi devletlerin

55 Ursula Kriebaum, "Partial Expropriation" (2007) 8 The Journal of World Investment and Trade 69, 84; Nalçacıoğlu Erden (n 36) 110-112.

56 Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012) 133.

57 Bu ilkeye bazı anlaşmalarda güvenlik ve tam koruma ilkesi, en muntazam şekilde koruma ilkesi gibi isimler verilebilir. Örneğin Enerji Şartı Anlaşması madde 10(1)'de bu ilke en muntazam şekilde koruma ilkesi olarak anılmıştır. Gökhan Albayrak, *Uluslararası Yatırım Hukukuna Küresel Anayasacılık Yaklaşımı* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 42. Yatırım anlaşmalarında yer alan tam koruma ve güvenlik şartının kaleme alınış biçiminin farklı oluşu genel olarak tahkim mahkemelerinin bu ilkeye ilişkin yorumunu değiştirmektedir. Stanimir A Alexandrov, "Part III: Chapter 23: The Evolution of the Full Protection and Security Standard" içinde Geraldine Fischer and others (ed), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (Wolters Kluwer 2015) 320.

58 M Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Third Edition, Cambridge University Press 2010) 205; Dolzer and Schreuer (n 56) 161.

59 Alexandrov (n 57) 320.

60 Bento and Chen (n 20).

61 *Azurix Corp v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (14 July 2006), para 408.



yatırımcılara güvenli bir hukuki ortam ve iş çevresi sağlaması da gerekir.<sup>62</sup> Bu sebeple Covid-19 salgını dolayısıyla yapılacak olan mevzuat değişiklikleri sebebiyle de tam koruma ve güvenlik şartının ihlal edildiği tartışılabilir. Ancak böyle bir durumda tahkim mahkemesinin tam koruma ve güvenlik şartına mı yoksa adil ve eşit muamele şartına mı dayanarak karar vermesi gerektiği tartışmalıdır.<sup>63</sup> *PSEG* kararında mahkeme hukuki güvenlik ve güvenli iş alanı (*business environment*) oluşturma adil ve eşit muamele ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, tam koruma ve güvenlik şartının daha çok fiziksel güvenliği ifade ettiğini ve ancak istisnai durumlarda mahkemenin adil ve eşit davranma yükümlülüğü yerine tam koruma ve güvenlik ilkesine dayanabileceğini belirtmiştir.<sup>64</sup> Diğer yandan *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic* davasında tahkim mahkemesi tam koruma ve güvenlik ilkesinin hukuk güvenliğini de sağlaması gerektiğini kabul etmiştir.<sup>65</sup> Yine *Lauder* davasında her ne kadar mahkeme tam koruma ve güvenlik ilkesine aykırılığın varlığına hükmetmese de bu ilke çerçevesinde ev sahibi devletlerin yatırımcılara uyuşmazlıklarını giderebilecekleri yargı yolu sağlamaları gerektiğini belirtmiştir.<sup>66</sup> Kanımızca tam koruma ve güvenlik ilkesinin, yatırımcılara uyuşmazlıklarını giderebilecekleri bir hukuk sistemi sağlanması gerektiği kabul edilsin veya edilmesin Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirler kapsamında mahkemelerin uzun süreli olarak kapatılması ve yatırımcıların uyuşmazlıklarını mahkemelerde giderememesi halinde devletlerin sorumlulukları doğabilecektir. Zira günümüzde hemen her sözleşmede adil ve eşit davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Tahkim mahkemeleri hukuk güvenliği sağlanmasını tam koruma ve güvenlik ilkesi çerçevesinde görmese dahi adil ve eşit davranma yükümlülüğü kapsamında görerek devletler aleyhine karar verebilir.<sup>67</sup>

#### D. Covid-19 Salgını ile “En Çok Gözetilen Ulus Kaydı” ve “Ulusal Muamele Standardı” İlişkisi

Milletlerarası sözleşmelerde sıklıkla anılan en çok gözetilen ulus kaydı, anlaşma taraflarının, belirli bir konuda üçüncü devletlere ya da vatandaşlarına tanıdıkları ya da tanıyacakları daha elverişli muameleyi, birbirlerine ya da vatandaşlarına karşı da uygulamayı kabul ettiklerini açıklayan bir hükümdür.<sup>68</sup> Covid-19 salgını nedeniyle ülkelerin özellikle aşı, maske, solunum cihazı gibi medikal ürünlerin ihracatında çeşitli

62 Albayrak (n 57) 43; *CME Czech Republic BV v The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (13 September 2001), para 613; Ayrıca bkz *Frontier Petroleum Services Ltd v The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award (12 November 2010), para 263.

63 Alexandrov (n 57), 327-328.

64 *PSEG* (n 23), para 258. Aynı yönde bkz. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability and Separate Opinion of Arbitrator Pedro Nikken (30 July 2010).

65 *CME* (n 62), para 613.

66 *Ronald S. Lauder v The Czech Republic*, UNCITRAL ad hoc tribunal, Award, 3 September 2011, para 314.

67 Aynı yönde bkz. Newcombe and Paradell (n 14) 314.

68 Yasemin Aydoğmuş, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı” (2010) 29 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 21, 21.; Pinar Baklacı, *Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi* (Beta Yayınevi, 2009) 35; Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (Yenilenmiş 25th edn, Beta Yayıncılık 2020) 66-68.

vergisel düzenlemeler ve kısıtlamalarda bulunmaları mümkündür. Bu tarz ürünlerin ihracatı hakkında en çok gözetilen ulus kaydının bulunduğu sözleşmelerde, ev sahibi devletin bu kayıt gereğince anlaşma tarafı devlete diğer devlet yatırımcılarından dezavantajlı koşullar sağlamaması gerekir.

Ayrıca en çok gözetilen ulus kaydının olduğu anlaşmalarda, ev sahibi devletin üçüncü bir devlet ile yaptığı anlaşmaya istinaden, yatırımcının ICSID’e başvurması mümkündür.<sup>69</sup> Covid-19 salgını dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlıklarda yatırımcılar en çok gözetilen ulus kaydına istinaden ICSID’e başvurabilirler. Ancak böyle bir durumda taraf iradelerine aykırı bir yorumla ev sahibi yatırımcıya ICSID’e başvuru imkânı tanınmamalıdır. Örneğin taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşmede başkaca bir uyuşmazlık çözüm yöntemi belirlenmişse artık üçüncü bir tarafla akdedilmiş olan sözleşmede belirtilen uyuşmazlık çözüm yöntemi dikkate alınmamalıdır.<sup>70</sup> Yine ülkelerin genel politikalarına ve uygulamalarına aykırı olacak şekilde yatırımcıya ICSID’e başvuru imkânı tanınmamalıdır. Bu sebeple yatırımcıya en çok gözetilen ulus kaydına istinaden ICSID’e başvuru imkânı tanınması için bu durumun kamu düzenine aykırı olmaması gerekir.<sup>71</sup>

Ulusal muamele standardı (*national treatment*) ise yabancı yatırımlar ile doğrudan ev sahibi devletin vatandaşlarının yatırımları arasındaki ayrımcılığı önlemeyi amaçlar.<sup>72</sup> Ev sahibi devletlerin Covid-19 salgını sebebiyle kendi yatırımcılarını desteklerken, aynı pazar içerisindeki yabancı yatırımcıları desteklememeleri durumunda ulusal muamele standardının ihlali gündeme gelebilir. Örneğin İngiltere, Covid-19 salgını dolayısıyla tren şirketlerinin iflas etmesini engellemek amacıyla, tren şirketlerine geçici olarak şirketlerini “millileştirme” imkânı tanımıştır.<sup>73</sup> Bunun sonucunda da bazı demiryolu şirketlerinin borsadaki değerinde artış yaşanmıştır.<sup>74</sup> İşte böyle bir durumda aynı pazar içindeki yabancı yatırımcılara destek sağlanmazsa ulusal muamele standardının ihlali gündeme gelebilir.

## II. Covid-19 Salgını Sebebiyle Alınan Tedbirlerin Hukuka Aykırı Olduğu İddiasına Karşı Ev Sahibi Devletlerin İleri Sürebileceği Savunmalar

Devletlerin Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında almış oldukları tedbirlerin yatırım anlaşmalarına aykırı olabileceğini yukarıda belirttik. Ancak yatırım tahkiminde devletlerin ahde vefa ilkesinin (*pacta sunt servanda*) dışına çıkabilecekleri bazı

69 Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta Yayıncılık 2019) 712-713, dn. 654.

70 Aydoğmuş (n 68) 82-83.

71 ibid 83-84.

72 Albayrak (n 57) 48.

73 Department for Transport and The Rt Hon Grant Shapps MP, “Government ensures ticket refunds and protects services for passengers with rail emergency measures” <<https://www.gov.uk/government/news/government-ensures-ticket-refunds-and-protects-services-for-passengers-with-rail-emergency-measures>>, Erişim Tarihi 03 Temmuz 2020.

74 Rob Davies, “Covid-19: government suspends rail franchise agreements” (*The Guardian*, 2020) <<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/23/covid-19-government-suspends-rail-franchise-agreements>>, Erişim Tarihi 03 Temmuz 2020.



durumlar söz konusudur. Böyle durumlarda devletlerin tazminat ödeme yükümlülükleri oluşmayacaktır. Çalışmanın bu bölümünde ev sahibi devletlerin Covid-19 salgını nedeniyle almış oldukları tedbirlerden dolayı yatırımcılara karşı sorumluluktan kurtulabilecekleri bazı savunmalar incelenmiştir.

Milletlerarası örf ve adet hukukunda, devletlerin hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumluluktan kurtulabilmelerini sağlayan genel olarak altı adet savunma vardır. Bunlar rıza (*consent*), zorunluluk hali (*necessity*), karşı önlem (*counter measure*), mücbir sebep (*force majeure*), meşru müdafaa (*self-defence*) ve tehlike hali (*distress*) şeklindedir.<sup>75</sup> Covid-19 salgını nedeniyle alınmış olan tedbirlerin yatırım tahkimi davalarında mücbir sebep, zorunluluk hali ve tehlike haliyle ilişkili olduğu devletler tarafından ileri sürülebilir.<sup>76</sup> Ayrıca devletlerin kamu sağlığı gibi konularda düzenleme yapmaları halinde “polis kudreti doktrinine” (*police powers doctrine*) dayanarak sorumluluktan kurtulmaları söz konusu olabilir. Yine devletlerin yatırım anlaşmalarında yer alan bazı kayıtlar sayesinde sorumluluktan kurtulmaları mümkündür.

### A. Zorunluluk Hali (*Doctrine of Necessity*)

Zorunluluk hali, olağandışı hallerde, devletlerin yakın ve ağır bir tehlikeye karşı “son çare” olarak aldıkları tedbirlerden dolayı tazminat sorumluluğunun doğmamasını sağlayan milletlerarası örf ve adet hukuku kuralıdır.<sup>77</sup> Ancak devletlerin bu doktrini kötüye kullanmasını engellemek için zorunluluk hali oldukça katı koşullara bağlanmıştır.<sup>78</sup> ILC Kuralları madde 25(1)’de devletin zorunluluk hali sebebiyle sorumluluktan kurtulabilmesi için bazı şartlar belirtilmiştir. Bu şartlar (a) ağır ve esaslı bir tehlikeye karşı esaslı bir menfaati korumak için devletin tek çaresinin ilgili önlemi almak olması, (b) kendisine karşı önlem alınan devletin, devletlerin veya uluslararası toplumun başka bir esaslı menfaatine ciddi şekilde zarar verilmemesi şeklindedir. ILC Kuralları madde 25/2’de ise bu şartlara ek olarak (a) zorunluluk halinin ileri sürülmesini engelleyen bir yükümlülük olmaması gerekliliği ve (b) devletin zorunluluk haline katkısının olmaması gerektiği belirtilmiştir.

Kanımızca Covid-19 salgınının dünya çapındaki şiddetli etkisi “ağır ve esaslı bir tehlike” unsurunun varlığına işaret etmektedir. Alınan önlemlerin kamu sağlığı gibi gerekçelerle yapılması ise alınan önlemin esaslı bir menfaati koruma amaçlı alındığını göstermektedir.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Newcombe and Paradell (n 14) 510; Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu* (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2016) 62-74.

<sup>76</sup> Federica and Jephcott (n 20)

<sup>77</sup> Josefa Sicard Mirabal and Yves Derains, *Introduction to Investor-State Arbitration* (Wolters Kluwer 2018) 168.

<sup>78</sup> Azaklı Köse (n 25) 47.

<sup>79</sup> *National Grid PLC v Argentine Republic*, UNCITRAL Case, Award (3 November 2008), para 245; Federica Paddeu and Kate Parlett, ‘COVID-19 and Investment Treaty Claims’ (Kluwer Arbitration Blog, 30 March) <[http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/?doing\\_wp\\_cron=1598323040.8537199497222900390625](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/?doing_wp_cron=1598323040.8537199497222900390625)>, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020. Buradaki esaslı menfaat koşulu devletin kendi toplumu için olabileceği gibi tüm uluslararası toplumun menfaatine ilişkin olabilir. Azaklı Köse (n 25) 183. Covid-19 salgınının dünya çapındaki etkisi göz önüne alındığında devletin almış olduğu tedbirlerin tüm toplumun esaslı menfaatine ilişkin olduğu ileri sürülebilir.

Ancak zorunluluk halinden yararlanabilmek için ev sahibi devletin Covid-19 salgınına karşı yatırımcıya zarar veren tedbiri almaktan başka bir çaresinin olmaması da gerekir. Bu koşul devletlerin zorunluluk haline dayanmasını oldukça zorlaştıran bir kriterdir. Nitekim devletlerin yatırımcıyı zarara uğratan tedbir yerine, daha maliyetli olan ancak yatırımcının zarara uğramasını engelleyecek bir tedbir almaları mümkünse, bu durumda devletler zorunluluk haline sığınamayacaklardır.<sup>80</sup>

Devletlerin zorunluluk hali savunmasında bulunabilmeleri için Covid-19 salgını nedeniyle alınan önlemin başka bir esaslı yükümlülüğe ciddi bir zarar vermemesi gerekir. Bu koşul sebebiyle devletlerin aşı üretimi gibi tüm dünyanın sağlığını etkileyecek konularda dikkatli davranması gerekir. Özellikle ülke çıkarları için bilim insanlarının seyahat etmesini engellemek gibi tedbirlerde devletlerin zorunluluk haline dayanamayacağı söylenebilir.

Ayrıca ev sahibi devletin zorunluluk halinden yararlanabilmesi için ilgili tedbire ilişkin zorunluluk haline başvurmayı engelleyen açık veya örtülü bir kuralın olmaması gerekir.<sup>81</sup> Bu kıstas insancıl hukuk gibi savaş durumlarına ilişkindir. Öyle ki devletler bu hallerde zorunluluk haline başvurarak insan haklarına aykırı davranamazlar. Yatırım anlaşmaları bakımından devletlerin zorunluluk haline başvurmalarını engelleyen bir durumun varlığı pek de söz konusu değildir.<sup>82</sup>

Devletlerin zorunluluk halinin oluşmasında katkılarının olmaması koşulu da oldukça belirsizdir. Zira her zorunluluk halinin ortaya çıkışında devletin dolaylı da olsa bir rolünün olduğu iddia edilebilir. Kanımızca burada devletin zorunluluk halinin oluşmasına katkısının ne ölçüde etkili olduğu önem arz etmektedir.<sup>83</sup> Özellikle 2001 Arjantin ekonomik krizinde zor günler geçiren Arjantin'in yabancı yatırımcılara karşı almış olduğu tedbirlere ilişkin davalarda bu mesele tartışılmıştır.<sup>84</sup> ICSID'de görülen *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic* davasında mahkeme, devletin sorumluluktan kurtulmasını zorlaştırmak gerektiğini bu sebeple de devletin iyi niyetli davranışlarının sonucunda oluşan kötü sonuçlar bakımından dahi sorumluluklarının olduğunu belirtmiştir.<sup>85</sup> Başka bir karardaysa zorunluluk haline katkı sağlamamış olma koşulu daha dar yorumlanmış ve bu koşul için devletin bir hatasının olması gerektiği belirtilmiştir.<sup>86</sup>

Covid-19 salgınına ilişkin alınan tedbirler hakkında devletler zorunluluk hali savunmasında bulunmak istediklerinde yatırımcılar virüsün yayılmasından dolayı

<sup>80</sup> Paddeu and Parlett (n 79)

<sup>81</sup> Azaklı Köse (n 25) 193.

<sup>82</sup> Paddeu and Parlett (n 79).

<sup>83</sup> Azaklı Köse (n 25) 194.

<sup>84</sup> ibid 194-197.

<sup>85</sup> *Impregilo SPA. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award (21 June 2011), para 356.

<sup>86</sup> *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26 Award (8 December 2016), para 711.

devletlerin zorunluluk haline katkıda bulunmuş olduklarını ileri sürebilirler. Özellikle ev sahibi devletin sağlık sisteminde yaşanan sorunlardan dolayı zorunluluk haline katkılarının olup olmadığının tahkim mahkemelerinde tartışılacağı öngörülmektedir.<sup>87</sup> Doktrinde böyle bir durumda devletlerin zorunluluk haline başvurabilmelerinin istisnai durumlarda kabul edilmesi sebebiyle mahkemelerin yatırımcıdan yana bir tutum sergileyeceği öngörülmektedir.<sup>88</sup>

### B. Mücbir Sebeup (Force Majeure)

Devletlerin yatırımcılara vermiş oldukları zararlardan sorumlu tutulmalarını ortadan kaldıracak bir diğer örf ve adet kuralı mücbir sebeptir. Mücbir sebep savunmasının koşulları ILC Kuralları madde 23'te belirtilmiştir. İlgili maddeye göre bir milletlerarası yükümlülüğe aykırı davranış sergileyen devletin bu davranışından mücbir sebep gerekçesiyle sorumluluktan kurtulabilmesi için şu koşullar gereklidir: (1) mücbir sebep olarak nitelendirilen olay devletin kontrolü dışında gerçekleşmelidir. (2) Karşı konulamaz ansızın beliren bir kuvvet veya olay söz konusu olmalıdır. (3) Devletin bu olay veya kuvvet sebebiyle üstlendiği yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından maddi imkânsızlık söz konusu olmalıdır. (4) Mücbir sebep olarak nitelendirilen olaya devletin bir tasarrufu kısmen veya tamamen sebep olmamalıdır. (5) Devlet önceden bu durumu öngörememiş olmalıdır.

Görüldüğü üzere devletlerin mücbir sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulması oldukça katı koşullara bağlanmıştır. Covid-19 salgını her ne kadar devletin kontrolü dışında gerçekleşen beklenmedik bir olay olsa da devletlerin Covid-19 salgını nedeniyle yükümlülüklerini yerine getirmelerinin "imkânsızlaştığını" ispatlamaları oldukça zordur.<sup>89</sup> Zira maddi imkânsızlık olarak adlandırılan bu unsur mücbir sebebi tehlike halinden ve zorunluluk halinden ayıran unsurdur. Burada öyle bir imkânsızlık mevcut olmalıdır ki devletin almış olduğu tedbir dışında başka bir seçeneği kalmamış olmamalıdır.

Ayrıca yatırımcılar Covid-19 salgınının yayılmasında, ev sahibi devletlerin almış oldukları önlemlerin eksikliğinin veya Covid-19 salgınıyla mücadelede yapılan hataların etkili olduğunu ileri sürebilirler. Zira Dünya Sağlık Örgütü (*WHO-World Health Organization*) gibi birçok hükümet dışı örgüt sürecin yönetimi hakkında devletlere tavsiyelerde bulunmaktadır. Ev sahibi devletlerin bu tavsiyelere aykırı davranışları nedeniyle salgının artmasına sebebiyet vermeleri halinde mücbir sebep savunmasından yararlanamamaları söz konusu olabilir.

<sup>87</sup> Paddeu and Parlett (n 79).

<sup>88</sup> ibid.

<sup>89</sup> Paddeu and Parlett (n 79).

### C. Tehlike Hali (*Distress*)

ILC madde 24/1’de, devlet adına hareket eden kişinin tehlike hali sebebiyle devletin uluslararası sorumluluğuyla uyuşmayan bir eylemi kendisinin ya da korumakla yükümlü olduğu kişilerin hayatlarını kurtarmak amacıyla gerçekleştirmesi ve bu kişinin fiili gerçekleştirmek dışında başka bir “makul seçeneği” olmaması durumunda devletin sorumluluktan kurtulacağı düzenlenmiştir. Ancak ILC madde 24/2’ye göre eğer (a) tehlike halinin oluşmasına devletin bir davranışı kısmen veya tamamen sebebiyet vermişse veya (b) devletin yükümlülüğüne aykırı fiili, eşdeğer ya da daha ağır bir tehlike yaratmaya yol açmışsa devletin sorumluluktan bu madde kapsamında kurtulamayacağı düzenlenmiştir.

Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirlerin insanların hayatlarını kurtarmak için yapıldığı ileri sürülebilir. Ancak tehlike hali devletlerin daha çok aniden gerçekleşen olaylara karşı belirli bir kişi veya kişi grubunun hayatını korumak için alınan önlemlerde gündeme gelir. Covid-19 salgını gibi tüm kamu sağlığını genel olarak tehdit eden bir duruma karşı alınan önlemler ise tehlike halinden çok zorunluluk halini yansıtır.

### D. Polis Kudreti Doktrini (*Police Powers Doctrine*)

“Polis kudreti doktrini” egemen devletin kamunun sağlığını, genel refahını, ahlak ve güvenliğini sağlamak için gerekli ve uygun düzenlemeleri yapabilmesini sağlayan doğal ve genel gücünü ifade etmektedir.<sup>90</sup> Burada ev sahibi devletin taahhütlerinin dışına çıkmasına rağmen “istisnai olarak” yatırımcıya karşı tazminat sorumluluğu doğmamaktadır.<sup>91</sup> Hukuk kurallarının toplumun ihtiyaçlarına göre değiştirilmesi bir gerekliliktir. Özellikle kamu sağlığı ve kamu yararı gibi gerekçelerle devletlerin yatırım anlaşmalarında taahhüt ettikleri şartların dışına çıkacak düzenlemeler yapmaları gerekebilir. Nitekim *Saluka Investments Bv v. The Czech Republic* davasında tahkim mahkemesi ayrımcı olmayan ve iyi niyetli olarak kamu refahının sağlanması için yasama gücünü kullanan devletin sorumluluğunun doğmayacağı belirtilmiştir.<sup>92</sup>

Polis kudreti doktrini ve Covid-19 salgını ilişkisi hakkında *Philip Morris et al. v. Uruguay* davasına değinmek gerekir. Zira bu davada kamu sağlığı gerekçesiyle ev sahibi devletin çeşitli düzenlemelerde bulunması söz konusudur. İlgili davada Uruguay devleti kamu sağlığı gerekçesiyle, sigara firmalarının sadece tek tip sigara paketleri üretebileceklerine, belirli bir markada farklı sigara türlerinin satışa sunulamayacağını ve paketler üzerine “sağlığa zararlıdır” ibaresinin daha büyük bir şekilde yer alacağına ilişkin düzenleme yapmıştır. Davacı *Philip Morris* ise bu durumun dolaylı kamulaştırma olduğunu ve adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Ancak mahkeme Uruguay Devleti’nin yapmış olduğu düzenlemelerin

90 Garner (n 16) 1276.

91 Flavia Marisi, “Interpretation Doctrines”, *Environmental Interests in Investment Arbitration: Challenges and Directions (International Arbitration Law Library Vol 51)* (Kluwer Law International 2020) 162.

92 *Saluka* (n 33) para 255.

keyfi ve gereksiz olmadığına ve “kamu sağlığı” gerekçesiyle yaptığı düzenlemenin polis doktrini çerçevesinde olduğuna karar vermiştir.<sup>93</sup> Polis kudreti doktrini Covid-19 salgını sebebiyle gerçekleştirilen düzenlemelerde de devletlerin kullanabilecekleri bir argüman olarak karşımıza çıkabilir.<sup>94</sup> Zira Covid-19 salgını sebebiyle alınan tedbirler de genellikle kamu sağlığı gerekçesi ön plandadır. Ancak salt kamu sağlığı gerekçesi, ilgili düzenlemelerin polis kudreti kapsamında görülerek devletin sorumluluktan kurtulması için yeterli olmayabilir. Zira doktrinde<sup>95</sup> belirtildiği üzere ev sahibi devletin polis kudreti doktrininden yararlanabilmesi için alınan tedbirin (1) makul olması, (2) devletin düzenleyici yetkisi kapsamında olması, (3) hukuki süreçlere uygun olarak alınmış olması, (4) kamu yararını amaçlaması, (5) ayrımcılık içermemesi, (6) orantılı olması ve (7) iyi niyetli olması (*bona fide*) gerekir. Ayrıca belirtelim ki ev sahibi devletin yapmış olduğu düzenleme bu koşulların hepsini karşılasa dahi yatırım anlaşmasında spesifik bir taahhüdün olması halinde polis kudreti doktrininden ev sahibi devletin yararlanamaması söz konusu olabilir.<sup>96</sup>

### E. Anlaşmalarda Yer Alan İstisna Hükümleri (*Treaty Exceptions*)

Yatırım anlaşmalarında ve ticaret anlaşmalarında tanımlanmış olan bazı hükümler de devletlerin sorumluluktan kurtulabilmeleri için kullanılabilir. İstisna hükümleri olarak adlandırılan bu hükümler devletlere genellikle güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı gibi gerekçelerle anlaşmada yer alan hükümleri uygulamama hakkı tanır.<sup>97</sup> Özellikle ticari sözleşmelerde yer alan istisna hükümlerinin amacı, ticaretten daha öncelikli konularda devletlerin gerekli eylemlerde bulunabilmesini hukuka uygun hale getirmektir. Örneğin, Covid-19 salgını sebebiyle devletlerin öncelikle kendi vatandaşlarının ihtiyaçlarını karşılamak için ilaç, maske, tıbbi cihaz ve gıda ürünleri gibi bazı malların alınan ihracat ve ithalatına ilişkin geniş ölçüde sınırlamalar uygulamaları söz konusudur.<sup>98</sup> Diğer yandan Örneğin GATT (Gümrük Tarifeleri ve

93 Philip Morris (n 24) para 307.

94 Kamu sağlığı gerekçesiyle devletlerin düzenlemede bulunmalarının hukuka uygun görüldüğü başka kararlar da mevcuttur. Örneğin *Methanex Corporation v United States of America* davasında, Kaliforniya’da MTBE(methyl tertiary-butyl ether-metil tersiyer bütül eter) isimli kimyasal bir maddenin satışının ve kullanımının yasaklanması üzerine yatırımcı kamulaştırma iddiasında bulunmuştur. Ancak bu davada mahkeme Kaliforniya eyaletinin düzenlemesinin ayrımcılık içermediğini ve kamu yararını hedeflediğini gözeterek davacının iddiasını reddetmiştir. *Methanex Corporation v United States of America*, NAFTA, Final Award (03 August 2015), Part IV, Chapter D, para 7. Yine *Chemtura v Canada* davasında tahkim mahkemesi tarım ürünleri için kimyasal ilaç üreten şirketin Kanada hükümetinin almış olduğu tedbirler sebebiyle zarar etmesini dolaylı kamulaştırma olarak görmemiş ve kamu sağlığı için alınmış olan bu tedbiri polis kudreti çerçevesinde görmüştür. *Chemtura Corporation v Government of Canada*, NAFTA, Award (2 August 2010) para 265,266.

95 Janice Lee, “Note on COVID-19 and the Police Powers Doctrine: Assessing the Allowable Scope of Regulatory Measures during a Pandemic” (2020) 13 Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal) 229, 236.

96 *Methanex* (n 94) para 7.

97 Talat Kaya, “Dtö Anlaşmalarındaki Yükümlülüklerden Kaçınmaya Olanak Sağlayan İstisna Hükümleri” (2017) 7 Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 169, 171.

98 DTÖ’nün 23 Nisan 2020 tarihli bir raporuna göre Covid-19 salgını sonrası 80 ülkede ihracat yasakları ve sınırlamaları görülmüştür. WTO, “Export Prohibitions and Restrictions” <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/covid19\\_e/export\\_prohibitions\\_report\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf)>, Erişim Tarihi 22 Haziran 2020.

Türkiye’de çeşitli malların ihracatına ilişkin sınırlamalarda bulunmuştur. Bkz. İhracı Yasak ve Ön İzne Bağlı Mallara İlişkin Tebliğ (İhracat: 96/31) Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (İhracat: 2020/4) RG Tarih 4 Mart 2020 Sayı 31058.

Ticaret Genel Anlaşması)<sup>99</sup> madde XI’de prensip olarak üye devletlerin ihracata ilişkin kısıtlama getirmesi yasaklanmıştır. Ancak madde XI fıkra 2’de bir istisna hükmü yer almaktadır. İlgili istisna hükmüne göre ihracatçı ülke, gıda ürünlerinin veya diğer temel ürünlerin kritik eksikliklerini önlemek veya hafifletmek amacıyla geçici olarak yasaklamalarda bulunabilir.<sup>100</sup> Covid-19 salgını nedeniyle alınan ihracat yasaklarında devletin bu maddeye sığınarak sorumluluktan kurtulmak istemesi mümkündür.<sup>101</sup>

Covid-19 salgını sebebiyle alınan tedbirlerden dolayı, devletlerin genel istisna hükümlerinden yararlanarak sorumluluktan kurtulmaları söz konusu olabilir. Genel istisnalar devletlerin kamu sağlığı, kamu düzeni gibi bazı durumlarda gerçekleştirdikleri eylemlerden dolayı sorumluluklarının doğmayacağına ilişkin maddelerdir. Genel istisnalara ticaret anlaşmalarında ve yatırım anlaşmalarında<sup>102</sup> rastlanabilir. GATT madde XX’de kamu ahlakının korunması, insan, hayvan ve bitki hayatının ve sağlığının korunması, tükenebilir doğal kaynakların korunması, genel ve yerelde yaşanan kıtlık hallerinde ihtiyaç duyulan malların elde edilmesi ve dağıtımı gibi birçok konuda devletlerin tedbir alabileceklerini düzenlemektedir.<sup>103</sup> Ancak Covid-19 salgınına ilişkin alınan önlemlerin doğrudan bu madde çerçevesinde meşru kabul edilebileceği düşünülmemelidir. Nitekim alınan tedbirin gerekli olup olmadığı her somut olayın koşullarına göre değerlendirilecektir. Bu değerlendirmede kamu sağlığını tehdit eden durumun ağırlığı, alınan önlemin amaca uygunluğu ve önlemin ticarete olan etkisi gözetilmektedir.<sup>104</sup> Ayrıca GATT madde XX’nin giriş kısmında (*chapeau*) tedbirlerin keyfi ve haksız şekilde ve ayrımcılığa sebebiyet verecek şekilde alınmaması gerektiği ifade edilmiştir. Yine Covid-19 salgını sebebiyle bazı malların ihracat ve ithalatına ilişkin sınırlamalarının GATT madde XX çerçevesinde

99 GATT hem çok taraflı anlaşmayı hem de bu anlaşmayla ihdas edilmiş olan milletlerarası kuruluşu ifade etmektedir. Anlaşmanın milletlerarası ticaretin gelişimini sağlamak, toplumların hayat kalitesini yükseltmek, gümrük davalarının sayılarını daha aza indirmek, milletlerarası ticarete ayrımcı muameleleri önlemek gibi amaçları vardır. Şanlı (n 7) 8. Nuray Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (3rd edn, Beta Yayıncılık 2019) 543-549. Türkiye de bu anlaşmaya taraftır. Bkz. RG Tarih: 31. 12. 1953 Sayı: 8597. Anlaşma metni için bkz. “The General Agreement on Tariffs And Trade” (1986) <wto.org/english/docs\_e/legal\_e/gatt47.pdf>, Erişim Tarihi 21 Haziran 2020.

100 Belirtelim ki bu istisna hükmünün uygulanması için maddede belirtilen şartlara ek olarak uygulanan sınırlamaların DTÖ (Dünya Ticaret Örgütü – World Trade Organization) Sekreteryası’na da bildirilmesi gerekir. WTO, “Decision on Notification Procedures for Quantitative Restrictions” <wto.org/english/tratop\_e/markacc\_e/qtr\_e.htm#:~:text=reverse notifications>.-,Notification requirement,at two yearly intervals thereafter>, Erişim Tarihi 22 Haziran 2020. Ayrıca bkz. Özlem Canbeldek Akın, “Dünya Ticaret Örgütü Kuralları Işığında Covid-19 Krizi” içinde Muhammet Özkes (ed), *Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 820-821.

101 Belirtelim ki GATT kapsamındaki uyuşmazlıklarda DTÖ yargılama organı münhasır yetkiye sahiptir. DTÖ’ne üye olmakla birlikte devletler, DTÖ bünyesindeki uyuşmazlık giderme usulüne tabi olmuş olurlar. Bu uyuşmazlık çözüm yönteminde daha çok devletlerin müzakereleri ve politik kararları etkili olmaktadır. Ayrıca belirtelim ki milletlerarası ticaretin esas aktörleri olan özel hukuk kişilerinin DTÖ yargısına başvurma yetkisi yoktur. Şanlı (n 7) 618-629. Ancak GATT kapsamında yer alan istisna hükümlerinin benzerleri yatırım anlaşmalarında da yer almaktadır. Bu sebeple devletlerin benzer istisna hükümlerine dayanarak sorumluluktan kurtulma imkânları söz konusu olabilir. Chaisse (n 2) 162.

102 Örneğin Türkiye ve ABD arasında akdedilmiş olan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Antlaşma madde 10’da “*Bu Antlaşma, Tarafların herhangi birinin kamu düzeni ve ahlakının korunması, uluslararası barışın ve güvenliğinin temini ve idamesi ya da kendi temel güvenliğinin korunmasına ilişkin yükümlülüklerinin ifası için gerekli önlemler almasını engellemez.*” ifadesi yer almaktadır. RG Tarih: 13 Ağustos 1989 Sayı: 20251

103 İlgili maddede yer alan istisnalar hakkında bkz. Müslüm Yılmaz, “Dünya Ticaret Örgütü Hukuku Bakımından Uluslararası Ticarete Güvenlik İstisnası” (2020) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249, 256-257.

104 Joost Pauwelyn, “Export Restrictions in Times of Pandemic: Options and Limits under International Trade Agreements” (2020) 7 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\_id=3579965>, Erişim Tarihi 21 Temmuz 2020.



hukuka uygun olması için ev sahibi devletin en çok gözetilen ulus ilkesi gibi ilkelere de riayet etmesi gerekir.<sup>105</sup>

Devletlerin Covid-19 salgınına karşı almış oldukları tedbirleri meşrulaştırmalarını sağlayabilecekleri bir diğer istisna hükümleriyse güvenlik istisnaları (*security exceptions*)’dır. Güvenlik istisnaları ülkelerin güvenliğinin sağlanmasının milletlerarası ticaretten daha önde gelmesi sebebiyle devletlere bazı konularda anlaşma hükümlerinin dışına çıkabilme imkânı veren hükümlerdir. Örneğin GATT madde XXI/b’de savaş hali veya başka bir acil durumda<sup>106</sup> üye devletin kendi kanaatine göre tespit etmiş olduğu esaslı güvenlik menfaatinin korunması zorunluluğu söz konusu ise ilgili devletin anlaşma hükümlerinin dışına çıkabileceği belirlenmiştir.<sup>107</sup> Madde metninde esaslı menfaatinin ne olduğuna istisnayı uygulayan devletin kendisinin karar vereceği (*self-judging*) belirtilmiştir. Ancak burada ilgili devletin tam bir serbestiye sahip olduğu söylenemez. Nitekim DTÖ Paneli bir kararında Rusya’nın ilgili maddeye dayanarak uygulamak istediği istisnanın tam anlamıyla Rusya’nın kendi karar verme yetkisinde olmadığına, üye devletlere DTÖ kapsamında sağlanan korumaların bu maddeyle Rusya tarafından tek başına karar verilerek kaldırılmayacağına, bu sebeple de güvenlik istisnasına dayanılarak uygulanan tedbirlerin yargı denetiminden bağımsız olmadığına hükmetmiştir.<sup>108</sup> Kanımızca Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında devlet GATT madde XXI/b’de yer alan kendi tespit etmiş olduğu esaslı güvenlik menfaatine dayanarak istisna hükümlerini uygulayabilir ve kısıtlamalarda bulunabilir. Ancak devletin salgın durumundan yararlanarak ticaret anlaşmasıyla bağdaşmayan istisnalar getirmesi halinde uygulanan tedbirler yargılamanın konusu olabilir.<sup>109</sup> GATT çerçevesinde bahsetmiş olduğumuz istisna hükümlerine benzer hükümler yatırım anlaşmalarında da mevcuttur. Bu kapsamda güvenlik istisnaları gibi savunmaların yatırım tahkiminde de yakın zamanda tartışılacağı öngörülmektedir.<sup>110</sup>

105 Canbeldek Akın (n 100) 822. Nitekim üye devletler arasında ayrımcılığın oluşmaması GATT’ın temel amaçlarından biridir. Öyle ki bu sebeple en çok gözetilen ülke ve ulusal muamele standardına GATT anlaşmalarında doğrudan yer verilmiştir. Kaya (n 97) 174.

106 Belirtelim ki güvenlik istisnasının uygulanması için gerekli olan acil durum şartı bazı ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında aranmamaktadır. Örneğin için bkz. 30 Kasım 2018 tarihli ABD, Meksika ve Kanada Arasında akdedilmiş olan serbest ticaret anlaşması madde 32/2. Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada 12/13/19, <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>> Erişim Tarihi 21 Temmuz 2020.

107 Devletlerin sorumluluğunu ortadan kaldıran haller olarak güvenlik hali ve zorunluluk hali benzerlik göstermektedir. Nitekim her ikisi de esaslı bir menfaati korumayı amaçlamaktadır. Ancak zorunluluk hali milletlerarası örf ve adet hukukundan kaynaklanmaktadır ve anlaşmalardan bağımsız olarak mevcuttur. Ayrıca devletin zorunluluk halinden yararlanabilmesi için öngörülemez bir durumun varlığı, devletin bu durumun oluşmasında katkısının olmaması ve başka bir esaslı menfaatin alınan tedbir sebebiyle zarar görmemiş olması gibi ek şartlar aranmaktadır. Doktrinde yatırım anlaşmasında güvenlik ilkesinin varlığı halinde, tedbirin daha katı kurallara sahip olan zorunluluk hali kapsamında değil güvenlik ilkesi kapsamında ele alınması gerektiği belirtilmiştir. Jaemin Lee, “The Coronavirus Pandemic and International Investment Arbitration - Application of ‘Security Exceptions’” (2020) 13 Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal), 185, 192.

108 Panel Report, Russia – Measures Concerning Traffic in Transit (DS 512) 5 April 2019, para 7-102, 7-103. <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/512r\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/512r_e.pdf)> erişim tarihi 23 Haziran 2020. Panel kararının detaylı incelenmesi hakkında ayrıca bkz. Ömer Faruk Direk, “GATT Article XXI, the Continuous Quest for Clarifying its Material Scope, and the WTO Panel Report on Russia” 39 Public and Private International Law Bulletin 511; Yılmaz (n 103) 183 vd.

109 Lee (n 95) 195.

110 ibid 201.



## Sonuç

Yüzbinlerce insanın ölümüne sebebiyet veren ve tedavisi henüz bulunamamış olan Covid-19 salgını dünya üzerinde hızla yayılmıştır. Devletler bu virüsle mücadele etmek için sokağa çıkma yasakları, ihracat ve ithalat yasakları, seyahat yasakları, sağlık sektörüne ilişkin özel kuruluşlara müdahalelerde bulunma gibi geniş çaplı birçok tedbir uygulamışlardır.

Covid-19 salgını nedeniyle alınan tedbirlerin birçok yatırım anlaşmasında yer alan adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olduğu yabancı yatırımcılar tarafından ileri sürülebilir. Adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlaline ilişkin davalarda ev sahibi devletin, yabancı yatırımcının “haklı beklentisini” ne denli ihlal ettiği dikkate alınır. Bu sebeple devletlerin ve Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında alınan tedbirlerde istikrarlı ve şeffaf olmaları, keyfi ve ayrımcı davranmamaları gerekir.

Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında devletlerin hastane, otel, okul gibi özel hukuk kişilerine ait yerleri kullanmaları söz konusudur. Yine tıbbi cihaz ve maske üretimini hızlandırmak için devletler özel şirketlere müdahalelerde bulunmaktadır. Bu müdahaleler yabancı yatırımcıların rızası hilafına yapıldığında “dolaylı kamulaştırma” söz konusu olabilir. Milletlerarası yatırım tahkimi davalarında genel olarak kamulaştırmanın varlığı için süreklilik şartı aranmaktadır. Ancak Covid-19 salgını sebebiyle alınan geçici tedbirlerin, yatırımın değerini kalıcı olarak önemli ölçüde yitirmesine sebebiyet vermesi halinde dolaylı kamulaştırmanın varlığı kabul edilebilir.

Tüm bu iddialara karşı devletlerin yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımcılara “tam koruma ve güvenlik” sağlayacaklarını taahhüt etmiş olabilirler. Bu taahhüt kapsamında Covid-19 salgınına karşı, ev sahibi devletlerin yatırımı hem fiziki hem de hukuki olarak korumak için gerekli özeni göstermeleri ve yatırımcıya güvenli bir iş ortamı sağlamaları gerekir.

Ev sahibi devletler Covid-19 salgınına karşı mücadele kapsamında çeşitli ülkelere karşı ek vergi yükümlülükleri, ihracat ve ithalat engelleri, seyahat engelleri uygulayabilmekte veya çeşitli ülkelere destekler sağlayabilmektedirler. Ancak yatırım anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kaydının varlığı halinde devletlerin anlaşma tarafı devlet mensubiyetindeki yatırımcılara daha dezavantajlı koşullar sağlamaması gerekir. Yine Covid-19 salgınıyla mücadele amacıyla devletin aynı pazar içerisinde bulunan kendi vatandaşı yatırımcıyı destekleyerek yabancı yatırımcıya destek sağlamayıp bu yatırımcıyı daha dezavantajlı bir konuma getirmesi halinde ulusal muamele standardı kapsamında devletin sorumluluğu gündeme gelebilir.

Devletlerin yatırım anlaşmalarında taahhüt ettikleri şartların dışına çıkmalarına rağmen hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bazı savunmalar sayesinde sorumluluktan

kurtulmaları mümkündür. Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında alınan tedbirlerden doğan sorumluluktan kurtulmak için devletler “zorunluluk hali doktrini” kullanabilirler. Ancak bu doktrinin kullanılarak devletin sorumluluktan kurtulabilmesi oldukça katı şartlara bağlıdır. Öyle ki alınan tedbirin “son çare” olması, ev sahibi devletin zorunluluk halinin oluşmasında bir rol oynamaması ve alınan tedbir sebebiyle başka bir esaslı menfaate zarar verilmemesi gerekir.

Ayrıca ev sahibi devletlerin mücbir sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulmak istemeleri mümkündür. Ancak mücbir sebep savunması için devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerinin maddi olarak imkânsızlaştığını ispat etmeleri gerekir ve bu şartın yerine getirilmesi oldukça zordur. Ayrıca devletlerin salgının yayılmasına hatalı veya eksik almış oldukları önlemler sebebiyle vermemelidir. Aksi takdirde mücbir sebebin oluşumuna katkı sağladıkları için bu savunmayı yapamayacaklardır.

Yine devletler sorumluluktan kurtulmak için “tehlike hali doktrini” kullanmaları söz konusu olabilir. Ancak tehlike hali COVID-19 salgını tüm kamu sağlığını tehdit eden ve uzun bir süreç içeren durumlarda kullanılabilecek bir savunma değildir. Bu savunma daha çok ani ve belirli bir kişi veya kişi grubunu koruma için alınmış olan tedbirlerde söz konusu olmaktadır.

Ev sahibi devletler Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında mevzuatlarında düzenlemeler yapmaktadırlar. Her ne kadar bu düzenlemeler yatırım anlaşmalarında yer alan taahhütlere aykırılık içerse de devletlerin polis kudreti doktrini sebebiyle sorumluluk doğmayabilir. Zira hukukun sürekli olarak toplumun ihtiyaçlarına göre şekillenmesi bir gerekliliktir ve egemen devletin kamu sağlığı gibi gerekçelerle yasal düzenlemelerde bulunma yetkisi bulunmaktadır. Ancak devletin bu düzenlemelerde orantılı, iyi niyetli, ayrımcılık içermeyen, hukuki süreçlere uygun, kamu yararını gözetken ve yetkisini aşmayan makul bir tutum izlemesi gerekir.

Son olarak devletlerin yatırım anlaşmalarında yer alan ve sorumluluktan kurtulabilmelerini sağlayan bazı istisna kayıtlarını kullanabilmeleri muhtemeldir. Ev sahibi devletler egemenlikleri gereği çoğunlukla bu istisnalar için gerekli olan koşulların varlığına tek başlarına karara verebilirler. Ancak bu kararlarında devletlerin makul davranıp davranmadıkları diğer bir ifadeyle yatırım anlaşmasından kaynaklanan bu haklarını kötüye kullanıp kullanmadıkları tahkim mahkemelerince değerlendirilebilir.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

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

## Bibliyografya/Bibliography

### Asıl Kaynaklar

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat Kitapçılık 2020).
- Albayrak G, *Uluslararası Yatırım Hukukuna Küresel Anayasacılık Yaklaşımı* (On İki Levha Yayıncılık 2018)
- Alexandrov SA, “Part III: Chapter 23: The Evolution of the Full Protection and Security Standard” içinde Geraldine Fischer and others (ed), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (Wolters Kluwer 2015).
- Aydoğmuş Y, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı” (2010) 29 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 21-84.
- Azıklı Köse M, “ILC Maddeleri Kapsamında Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu” (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019).
- Baklacı P, *Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi* (Beta Yayın, 2009).
- Bento L and Chen J, “Investment Treaty Claims In Pandemic Times: Potential Claims And Defenses” <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/08/investment-treaty-claims-in-pandemic-times-potential-claims-and-defenses>> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2020.
- Bernasconi-Osterwalder N, Brewin S and Maina N, “Protecting Against Investor–State Claims Amidst COVID-19: A call to action for governments” (2020) <<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investor-state-claims-covid-19.pdf>>, Erişim Tarihi 21 Haziran 2020.
- Bryan A Garner (ed), *Black’s Law Dictionary* (9th edn, St Paul MN: West 2009).
- Canbeldek Akın Ö, “Dünya Ticaret Örgütü Kuralları Işığında Covid-19 Krizi” içinde Muhammet Özkes (ed), *COVID-19 Salgınının Hukukî Boyutu* (On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Chaisse J, “Both Possible and Improbable - Could COVID-19 Measures Give Rise to Investor-State Disputes?” (2020) 13 *Contemporary Asia Arbitration Journal* (CAA Journal) 99-184.
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ 2020).
- Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (Yenilenmiş, Beta Yayıncılık 2020).
- Davies R, “Covid-19: government suspends rail franchise agreements” (The Guardian, 2020) <<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/23/covid-19-government-suspends-rail-franchise-agreements>> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2020.
- Direk ÖF, “GATT Article XXI, the Continuous Quest for Clarifying its Material Scope, and the WTO Panel Report on Russia” 39 *Public and Private International Law Bulletin* 511-552.
- Dolzer R and Schreuer C, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012).

- Dumbery P, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Wolters Kluwer 2013).
- , “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?” (2017) 8 *Journal of International Dispute Settlement* 155-178.
- Egemen Demir I, *Icsid Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (Filiz Kitabevi 2014).
- Ekşi N, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (3rd edn, Beta Yayıncılık 2019).
- Erkiner HH, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2010).
- Gemalmaz HB, “Türkiye’nin Taraf Olduğu Uluslararası Tahkim Davalarına Konu Uyuşmazlıkların Ayrıca AİHM’e Götürülmesi” <<https://www.turkiyehukuk.org/turkiyenin-taraf-oldugu-uluslararası-tahkim-davalarına-konu-uyuşmazlıkların-ayrıca-aihme-goturulmesi/>> (2012) Erişim Tarihi 23 Temmuz 2020.
- Giray FK, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2nd edn, Beta Basım Yayın Dağıtım AŞ 2013).
- İste C, *ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları* (On İki Levha Yayıncılık 2013).
- Kaya T, “Dtö Anlaşmalarındaki Yükümlülüklerden Kaçınmaya Olanak Sağlayan İstisna Hükümleri” (2017) 7 *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 169-192.
- Klein Bronfman M, “Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard” (2006) 10 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 609-680.
- Kriebaum U, “Partial Expropriation” (2007) 8 *The Journal of World Investment and Trade* 69-84.
- Lee J, “Note on COVID-19 and the Police Powers Doctrine: Assessing the Allowable Scope of Regulatory Measures during a Pandemic” (2020) 13 *Contemporary Asia Arbitration Journal* (CAA Journal) 229-248.
- Lee J, “The Coronavirus Pandemic and International Investment Arbitration - Application of ‘Security Exceptions’” (2020) 13 *Contemporary Asia Arbitration Journal* (CAA Journal), 185-204.
- Mao-wei Lo, “Legitimate Expectations in a Time of Pandemic: The Host State’s COVID-19 Measures, Its Obligations and Possible Defenses under International Investment Agreements” (2020) 13 *Contemporary Asia Arbitration Journal* (CAA Journal) 249-268.
- Marisi F, “*Interpretation Doctrines*”, *Environmental Interests in Investment Arbitration: Challenges and Directions* (International Arbitration Law Library), (Kluwer Law International 2020).
- Mert BM, “Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı” (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019).
- Nalçacıoğlu Erden Z, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma* (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Newcombe AP and Paradell L, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Kluwer Law International, 2009).
- Paddeu F. and Jephcott F. “COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I” (Ejil:Talk! 17 March 2020) <<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>> Erişim Tarihi 25 Temmuz 2020.
- Paddeu F. and Parlett K., ‘COVID-19 and Investment Treaty Claims’ (Kluwer Arbitration Blog, 30 March) <[http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/?doing\\_wp\\_cron=1598323040.8537199497222900390625](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/?doing_wp_cron=1598323040.8537199497222900390625)> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020.

- Partalı R, “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen ‘Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü’” (2016) 36 Public and Private International Law Bulletin 131-162.
- Pauwelyn J, “Export Restrictions in Times of Pandemic: Options and Limits under International Trade Agreements” (2020) <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3579965](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3579965)> Erişim Tarihi 21 Temmuz 2020
- Pehlivan OK, “Yatırım Antlaşmalarında Yer Alan Adil ve Eşit Muamele İlkesinin Hukuki Niteliği” (2018) 139 TBB Dergisi 239-256.
- Sicard Mirabal J and Derains Y, *Introduction to Investor-State Arbitration* (Wolters Kluwer 2018).
- Sornarajah M, *The International Law on Foreign Investment* (3rd edn, Cambridge University Press 2010).
- Stone J, “Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment” (2012) 25 Leiden Journal of International Law, 77-108.
- Şanlı C, Esen E and Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta Yayıncılık 2019)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ 2019).
- Titi C, “Police Powers Doctrine and International Investment Law” içinde Attila Tanzi, Filippo Fontanelli ve Andrea Gattini (ed), *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (2018), 323-343.
- Tudor I, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law* (Oxford University Press 2008).
- Uzun E, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu* (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2016).
- Yılmaz M, “Dünya Ticaret Örgütü Hukuku Bakımından Uluslararası Ticarete Güvenlik İstisnası” (2020) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249-304.

#### Yardımcı Kaynaklar

- UNCTAD, ‘Investment Policy Monitor: Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic, Special Issue No 4, 2020’ <[https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3_en.pdf)> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2020
- UNCTAD/WIR/2020 <[https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf)>, Erişim Tarihi 21 Haziran 2020
- Worldometer, “‘Reported Cases and Deaths by Country, Territory, or Conveyance’ (Coronavirus Updates)” <[https://www.worldometers.info/coronavirus/?utm\\_campaign=instagramcoach1](https://www.worldometers.info/coronavirus/?utm_campaign=instagramcoach1)>, Erişim Tarihi 21 Haziran 2020.
- Norton Rose Fulbright, “Disputes funding in the COVID-19 pandemic environment” (Norton Rose Fulbright, 2020) <<https://www.nortonrosefulbright.com/en-bi/knowledge/publications/07700533/disputes-funding-in-the-covid-19-pandemic-environment>>, Erişim Tarihi 24 Mayıs 2020.

