

**T.C.**  
**İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**  
**DOKTORA TEZİ**

**ILC MADDELERİ KAPSAMINDA DEVLETİN**  
**ULUSLARARASI YATIRIM**  
**TAHKİMİNDE SORUMLULUĞU**

**MİRAY AZAKLI KÖSE**  
**2502130194**

**TEZ DANIŞMANI**  
**PROF. DR. AYŞE NUR TÜTÜNCÜ**

**İSTANBUL, 2019**



T.C.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA  
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : MİRAY AZAKLI KÖSE Numarası : 2502130194  
Anabilim Dalı /  
Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF. DR. AYŞE NUR TÜTÜNCÜ  
Tez Savunma Tarihi : 16.07.2019 Saati : 14.00  
Tez Başlığı : ILC MADDELERİ KAPSAMINDA DEVLETİN ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE  
SORUMLULUĞU

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış,  
sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. AYŞE NUR TÜTÜNCÜ		KABUL
2- PROF. DR. GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL		KABUL
3- PROF. DR. NURAY EKŞİ		KABUL
4- PROF. DR. YUSUF AKSAR		
5- DOÇ. DR. GALİP ENGİN ŞİMŞEK		

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. MELİKŞAH YASİN		KABUL
2- DOÇ. DR. ELİF UZUN		KABUL

## ÖZ

# ILC MADDELERİ KAPSAMINDA DEVLETİN ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE SORUMLULUĞU

MİRAY AZAKLI KÖSE

Bu çalışmada devletin uluslararası sorumluluğu yatırım tahkimi bağlamında ele alınmıştır. Devletin sorumluluğuna ilişkin kurallar yalnızca devletler arasındaki ilişkileri değil özel kişi ile devlet arasındaki sorumluluk ilişkisini de kapsamına almaktadır. Bu nedenle söz konusu kurallar yatırım tahkimini de doğrudan ilgilendirir. Bu çerçevede öncelikle devletin sorumluluğu hukukuna ilişkin kuralların yatırım anlaşmalarına uygulanabilirliği ve bu uygulamanın ne ölçüde olması gerektiği incelenmiştir. Bu inceleme yatırım hukukunun doğası ve genel uluslararası hukuk ile ilişkisi, uluslararası yatırım anlaşmaları ile örf ve adet hukuku arasındaki ilişki, esasa uygulanacak hukuk olarak uluslararası hukukun rolü gibi karmaşık meselelerin değerlendirilmesini gerektirmiştir. Bu teorik meseleler çözümlendikten sonra ise hakem mahkemesi kararları ışığında devletin sorumluluğuna ilişkin kuralların yatırım hukukunda nasıl uygulandığı sistematik biçimde incelenmiş ve uygulama ile ilgili sonuçlara yer verilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** *uluslararası yatırım hukuku, sorumluluk, devletin sorumluluğu, yatırım tahkimi, lex specialis, Uluslararası Hukuk Komisyonu*

## ABSTRACT

# STATE RESPONSIBILITY IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION WITHIN THE CONTEXT OF THE ILC ARTICLES

MİRAY AZAKLI KÖSE

In this research international responsibility of the state has been examined in the context of investment arbitration. The rules regarding responsibility of the state does not only cover relationships between the states, but also relationships between private persons and the states. Therefore the rules in question are directly relevant to investment arbitration. In this regard, applicability of the rules on the law of state responsibility and the question of to what extent these rules must be applied have been assessed primarily. This assessment has required examination of complex subjects such as the nature of investment law and its relationship with general international law, the relationship between international investment treaties and customary law and the role of international law as law applicable to the substance of the disputes. After answering these theoretical questions, the matter of how the rules on state responsibility applied in investment law has been analyzed systematically in light of arbitral awards and finally relevant results have been provided.

**Keywords:** *international investment law, responsibility, responsibility of the state, investment arbitration, lex specialis, International Law Commission*

## ÖNSÖZ

Devletin her türlü hukuka aykırı eyleminden dolayı sorumluluğu hakkında genel bir sorumluluk rejiminin oluşturulması uluslararası hukukun bir başarısıdır. Uluslararası sorumluluk hukuku bir hukuka aykırı eylemden dolayı devletin sorumluluğunun doğmasından başlayarak, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller, sorumluluğu ileri sürme usulü ve sorumluluğun neticelerini detaylı bir biçimde düzenlemektedir. Her ne kadar devletin sorumluluğu denildiğinde akla devletin bir başka bir devlete karşı olan yükümlülüklerini ihlalden sorumluluğu gelse de, sorumluluk hukukunda bilinçli bir tercihle sorumluluğun kendisine yönelik olduğu kişiler devletler ile sınırlı tutulmamıştır. Devletin devlet dışındaki aktörlere, örneğin yabancı yatırımcılara karşı olan sorumluluğu da uluslararası sorumluluk hukuku kapsamında yer almaktadır. Bu da yabancı özel kişilerin devletin uluslararası sorumluluğu mekanizmasını harekete geçirmeye ehil olduğunu kanıtlar.

Uluslararası yatırım hukuku devletler arası tahkimin yanı sıra özellikle yatırımcı-devlet tahkimi bağlamında gelişen bir uluslararası hukuk sahasıdır. Bununla birlikte bu sahanın uluslararası iki ya da çok taraflı yatırım anlaşmaları ve belirli tahkim merkezlerinin usulleri uyarınca yönetilmesi, bir ölçüde genel uluslararası hukuk ile olan bağlantısını koparmaktadır. Öyle ki genel uluslararası hukuka ihtiyaç ölçüsünde başvurmak gibi bir yaklaşım ağırlıktadır. Oysa yatırımcı-devlet tahkimi kamu hukuku karakteri baskın bir sahadır. Bir kere devlet, diğer devletlerle akdettiği anlaşmalar vasıtasıyla yabancı özel kişilere belirli haklar tanımaktadır. Bu anlaşmaların ise uluslararası hukuka tâbi olduğu konusunda bir tereddüt yoktur. Devletler arasında akdedilen anlaşmanın sona ermesi, özel kişilere bu anlaşmalar ile tanınan hakların da sona ermesi anlamına gelecektir. Yani özel kişiler sahip oldukları hakları uluslararası hukuk kaideleri uyarınca ayakta duran uluslararası yatırım anlaşmalarına borçludurlar.

Uluslararası hukuk ile yatırım hukuku arasındaki bu sıkı ilişki yalnızca hakem mahkemesi uygulamaları analiz edilerek yeterince ortaya çıkarılamaz. Bu nedenle bu çalışmada öncelikle yatırım hakem mahkemelerinin devletin uluslararası sorumluluğu hukukuna ilişkin uygulamalarının incelenmesine geçilmeden önce

yatırım hukukununun genel uluslararası hukuk içerisindeki yeri, uluslararası hukukun esasa uygulanacak hukuk olarak yatırım tahkimindeki rolü ve yatırım anlaşmaları karşısında uluslararası örf ve adet hukukunun ne ölçüde uygulama alanı bulacağı gibi bazı meseleler ele alınmıştır. Bu teorik meselelere bazı cevaplar verildikten sonra ise hakem mahkemelerinin uygulamasının detaylı bir analizine yer verilmiş ve savunduğumuz teorik yaklaşım ile ne ölçüde uyumlu olduğu irdelenmiştir. Devletin sorumluluğuna ilişkin kurallar örneğin hukuka aykırı eylemin devlete atfedilmesi veya hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir halin varlığı gibi durumlar bakımından doğrudan devletin yabancı yatırımcıya karşı sorumlu tutulup tutulamayacağını belirlemektedir. Bir özel şirket tarafından gerçekleştirilen eylem atfedilmeye ilişkin kurallar uyarınca ev sahibi devlete yüklenebilirse devletin o eylemden dolayı sorumluluğu doğarken, atfedilmenin koşullarının varlığı ispat edilemediği takdirde bu eylemlerden dolayı devletin sorumluluğunun doğması mümkün değildir. Uluslararası sorumluluk hukukunun bu denli önemli sonuçlar doğurması, konunun önemini açıklamaktadır. Hakem mahkemelerinin uygulama açısından uluslararası hukuk ile yatırım hukuku ilişkisinin kurulmasında doğru bir yaklaşım benimseyip benimsemediği verilen pek çok kararın sonucuna etki edebilecek niteliktedir.

Önsözü tamamlarken öncelikle çalışmama değerli görüşleriyle büyük katkıda bulunmuş hocalarıma teşekkür etmek isterim. Yüksek lisans döneminden bu yana danışmanım olan ve benden yakın ilgisini ve desteğini esirgemeyen sayın hocam Prof. Dr. Ayşe Nur TÛTÛNCÛ'ye; bu çalışmanın en başından itibaren hemen her aşamasında büyük emeği olan ve değerli vaktini ayırarak çalışmama önemli katkılarda bulunan sayın hocam Prof. Dr. Nuray EKŞİ'ye; çalışmanın özellikle ilk safhalarında aklıma takılan soruları cevaplamama yardımcı olan sayın hocam Prof. Dr. İbrahim KAYA'ya; tez savunma sınavı sırasında değerli görüşlerini benimle paylaşan sayın hocalarım Prof. Dr. Günseli ÖZTEKİN GELGEL; Prof. Dr. Melikşah YASİN ve Doç. Dr. Elif UZUN'a çok teşekkür ederim.

Sevgili arkadaşım Araş. Gör. Rumeysa PARTALCI, erişemediğim ve tezime çok büyük katkısı olan bazı kaynakları Almanya'dan temin etmiş ve göndermiştir. Yine sevgili arkadaşım Araş. Gör. Melis AVŞAR özellikle uluslararası özel hukuk

sahasıyla ilgili pek çok sorumu cevaplayarak bana destek olmuştur. Her ikisine de hem dostlukları hem de katkıları için minnettarım.

Bu çalışmanın 10 aylık bir bölümü ABD'nin Boston şehrinde TÜBİTAK'ın sağladığı araştırma desteği ile gerçekleşmiştir. TÜBİTAK'a çalışmama sağladıkları destek için çok teşekkür ederim. Yine Boston College Hukuk Fakültesi yetkililerine çalışmam için gereken kaynakları temin etmemde sağladıkları kolaylıklar için çok teşekkür ederim.

Bu uzun soluklu çalışmanın tamamlanması sevgili ailemin yoğun emeği ve özverisi sayesinde mümkün olmuştur. Çalışma, aslında bu ortak emeğin ürünüdür. Beni bugün olduğum kişi haline getiren sevgili annem ve babam hep yanımda olarak ve her ihtiyacım olduğunda da yanımda olacaklarının güvenini hissettirerek yükümün çoğunu hafifletti. Koşulsuz sevgileri ve gösterdikleri fedakarlık için hiçbir teşekkür yetmeyecektir. Yine de sonsuz minnettarlığımın bir göstergesi olarak bu çalışmayı annem Zuhale ve babam Doğan Azaklı'ya ithaf ederim.

Sevgili eşim pek çok zorlu yolda olduğu gibi bu yolda da hep benimleydi. Ona da sevgisi ve tüm yorgunluklarına rağmen koşulsuz desteği için çok teşekkür ederim. Hep en iyi dostum olmasını dilediğim sevgili kardeşim Melis ise mükemmel bir teyze olarak çalışma zamanıma hatırı sayılır katkıda bulunmuştur. Kendisine desteği için büyük bir teşekkür borçluyum.

Ve şu anda 1,5 yaşında olan canım oğlum Kuzey'e güzel gülüşü ve minik elleriyle sevgi dolu sarımları için minnettarım. Bana çalışmak için en büyük kuvveti veren oğlumu sevgiyle kucaklar ve ona sonsuz teşekkür ederim.

İSTANBUL, 2019

Miray AZAKLI KÖSE

## İÇİNDEKİLER

ÖZ .....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ .....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xvi
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### GENEL OLARAK DEVLETİN ULUSLARARASI SORUMLULUĞU ve YATIRIM HUKUKU İLE İLİŞKİSİ

I. Genel Olarak Devletin Uluslararası Sorumluluğu ve ILC Maddeleri .....	12
II. ILC Maddeleri'nin Gelişimi ve Kodlaştırılması.....	17
A. ILC Maddeleri Öncesindeki Dönem .....	17
1. 1930 Milletler Cemiyeti Uluslararası Hukukun Kodlaştırılması Konferansı .	18
2. 1929 Devletlerin Kendi Ülkelerinde Bulunan Kişilere ve Yabancıların Mallarına Verilen Zararlardan Dolayı Sorumluluğu Hakkında Harvard Taslağı	19
3. 1961 Devletlerin Yabancılara Verilen Zararlardan Dolayı Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Harvard Taslağı.....	20
B. ILC Maddeleri'ni Kodlaştırma Çalışmaları.....	21
III. Uluslararası Hukukta ILC Maddeleri'nin Niteliği ve Bağlayıcılığı.....	23
A. Uluslararası Hukukun Kaynakları .....	23
B. ILC Maddeleri'nin Uluslararası Hukuk Kaynakları Açısından Niteliği.....	24
IV. ILC Maddeleri'nin Kapsamı ve <i>Lex Specialis</i> Prensipleri .....	28
V. Devletin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Bağımsız Rejimler Tartışması ....	32
A. Uluslararası Hukukun Parçalanması ve Bağımsız Rejimler.....	32



B. Bağımsız Rejim Kavramı .....	34
C. Uluslararası Yatırım Hukukunun Bağımsız Bir Rejim Olup Olmadığı Meselesi (Özel Bir Sorumluluk Rejimi Olarak Uluslararası Yatırım Hukuku) .....	39
VI. ILC Maddeleri ve Uluslararası Yatırım Anlaşmaları.....	42
A. Genel Olarak.....	42
B. Yatırım Anlaşmasındaki Sessizliğin Boşluk Anlamına Gelip Gelmediği Meselesi.....	42
C. Gerçek Norm Çatışmasının Anlamı.....	43
D. Uygulamada ILC Maddeleri ve Yatırım Anlaşması İlişkisine Farklı Yaklaşımlar: ICSID Önünde Arjantin'e Karşı Açılan Zaruret Haline İlişkin Tahkim Davalarında Verilen Kararlar.....	45
1. ICSID Önünde Arjantin'e Karşı Açılan Zaruret Haline İlişkin Tahkim Davalarında Verilen Kararlar.....	46
2. Kararların Eleştirisi ve Tutarlı Bir Uygulama İçin Çözüm Önerileri .....	55
3. Uluslararası Anlaşmaların Yorumlanmasına İlişkin Genel Kurallar .....	61
VII. Yatırım İhtilaflarında Esasa Uygulanacak Hukuk Bağlamında Uluslararası Hukukun Rolü.....	64
A. Esasa Uygulanacak Hukukun Doğru Biçimde Tespitinin Önemi .....	64
B. Esasa Uygulanacak Hukukun Tespiti .....	66
1. Taraflar Arasında Hukuk Seçiminin Bulunması Halinde Esasa Uygulanacak Hukuk.....	66
a. Açık Hukuk Seçimi .....	66
b. Zımnî Hukuk Seçimi .....	75
2. Hukuk Seçiminin Yokluğunda Esasa Uygulanacak Hukuk (Tamamlayıcı Kurallar).....	80
C. Güncel Uygulama Çerçevesinde Yatırım İhtilaflarında Uluslararası Hukukun Rolünün Genel Değerlendirmesi .....	85

VIII. ILC Maddeleri'nin Yatırım İhtilaflarına Uygulanmasının Kapsamı .....	92
--	----

## İKİNCİ BÖLÜM

### YATIRIM İHTİLAFLARINDA DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI ve SORUMLULUĞUN DEVLETE ATFEDİLMESİ

I. Genel Olarak Devletin Sorumluluğunun Koşulları .....	99
A. Uluslararası Hukukta Devletin Sorumluluğunun Koşulları .....	99
B. Kusurun Sorumluluğun Koşulu Olup Olmadığı Meselesi .....	101
C. Zararın Sorumluluğun Koşulu Olup Olmadığı Meselesi .....	102
II. Yatırım İhtilafları Açısından Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Koşulları	102
A. Yükümlülüğün İhlalinin Devlete Atfedilmesi .....	102
1. Devletin Organlarının Eylemleri .....	104
a. Genel Olarak .....	104
b. Devlet Organı Kavramı ve Niteliği .....	105
c. Devlet Organının Fonksiyonu .....	108
2. Kamu Gücü Kullanma Yetkisi Olan Kişi ve Birimlerin Eylemleri .....	109
a. Genel Olarak .....	109
b. İç Hukuk Uyarınca Kamu Gücü Kullanma Yetkisi Tanınması .....	110
c. Eylemin Kamu Gücü Kullanma Yetkisine Dayanılarak İfa Edilmesi .....	112
3. Devlet Tarafından Yönlendirilen veya Kontrol Edilen Kişilerin Eylemleri	113
a. Genel Olarak .....	113
b. Uluslararası Hukukta Devletin Eylem Üzerindeki Kontrolünün Tespitinde Etkin Kontrol ve Genel Kontrol Kriteri .....	114
c. Yatırım İhtilaflarında Eylemin Devlete Atfedilebilmesi İçin Aranan Kontrol Düzeyi .....	117

4. Yatırım Tahkiminde Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Eylemlerinin Devlete Atfedilmesi.....	118
a. Genel Olarak.....	118
b. Eylemin Devlete Atfedilmesine İlişkin Yatırım Tahkimi Uygulamaları..	119
i. Genel Olarak .....	119
ii. Birinci Yaklaşım .....	120
iii. İkinci Yaklaşım .....	128
5. Yetkinin Aşılması veya Talimatlara Aykırı Hareket Edilmesi ( <i>Ultra Vires</i> Eylemler) .....	136
6. Şemsiye Kaydı ve Atfedilme .....	138
B. Uluslararası Bir Yükümlülüğün İhlali .....	142
1. Yatırım Uyuşmazlıklarının Konusu.....	142
2. Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan Yükümlülüklerin İhlali.....	143
3. Yatırımcı ile Devlet Arasında Akdedilen Sözleşmelerde Yer Alan Yükümlülüklerin İhlali .....	145
4. Şemsiye Kaydı Kapsamında Olan Yükümlülükler.....	151
5. Yükümlülüğün İhlaline İlişkin Bazı Özel Durumlar .....	152
a. Yükümlülüğün İhhalinin Zamana Yayılması.....	152
b. Birden Fazla Eylemin Birlikte Yükümlülüğü İhlal Düzeyine Ulaşması (Bileşik Eylemden Oluşan İhlal).....	154

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### YATIRIM İHTİLAFLARINDA HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN HALLER

I. Genel Olarak Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller.....	158
--	-----

II. Yatırım İhtilaflarında Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller .....	161
A. Genel Olarak Uluslararası Yatırım Hukukunda Olağanüstü Koşullar ve Bu Koşulların Anlaşmalarda Düzenlenmesi .....	161
B. Mücbir Sebep .....	166
1. Genel Olarak Mücbir Sebep .....	166
2. Uluslararası Yatırım Hukukunda Mücbir Sebep ve Unsurları .....	168
a. Genel Olarak .....	168
b. Mücbir Sebebin Unsurları .....	171
i. Karşı Konulamaz Kuvvet veya Öngörülemez Olay .....	171
ii. Karşı Konulamaz Kuvvet veya Öngörülemez Olayın Devletin Kontrolü Dışında Meydana Gelmesi .....	173
iii. Yükümlülüğün İfasının Maddi Olarak İmkansız Hale Gelmesi .....	174
iv. Mücbir Sebebin Ortaya Çıkmasına Öne Süren Devletin Neden Olmaması .....	178
v. Mücbir Sebebin Varlığını Öne Süren Devletin Mücbir Sebep Tehlikesini Göze Almış Olmaması .....	180
C. Zaruret Hali .....	180
1. Genel Olarak .....	180
2. Uluslararası Yatırım Hukukunda Zaruret Hali ve Unsurları .....	182
a. Genel Olarak .....	182
b. Zaruret Halinin Unsurları .....	182
i. Devletin Esaslı Bir Menfaatinin Tehlikede Olması .....	183
ii. Esaslı Menfaate Yönelik Ağır ve Yakın Bir Tehlikenin Varlığı .....	186
iii. Yükümlülüğe Aykırı Eylemin Esaslı Menfaati Korumanın Tek Yolu Olması .....	188
iv. Başka Bir Esaslı Menfaate Zarar Vermeme .....	191
v. Yükümlülüğün Zaruret Hali Öne Sürmeyi Engellememesi .....	192

vi. Zaruret Hali Öne Süren Devletin Zaruret Halinin Ortaya Çıkmasına Katkıda Bulunmaması .....	194
D. Karşı Önlem.....	197
1. Uluslararası Hukukta Karşı Önlem.....	197
a. Genel Olarak.....	198
b. Karşı Önlemin Amacı, Şartları ve Sınırları.....	199
2. Uluslararası Yatırım Hukukunda Karşı Önlem .....	203
a. Genel Olarak.....	203
b. ICSID Önünde Meksika'ya Karşı Açılan Karşı Önlemlere İlişkin Tahkim Davalarında Verilen Kararlar .....	204
i. Corn Products International Inc. v Mexico .....	204
ii. Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingridients Americas Inc. v Mexico.....	209
iii. Cargill Inc. v Mexico .....	216
c. Genel Değerlendirme .....	218
E. Eylemin Emredici Bir Kurala Aykırı Olmaması Koşulu.....	219
F. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Bir Hal Öne Sürmenin Sonuçları .....	222
1. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Bir Hal Öne Sürmenin Yükümlülüğe Etkisi .....	223
2. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Bir Hal Öne Sürmenin Tazminata Etkisi .....	225

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **YATIRIM İHTİLAFLARINDA DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI**

I. Genel Olarak Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Sonuçları.....	228
A. Genel Olarak.....	228
B. Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Sonuçlarına İlişkin Genel Prensipler ....	229
1. İç Hukukun Öne Sürülememesi.....	229
2. Sorumluluk Neticesinde Ortaya Çıkan Yükümlülüklerin Kapsamı ve Yönelik Olduğu Kişiler.....	230
3. Zarar Unsuru ve Zarar Görenin Kusurunun Zararın Belirlenmesinde Dikkate Alınması.....	232
C. Genel Olarak Devletin Uluslararası Sorumluluğu Neticesinde Doğan Yükümlülükler.....	233
1. İhlal Edilen Yükümlülüğe Uygun Davranma Görevi.....	234
2. Hukuka Aykırı Eylemi Sona Erdirme ve Tekrarlamama Görevi .....	234
3. Onarım Yükümlülüğü .....	234
II. Yatırım İhtilaflarında Devletin Sorumluluğunun Sonuçları .....	235
A. Genel Olarak.....	235
B. Kamulaştırmadan Doğan Tazminat – Hukuka Aykırı Eylemden Doğan Tazminat Ayrımı .....	237
C. Yatırım İhtilaflarında Onarım Yükümlülüğü ve Onarım Biçimleri.....	239
1. Genel Olarak Onarım Yükümlülüğü ve Tam Onarım ( <i>full reparation</i> ) Prensipleri .....	239
2. Zarar ve İliyet Bağı.....	241
3. Onarım Biçimleri ve Yatırım İhtilaflarında Onarım.....	243
a. Onarım Biçimleri.....	243
b. Yatırım İhtilaflarında Zararın Eski Hale İade Yöntemiyle Onarımı .....	244
c. Yatırım İhtilaflarında Zararın Tazminat Yoluyla Onarımı.....	250
i. Genel Olarak .....	250
ii. Yatırım İhtilaflarında Manevi Zararın Tazmini .....	255

d. Yatırım İhtilaflarında Zararın Tatmin Yöntemiyle Onarımı .....	260
e. Faiz .....	264
SONUÇ .....	267
KAYNAKÇA .....	275
EK .....	291
ÖZGEÇMİŞ .....	302



## KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AAYA	: Amerika Birleşik Devletleri – Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşması
Art.	: Article
Aşa.	: Aşağıda
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
CUSMA	: Canada – United States – Mexico Agreement
dn.	: Dipnot
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
ECT	: Energy Charter Treaty
EJIL	: European Journal of International Law
Ibid.	: Aynı eser
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
ILC	: International Law Commission
MHB	: Milletlerarası Hukuk Bülteni
NAFTA	: North American Free Trade Agreement
NETH. Y.B. INT'L L.	: Netherlands Yearbook of International Law
No	: sayı
op. cit.	: adı geçen eser
para.	: paragraf



RG	: Resmi Gazete
s. / ss.	: sayfa / sayfalar
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
USAD	: Uluslararası Sürekli Adalet Divanı
UNRIAA	: United Nations Reports of International Arbitral Awards
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Yay.	: Yayınevi / Yayınları
Yuk.	: yukarıda

## GİRİŞ

Bu çalışmanın amaçlarından bazıları devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin kuralların yatırım tahkimi alanına etkileri, bu kuralların yatırım tahkiminde uygulanmasından kaynaklanan problemler ve bu problemlerin giderilmesi için aslında söz konusu kuralların nasıl ve ne ölçüde uygulanması gerektiğini ortaya koymaktır. Ancak nihai ve temel olarak cevaplanmak istenen soru şudur: Devletin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk kuralları, yatırım anlaşmaları ile oluşturulan yatırım hukukuna ihtiyaç duyulan altyapı mekanizmasını sağlayarak onu öngörülebilir ve tutarlı bir sorumluluk rejimi haline getirmeye yardımcı olabilir mi? Bu sorunun cevaplanabilmesi için bunun hukuken ve teorik olarak mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme neticesinde yargı ve hakem mahkemesi kararları incelenerek, uygulamanın kendisinden kaynaklanan problemler ve muhtemel çözümlerin neler olduğuna yer verilmeye çalışılacaktır.

Devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin kuralların yatırım tahkiminde uygulanması ve yatırım tahkimine etkisi özellikle iki açıdan önem taşımaktadır: Birincisi konunun uluslararası hukuk literatürü içerisindeki değeri, ikincisi ise Türkiye'nin ve Türk yatırımcıların yatırım tahkiminde, özellikle ICSID hakem heyetleri önünde görülen davalarının çokluğu nedeniyle Türkiye'yi çok yakından ilgilendiren bir konu olmasına ilişkindir.

Konunun uluslararası literatürdeki önemine binaen şunları söylemek mümkündür: Devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kuralları yatırım uyuşmazlıklarını çözmekle görevli hakem heyetleri tarafından sıklıkla uygulanmakta ve pek çok davada bu kuralların farklı şekilde yorumlanıp uygulanmaları dava neticesinde elde edilecek sonucu etkilemektedir. Örneğin, Arjantin devletinin 2001'de en üst seviyeye ulaşan ekonomik krizi esnasında yabancı yatırımcılara yönelik aldığı tedbirler ve kamulaştırma faaliyetlerine karşı açılan davalarda en önemli argümanı zaruret (zorunluluk) hali içerisinde bulunduğu ve bu nedenle eylemleri nedeniyle sorumlu olmadığı olmuştur. Ancak Arjantin'in içinde bulunduğu ekonomik krize ilişkin aynı vakıaları inceleyen

ve aynı hukuk kurallarını uygulayan hakem heyetleri farklı sonuçlara varmıştır. Çünkü zaruret halinin devletin uluslararası sorumluluğu hukuku tarafından düzenlenen koşullarını farklı şekillerde yorumlamışlardır. Bu durum uluslararası hukuk alanında pek çok tartışmayı beraberinde getirmiş ve hakem heyetlerinin sorumluluk hukuku kurallarını kötüye kullandıkları savunulmuştur.<sup>1</sup> Söz konusu örnekleri atfedilmeye ilişkin veya karşı önlemlere ilişkin kuralların uygulanmasına ilişkin hakem mahkemesi kararlarına atıfla çoğaltmak mümkündür. Açıkça görülmektedir ki, devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin kuralların yatırım tahkimi alanına uygulanmasının teorik ve pratik şartlarının ve uygulanma biçiminin bir bütün halinde ele alınmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Bir yandan yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim giderek popüler hale gelmektedir. Bunun bir nedeni, tarafların objektif davranılmayacağı endişesi ile birbirlerinin milli mahkemelerine gitmekten çekinmeleri ve tahkimi tarafsız bir yargı mercii olarak algılamalarıdır.<sup>2</sup> Örneğin ICSID tahkiminin öne çıkan bir özelliği, yatırımcının ev sahibi devlet mahkemelerine olan güvensizlik ve tereddüdünün giderilerek, bir devlet karşısında onunla eşit mücadele olanaklarına sahip olduğu bir ortam sunulmasıdır.<sup>3</sup> Tahkime karşılık ulusal mahkemeler daima bir devlete bağlıdırlar ve teorik olarak mahkemelerin bağımsız oldukları kabul edilse de pratikte mahkemeler bağlı oldukları devletin siyasal, sosyal ve ekonomik politikalarının etkisindedir.<sup>4</sup>

Türkiye ilk Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (*International Centre for Settlement of Investment Disputes- “ICSID”*) davasıyla 2002 yılında muhatap olmuştur ve bugün gerek ev sahibi devlet sıfatıyla davalı olarak; gerekse vatandaşlarının yatırımlarının bulunduğu yabancı devletlere açtığı davalardan dolayı ICSID tecrübesine sahiptir.<sup>5</sup> Bu özelliği Türkiye’yi ICSID

---

<sup>1</sup> Konuyu ele alan ve bu argümanı savunan ayrıntılı bir inceleme için Bkz. Robert Sloane, “On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility”, **American Journal of International Law**, Vol. 106, 2012.

<sup>2</sup> Cemal Şanlı, Nuray Ekşi, **Uluslararası Ticaret Hukuku**, İstanbul, Arıkan Yay., 2006, s. 61.

<sup>3</sup> Nuray Ekşi, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İstanbul, Beta Yay., 2015, s. 514.

<sup>4</sup> Şanlı, Ekşi, **Uluslararası Ticaret Hukuku**, s. 61-62.

<sup>5</sup> Türkiye ICSID Sözleşmesi’ne 3 Mart 1989 tarihinde taraf olmuş ve Konvansiyon Türkiye açısından 2 Nisan 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. Dünya Bankası resmi sitesi: (Çevrimiçi)

nezdinde birçok başka ülkeden farklı, ilgi çekici bir konuma getirmiştir.<sup>6</sup> Türkiye ayrıca, ICSID'in yetkisini doğuran dayanak olarak, pek çok iki taraflı yatırım anlaşmasının<sup>7</sup> ve Enerji Şartı Sözleşmesi'nin (*Energy Charter Treaty*)<sup>8</sup> de tarafıdır. Dolayısıyla yukarıda bahsettiğimiz hakem mahkemesi uygulamaları, pek çok yatırım uyuşmazlığının muhatabı olan bir devlet olarak Türkiye'yi de ilgilendirmektedir.

Türkiye'nin davalı olduğu uyuşmazlıklar incelendiğinde söz konusu tahkimlerin elektrik imtiyaz ve iletişim alanında ortaya çıktığı görülmektedir.<sup>9</sup> Yabancı ülkedeki Türk yatırımcıların faaliyetleri ise özellikle petrol ürünleri, finans, gıda, tekstil ve inşaat alanında yoğunlaşmıştır.<sup>10</sup>

Türk hukukunda tahkim uzun bir geçmişe sahiptir ve gerek iç hukuk gerekse uluslararası hukuk düzenlemeleri ile Türkiye günümüzde hukuki açıdan Avrupa devletleri ile benzer bir konumdadır.<sup>11</sup> Türkiye, ilki 1963 yılında Almanya ile akdedilen pek çok iki taraflı yatırım anlaşmasının tarafıdır. Bununla birlikte devletin tarafı olduğu yatırım uyuşmazlıklarının uluslararası tahkim yoluyla çözümü için tarihsel olarak bazı aşamalardan geçilmesi gerekmiştir. 1999-2000 yılları yabancı yatırımlar açısından uluslararası tahkimin önünün açıldığı yasal düzenlemeler getirilmesi bakımından bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir.<sup>12</sup> Söz konusu düzenlemeler evvelinde Anayasa'da devletin taraf olduğu yatırım uyuşmazlıklarının

---

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/List-of-Member-States.aspx>, 20.02.2016.

<sup>6</sup> İnci Ataman Figanmeşe, "Son On Yıl İçinde Türkiye'nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları", **Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı**, Aralık 2013, Ankara, ss. 18-35, s. 18-19. Türkiye'ye karşı açılan ICSID davaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, **Devletin Taraf Olduğu Tahkim Yargulamalarına İlişkin Temel Sorunlar**, ICC IX. Milletlerarası Tahkim Semineri, 19 Nisan 2011, Ankara, ICC Türkiye Milli Komitesi Yayınları, s. 106-114.

<sup>7</sup> Bu anlaşmaları ifade etmek için "iki taraflı yatırım teşvik ve koruma sözleşmesi" terimi de kullanılmaktadır. Ancak çalışma boyunca "iki taraflı yatırım anlaşması" teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı yatırım anlaşmaları için bkz. Ergin Nomer, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar: Cilt II**, 2. Bs., İstanbul, Beta yay., 2014.

<sup>8</sup> 17 Aralık 1997 tarihinde kabul edilen ve 16 Nisan 1998 tarihinde yürürlüğe giren Enerji Şartı Anlaşması için bkz. (Çevrimiçi) [https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994\\_ECT.pdf](https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994_ECT.pdf), 22. 04.2019. Enerji Şartı Sözleşmesi'nin Türkçe metni için bkz. RG 6.2.2000 – 23956. Türkçe metin için ayrıca bkz. Nomer, Ekşi, Gelgel, **Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar: Cilt II**, ss. 141-189.

<sup>9</sup> Ziya Akıncı, "Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi", **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu: Tahkim**, İstanbul, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, 2009, ss. 277-287, s. 281.

<sup>10</sup> **Ibid.**, s. 277.

<sup>11</sup> Ekşi, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s. 169.

<sup>12</sup> **Ibid.**, s. 169 vd.

tahkime götürülmesini engelleyen bir hüküm yer almamakla birlikte; kamu kurumlarının taraf olduğu uyuşmazlıklarda idari yargıya başvurunun öngörülmesinin tahkimi engellediği kabul edilmekte idi. Bu dönemdeki Danıştay içtihadı da idarenin taraf olduğu kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından tahkimin kabul edilmemesi yönündedir.<sup>13</sup>

1980’li yıllarda bu durumun, yani devlet kurumları ile akdedilen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların uluslararası tahkime götürülememesinin etkisi, ABD ve Avrupa Birliği üyesi devletlerin uyruğunda bulunan yabancı şirketler başta olmak üzere, yatırımcıların Türkiye’de yatırım yapmaktan kaçınmaya başlaması olmuştur.<sup>14</sup>

1999-2000 yıllarında başta Anayasa olmak üzere çeşitli kanunlarda değişiklikler yapılarak ve yeni kanunlar kabul edilerek iç hukukumuz<sup>15</sup> da uluslararası yatırım tahkimine açık hale getirilmiştir.<sup>16</sup> Böylece bu değişiklik ve düzenlemeler ile taraf olunan uluslararası anlaşmalar sayesinde yabancı yatırımcılar açısından elverişli hukuk iklimi oluşturulmuştur.<sup>17</sup>

Çalışmada devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin kuralların yatırım

<sup>13</sup> **Ibid.**, s. 171.

<sup>14</sup> Nuray Ekşi, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, İstanbul, Beta yay., 2016, s. 373.

<sup>15</sup> Türk hukukunda imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için tahkime başvuru yolunu açan düzenleme ve değişikliklerin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Nuray Ekşi, “Yabancı Yatırımcılarla Yapılan ‘Yap-İşlet-Devret’ Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Milletlerarası Tahkim Yoluyla Çözümü”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. II, No. 1, 2005, ss. 137-164, özellikle s. 149 vd.

<sup>16</sup> Ancak sözleşmede tahkim öncesi başvurulması zorunlu bir ön usul öngörülmüş olabilir. Örneğin Türk hukukunda 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu uyarınca elektronik haberleşme alanında imtiyaz usulü kaldırılmış olmakla birlikte, ilgili kanun madde 2(2)’ye göre, Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önce imzalanmış imtiyaz sözleşmeleri geçerliliklerini korumaktadır. Elektronik haberleşme şirketleri ile imzalanan bu imtiyaz sözleşmelerinin 51. maddesinde uygulanacak hukuk ve uyuşmazlıkların çözümü şu şekilde düzenlenmiştir:

*“Taraflar bu sözleşmenin kapsamı, uygulanması ve feshi ile ilgili konularda çıkan uyuşmazlıkları öncelikle Lisans Koordinasyon Kurulunda görüşmelerle çözümlenmeyi kabul etmişlerdir.*

*Taraflar, söz konusu uyuşmazlığı Lisans Koordinasyon Kurulu’nda 30 gün içinde çözümlenemezlerse taraflardan biri diğerine uyuşmazlığın doğduğunu, uyuşmazlığın yapısını, ana hatlarıyla nedenlerini ve uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi niyetinde olduğunu yazılı ile iadeli taahhütlü olarak bildirir, taraflar bildirim alındığı tarihten itibaren 15 gün içinde uyuşmazlığı çözümlenemezler ise uyuşmazlık Uluslararası Ticaret Odasının tahkim kuralları çerçevesinde aynı kurallara göre seçilecek 3 hakem tarafından tahkim yoluyla çözümlenir.”* Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, **Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları**, İstanbul, Beta yay., 2015, s. 109 vd.

<sup>17</sup> Ekşi, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, s. 373. Türkiye’de yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemelerin tarihçesi için bkz. Aysel Çelikel, Günseli Özekin Gelgel, **Yabancılar Hukuku**, 23. Bs., İstanbul, Beta yay., 2017, s. 236 vd.

tahkimi alanına uygulanıp uygulanamayacağı, uygulandığı takdirde bu alana etkileri, bu kuralların yatırım tahkiminde uygulanmasından kaynaklanan problemler ve bu problemlerin giderilmesi için aslında söz konusu kuralların nasıl bir metod ile uygulanması gerektiği araştırılmıştır.

Devletin uluslararası sorumluluğu hukuku ile yatırım hukuku arasındaki ilişkinin doğru şekilde belirlenebilmesi için öncelikle genel uluslararası hukuk rejimi altındaki yerlerinin tespit edilmesi elzemdir. Devletlerin uluslararası sorumluluğu konusu uluslararası hukukta örf ve adet ile düzenlenmiş bir alandır. Söz konusu örf ve adet hukuku kuralları Birleşmiş Milletler (“**BM**”) Genel Kurulu’nun bir alt organı olan Uluslararası Hukuk Komisyonu (*International Law Commission* - “**ILC**”) tarafından kodlaştırılmış ve 2001 tarihli “*Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler*” (“**ILC Maddeleri**”)<sup>18</sup> ile yazılı hale getirilmiştir. Belirtmek gerekir ki, ILC’nin bu faaliyeti bir geliştirici kodlaştırma çalışmasıdır. İçerdiği kuralları büyük ölçüde, devletler tarafından örf ve adet olarak kabul edilmekle birlikte bazı hükümler ILC tarafından geliştirilerek metne eklenmiştir.

ILC Maddeleri, uluslararası mahkemeler ve hakem mahkemesi kararlarında yaygın bir biçimde uygulanmıştır. Bu kararların büyük bir kısmı ise yatırım tahkimi alanındadır. ILC’nin devletin sorumluluğuna ilişkin kuralları kodlaştırırken, kuralların bu ölçüde uygulama alanı bulacağını tahmin etmediği belirtilmektedir.<sup>19</sup> Ancak kurallar beklenenden büyük ilgi görmüş, uluslararası mahkemelerin yanı sıra hakem heyetleri tarafından da sıklıkla uygulanmıştır. Çalışmanın genelinde bu uygulamaların değerlendirilmesine geniş biçimde yer vermeye çalışılmıştır.

Bu çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Birinci Bölüm’de ILC Maddeleri ile yatırım hukuku arasındaki ilişki tarihsel ve teorik açıdan ele alınmıştır. Çalışmanın kalan bölümleri, Birinci Bölüm’de varılan teorik sonuçlar ışığında ve bu bakış açısı

---

<sup>18</sup> *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Yearbook of the ILC, 2001, vol. II (Part Two). ILC Maddeleri’nin aynen basımı ve ILC’nin resmi yorumu (**ILC Commentaries**) için bkz. James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, s. 61 vd. ILC Maddeleri’nin Türkçe çevirisi için bkz. İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler**, 3. Bs., Ankara, Seçkin yay., 2016, ss. 396-419.

<sup>19</sup> James Crawford, “Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility”, **ICSID Review Foreign Investment Law Journal**, Vol. 25, No. 1, 2010, ss. 127-199, s. 128.

ile yazılmıştır. Birinci Bölüm’de devletin uluslararası sorumluluğu ile yatırım tahkimi arasındaki ilişki bakımından en temel sorular cevaplanarak, çalışmanın diğer bölümlerinde yer verilen analizlerde benimsenecek yaklaşım ortaya konmuştur. Bu bakımdan Birinci Bölüm, ILC Maddeleri’ne ilişkin yatırım tahkimi uygulamasının sistematik olarak incelendiği diğer bölümlerden ayrılmaktadır.

Devletin sorumluluğuna ilişkin kuralların gelişimi ile yatırım hukuku arasında tarihsel bakımdan oldukça yakın bir ilişki vardır. Devletin sorumluluğunun kodlaştırılmasına ilişkin çalışmalar, başlangıçta yabancıların ev sahibi devletteki mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin maddi kuralların ortaya konulması amacını taşımaktaydı ve bu dönemde yatırımcıların korunmasına ilişkin talepler diplomatik koruma çerçevesinde uyuşunda buldukları devlet tarafından öne sürülecek konular olarak görülmekteydi.<sup>20</sup> Ancak bu girişimler gelişmiş devletler ile bağımsızlığını yeni kazanmış devletler arasındaki siyasi görüş ayrılıkları nedeniyle başarısızlığa uğramış<sup>21</sup> ve ILC yabancıların haklarına ilişkin maddi hukuk kurallarını düzenlemek yerine, genel olarak sorumluluğun ortaya çıkması ve sonuçlarını kodlaştırmaya yönelmiştir. Sonuçta ILC Maddeleri ortaya çıkmıştır.

ILC Maddeleri içerisinde devletlere maddi yükümlülük getiren hükümler yer almamaktadır. Bu yükümlülüklerin düzenlenmesi birincil kuralların, yani çeşitli anlaşmalar ve örf adet hukuku kurallarının görevidir. ILC Maddeleri birincil kuralların ihlali halinde uygulama alanı bulmaktadır ve her türlü uluslararası yükümlülüğün ihlalini kapsamına alır.

Uluslararası yatırım hukuku ise sözünü ettiğimiz birincil kuralları da içermektedir. En önemli kaynakları arasında iki taraflı yatırım anlaşmaları bulunmaktadır. Yalnızca on yıl önce 500’lerde olan yatırım anlaşması sayısı, bugün 1800’ü aşmış durumdadır.<sup>22</sup> Bu anlaşmaların özel ve genel uluslararası hukuktan bağımsız bir rejim kurmakta başarılı olup olmadığı konusu tartışılmaktadır. Ancak Profesör Sornarajah’ın görüşüne göre, iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan standart ve prensiplerin çeşitliliği böyle bir rejimin kurulduğunu savunmaya engel

---

<sup>20</sup> Edith Brown Weiss, “Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century”, **American Journal of International Law**, vol. 96, no. 4, 2002, ss. 798-816, s. 812.

<sup>21</sup> Crawford, “Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility”, s. 127.

<sup>22</sup> Nuray Ekşi, “İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Uyarınca ICSID Kurallarında Tahkim Deneyimi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1-2, 2002, ss. 83-91, s. 85.

olmaktadır.<sup>23</sup> Yatırım rejiminin kendi kendine yeten ve bağımsız bir sorumluluk rejimi kurmakta başarısız olması nedeniyle uluslararası sorumluluğa ilişkin genel rejim, yatırım tahkimi alanında varlığını sürdürmektedir.

Devletin uluslararası sorumluluğu rejiminin uluslararası hukukun yeni uzmanlık alanları ile yaratılan özel sorumluluk rejimleri ile ilişkisinin doğru şekilde belirlenememesi uluslararası uygulama açısından önemli bir problemdir. (Bu problem doktrinde kısaca uluslararası hukukun parçalanması olarak isimlendirilir.) Bu ilişkinin teorik açıdan doğru biçimde belirlenmesi söz konusu uygulama sorununu büyük ölçüde çözecektir. Çünkü yapılacak tespit rejimler arasındaki uygulamanın kapsam ve biçimine ilişkin temel prensipleri ortaya koyacaktır. Uluslararası hukukun parçalanmakta olduğunu savunan hukukçulara göre, uluslararası hukuk alanında giderek uzmanlaşma artmakta ve birbirinden bağımsız hukuk rejimleri ortaya çıkmaktadır. Bu çeşitlilik ve kurallar arası çatışma pek çok problemi beraberinde getirmektedir. 'Uluslararası yatırım hukuku kendi kendine yeten bağımsız bir rejim olarak uluslararası hukuk içerisinde kendine özgü bir yer edinebilmiş midir, yoksa genel uluslararası hukuk içinde ve ona bağlı olarak işleyen bir alt dal olarak mı kabul edilmelidir' sorusu bu konudaki problematiğini özetler.

ILC Maddeleri aynı zamanda uluslararası yatırım hukukunun kaynaklarından birini oluşturmaktadır. Bu nedenle bir kaynak olarak değeri ve diğer hukuk kaynakları içindeki yerinin incelenmesine de yer verilmiştir.

İki rejim arasındaki ilişkinin bir de “uygulanacak hukuk” çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Örneğin *Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme*'nin (ICSID Convention- “**ICSID Sözleşmesi**”)<sup>24</sup> 42. maddesine göre *uygulanacak hukuk* uyuşmazlığın taraflarınca belirlenmediği ölçüde genel uluslararası hukuk kuralları uygulanabilecektir. Bu nedenle rejimler arası ilişki tartışmalarından bağımsız olarak uluslararası yatırım tahkiminde ILC Maddeleri uygulanacak hukukun bir parçasını

<sup>23</sup> M. Sornarajah, “State Responsibility and Bilateral Investment Treaties”, **Journal of World Trade Law**, Vol. 20, No.1, 1986, ss. 79-98, s. 80.

<sup>24</sup> 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe giren ICSID Sözleşmesi'nin orijinal metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsidocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>, 16.05.2019. ICSID Sözleşmesi'nin Türkçe metni için bkz. RG 6.12.1988 – 20011. Türkçe metin için ayrıca bkz. Nomer, Ekşi, Gelgel, **Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar: Cilt II**, ss. 108-126.



oluşturmaktadır. Bu uygulamanın ne ölçüde olacağı konusundaki cevabı ILC Maddeleri'nin *lex specialis* başlıklı 55. maddesi vermektedir: “*Uluslararası hukuka aykırı eylemin varlığına ilişkin şartlar veya devletin uluslararası sorumluluğunun içerik ya da uygulanması uluslararası hukukun özel kuralları tarafından düzenlendiğinde ve bu ölçüde bu maddeler uygulanmaz.*” *Lex specialis* karşısında ILC Maddeleri'nin nasıl ve ne ölçüde uygulanacağını teorik açıdan tespiti hem teorisyenler hem de uygulamacılar açısından önemli bir konudur. Çalışmanın amaçlarından biri yatırım tahkimi uygulamaları ve konuyla ilgili içtihadı analiz ederek uygulanacak hukuk çerçevesinde bu kuralların uygulanmasındaki problemler ve çözümlerini belirlemektedir. Örneğin *lex specialis*'in varlığı halinde genel hükümlerin bütünüyle mi ortadan kalkacağı sorusu cevaplanması gereken bir sorudur. Bu çerçevede özellikle iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan hükümler ile örf ve adet hukuku kurallarında aynı konunun düzenlenmesi halinde *lex specialis* prensibinin nasıl uygulanacağını belirlemek son derece önemlidir. Bu belirlemeler ışığında Arjantin'e karşı açılan tahkim davalarında verilen farklı kararlar değerlendirilmiş ve yeknesaklık açısından çözüm önerileri sunulmuştur.

Çalışmanın İkinci, Üçüncü ve Dördüncü Bölümleri'nde sorumluluğun doğmasının koşullarından başlanarak, ILC Maddeleri çerçevesinde devletin sorumluluğu yatırım tahkimi bakımından sistematik biçimde ele alınmıştır. ILC Maddeleri'nin nasıl uygulandığı özellikle yatırım hakem heyetleri tarafından verilmiş kararlar analiz edilerek incelenecektir.

ILC Maddeleri'ne atıf yapılan 100'ün üzerinde uluslararası ve ulusal mahkeme kararı vardır. Bunlardan hatırı sayılır bir kısmı yatırım hakem heyetleri önünde görülen davalarda gerçekleşmiştir.<sup>25</sup> Uygulama bakımından ILC Maddeleri'nin yatırım tahkimi alanında en öne çıkan konuları uluslararası hukuka aykırı eylemin devlete atfedilmesi, bir uluslararası yükümlülüğün ihlalinin zamana yayılması ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerdir.

İkinci Bölüm'ün konusunu yatırım ihtilaflarında sorumluluğun doğması oluşturmaktadır. ILC Maddeleri'ne göre devletin sorumluluğunun iki unsuru vardır: 1- Devletin uluslararası bir yükümlülüğünü ihlal etmesi 2- Bu eylemin devlete

<sup>25</sup> Crawford, “Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility”, s. 128.

atfedilebilmesi. Bu iki unsurun bir arada bulunması halinde devletin sorumluluğundan, yani ILC Maddeleri terminolojisine göre bir “hukuka aykırı eylem”den söz edilmektedir.

Uluslararası yatırım hukuku kurallarının ihlali esasen “devletin uluslararası hukuka aykırı bir eylemi”dir ve sorumluluğunun kaynağını oluşturur. Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında yükümlülüğün kaynağı genellikle iki veya çok taraflı bir yatırım anlaşmasıdır. Bu anlaşmaların devletler arasında akdedilmiş, yazılı ve uluslararası hukuka tabi anlaşmalar olduğu ve 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (“1969 Viyana Sözleşmesi”)<sup>26</sup> kapsamında uluslararası anlaşma sayıldıkları konusunda kuşku yoktur. Bu nedenle ev sahibi devlet bu anlaşmalardan kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde devletin uluslararası bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olacak ve sorumluluğun unsurlarından biri gerçekleşmiş sayılacaktır. Ancak bazı durumlarda devlet ile yabancı yatırımcı arasında imzalanan bir sözleşmenin (*state-contract*) ihlali söz konusudur. Bu sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükler prensip olarak devletin uluslararası yükümlülüğü sayılmamakla birlikte, bazı hallerde, örneğin bir şemsiye kaydı (*umbrella clause*) ile bazı yükümlülükleri yatırım anlaşmasının koruması kapsamına alabilirler. Bu gibi durumlarda uluslararası bir yükümlülüğün ihlalinin mevcut olup olmadığı önemli bir konudur ve bu bölüm altında incelenecektir.

Yatırım tahkimi alanında da ILC Maddeleri’ne ilişkin öne çıkan konulardan biri atfedilmeye ilişkin kurallardır. Bu kurallar yatırım tahkimi özelinde iki önemli işleve sahiptir: Birincisi, kişi bakımından yetkiye ilişkindir. Bilindiği gibi ICSID önünde yalnızca devletler davalı olabilmektedir. ICSID Sözleşmesi madde 25(1)’e göre akit bir devlet ile diğer bir akit devletin uyuşmazlığı arasındaki uyuşmazlıklar bakımından ICSID yetkilendirilebilir. Bu nedenle bir özel kişinin hukuka aykırı eylemi nedeniyle bu kişiye karşı uyuşmazlığı ICSID önüne götürmek mümkün değildir. Hukuka aykırı eylemin devlete atfedilebilmesi ile özel kişinin eylemi ICSID

---

<sup>26</sup> 23 Mayıs 1969 tarihinde kabul edilen ve 27 Ocak 1980 tarihinde yürürlüğe giren 1969 Viyana Sözleşmesi’nin orijinal metni için bkz. (Çevrimiçi), [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf), 16.05.2019. Sözleşme’nin Türkçe metni için bkz. Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar**, editör Reşat Volkan Günel, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, ss. 57-75.

önünde dava edilebilir olacaktır. Bu nedenle pek çok hakem heyeti henüz yetki konusunu incelerken eylemin devlete atfedilip edilemeyeceğini incelemek zorunda kalır. İkinci işlev ise atfedilebilmeye dair kurallar sayesinde devlete karşı sorumluluk mekanizmasının işletilmesinin mümkün hale gelmesidir.

Çoğu yatırım uyuşmazlığında bu konuda taraflarca belirlenmiş özel hükümler bulunmamaktadır ve bu nedenle ILC Maddeleri'nde yer alan genel kurallar uygulanır. ILC Maddeleri'nin atfedilmeye ilişkin üç çekirdek maddesi vardır. Bunlar: i. Devlet organlarını düzenleyen madde 4, ii. Kamu gücü unsurlarını kullanan birimlere ilişkin madde 5, iii. Devlet tarafından yönlendirilen veya kontrol edilen tasarrufa ilişkin madde 8'dir. Bu başlık altında devlet organlarının eylemleri, kamu gücü kullanan birimlerin eylemleri, devletin kontrol ve yönlendirmesi altında hareket eden kişilerin eylemleri incelenecektir. Tüzel bir kişi olarak devlet, eylemlerini organları ve gerçek kişiler eliyle gerçekleştirir. Dolayısıyla bu birimlerin eylemlerinin devletin eylemi sayılıp sayılamayacağı ve ne ölçüde sayılabileceği sorumluluğun doğması bakımından kritik hususlardır.

Üçüncü Bölüm'de hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller ele alınmıştır. ILC Maddeleri rıza, meşru müdafaa, karşı önlemler, mücbir sebep, tehlike ve zaruret halini hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller olarak saymaktadır. Yatırım ihtilafları bakımından ise bunlardan üçü, mücbir sebep, zaruret hali ve karşı önlemler uygulama alanı bulmuştur. Bu nedenle söz konusu bölümde bu üç hukuka aykırılığı kaldıran hal ve yatırım tahkimi uygulaması incelenmiştir. Devletlerin uluslararası yatırım hukukundan doğan yükümlülüklerinin silahlı çatışmalar, iç karışıklıklar ve askeri faaliyetler sırasında bu durumlardan nasıl etkileneceği konusu bu başlık altında incelenecektir.

Dördüncü Bölüm'de devletin uluslararası sorumluluğunun sonuçları ele alınmıştır. Devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi neticesinde ortaya çıkan zararı onarma yükümlülüğü bulunmaktadır. Zararın tespiti ve onarım şekli konusunda taraflar arasındaki yatırım anlaşmalarında özel düzenlemelere yer verilmemektedir. ILC Maddeleri'ne göre, uluslararası hukuka aykırı eylemden sorumlu olan devlet öncelikle hukuka aykırı eylemi sona erdirmeye, gerekli ise tekrarlama hususunda

güvence verme ve yol açtığı zararın onarım yükümlülüğü altındadır.<sup>27</sup> Ayrıca zarar bir devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi tarafından yol açılan bütün maddi ve manevi zararları kapsar. Zararın onarımını eski hale getirme, tazminat veya tatmin biçiminde olur. Yatırım tahkiminde onarım neredeyse her zaman tazminat biçimindedir. Ancak zararın ve tazminatın hesaplanması son derece karmaşık bir süreçtir. Bu bölümde yatırım hukukunda neyin zarar oluşturduğu ve zararın ne şekilde tazmin edilebileceği konuları hakem heyetlerinin içtihadı çerçevesinde incelenecektir.



---

<sup>27</sup> ILC Maddeleri, madde 30 ve 31.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### GENEL OLARAK DEVLETİN ULUSLARARASI SORUMLULUĞU ve YATIRIM HUKUKU İLE İLİŞKİSİ

#### I. Genel Olarak Devletin Uluslararası Sorumluluğu ve ILC Maddeleri

Devletler uluslararası hukukun kişileri olarak uluslararası alanda hak ve yükümlülük sahibi olabildikleri gibi, bu yükümlülüklerine aykırı hareket etmeleri halinde sorumlulukları söz konusudur. Devletlerin uluslararası sorumluluğu ile kast edilen de, devletin *kaynağını uluslararası hukuktan alan* yükümlülüklerine aykırı davranmasından sorumlu tutulmasıdır. Yani devletin uluslararası sorumluluğu, ancak uluslararası hukukun ihlal edilmesi halinde ortaya çıkar.

Sorumluluğun koşulları, yani hangi durumlarda doğmuş sayılacağı, sorumluluğun ileri sürülmesi ve devletin sorumlu olduğuna karar verilmesi halinde hangi sonuçlarla karşılaşacağı gibi konuları düzenleyen ve tutarlı bir bütün oluşturan kurallar “uluslararası sorumluluk hukuku” (*law of international responsibility*) olarak adlandırılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, uygulama ve literatürde uluslararası sorumluluk hukuku denildiğinde kast edilen genellikle *devletlerin* sorumluluğu olmaktadır.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Yusuf Aksar, **Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II**, Ankara, Seçkin Yay., 2017, s. 193. (Bundan sonra “**Uluslararası Hukuk II**”)

Devletlerin hukuka aykırı eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğu konusu, Türkçe literatürde bir bütün olarak ele alınmıştır. Bkz. Elif Uzun, **Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**, 2. b.s., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016; Hakkı Hakan Erkiner, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2010.

Çalışma boyunca, “uluslararası sorumluluk hukuku” ifadesi ile kast edilen, devlete ait ve hukuka aykırı nitelikteki eylemlerden kaynaklanan sorumluluktur. Bunun yanı sıra, devletlerin uluslararası hukuk tarafından yasaklanmayan eylemlerinin yol açtığı zararlar nedeniyle de sorumlulukları söz konusudur.

Ayrıca uluslararası örgütler de *Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararlar Danışma Görüşü*'nde ortaya konduğu üzere uluslararası hukuk kişiliğine sahiptir ve uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden sorumlu tutulmaktadır. Karar için bkz. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1949, p. 174.

Uluslararası sorumluluk, kaynağını devletlerin sürekli ve tutarlı uygulamalarına dayanan örf ve adet hukuku kurallarından almaktadır. Bu bakımdan sorumluluk hukuku çok yakın bir zamana dek varlığını yazısız kurallar biçiminde sürdürmüştür. BM Genel Kurulu tarafından uluslararası hukukun kodlaştırılması ve geliştirilmesi görevini yerine getirmek üzere 1948 yılında kurulan ILC bu yazısız kuralları bir araya getirerek ve bunları geliştirerek ILC Maddeleri metnini kabul etmiştir.

ILC uluslararası yargı ve hakemlik kararlarını, devlet uygulamalarını analiz ederek ve devletlerin görüşlerini alarak dağınık halde bulunan ve bazılarının varlığı ve unsurları bakımından tereddütler bulunan sorumluluğa ilişkin örf ve adet hukuku kurallarını yazılı hale getirmiş, geliştirmiş ve bunlardan tutarlı ve sistematik bir hukuk düzeni oluşturmuştur. Uzun yıllar alan kodlaştırma faaliyetlerinin neticesinde oluşturulmuş olması ve alanında büyük bir boşluğu doldurması nedeniyle günümüzde uluslararası sorumluluk hukuku ILC Maddeleri'nde yer alan kurallar olarak anlaşılakta ve uygulanmaktadır.

Aslında ILC'nin uluslararası sorumluluğu kodlaştırma çalışmaları devletlerin hukuka aykırı eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğundan ibaret değildir. Devletlerin başka bir tür sorumluluğu olan ve uzay faaliyetleri veya nükleer faaliyetler gibi uluslararası hukukun yasaklamadığı eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin kurallar<sup>29</sup> ve uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin

---

Bu sorumluluk biçimi de ILC tarafından kodlaştırma çalışmaları neticesinde 2011 yılında bir taslak metin olarak kabul edilmiştir. Uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin kural ve prensipler, devletlerin sorumluluğuna ilişkin kural ve prensipler ile büyük benzerlik göstermektedir. Örneğin uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin taslak metnin 3. maddesinde, örgütün her tür hukuka aykırı eyleminin, o örgütün uluslararası sorumluluğuna yol açacağı ifade edilmiştir. Uluslararası örgütlerin sorumluluğunu yalnızca askeri faaliyetleri bakımından inceleyen bir çalışma için bkz. Sevdâ Keskin, **Uluslararası Örgütlerin Askeri Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018. Uluslararası hukukta bireylerin de şahsi cezai sorumlulukları mevcut olmakla birlikte, uluslararası sorumluluk kurumu çerçevesinde sorumlu tutulabilecek hukuk kişileri yalnızca devletler ve uluslararası örgütlerdir. Bkz. Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri: III. Kitap**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1999, s. 151-152. (Bundan sonra "**III. Kitap**") Dolayısıyla bireylerin uluslararası suçlar nedeniyle sorumlulukları da "uluslararası sorumluluk hukuku"nun çerçevesi dışında kalmaktadır.

<sup>29</sup> Bu konu devletin hukuka aykırı eylemlerinden doğan sorumluluğundan ayrılmış, 1974 yılında "**Uluslararası Hukukun Yasaklamadığı Eylemlerden Kaynaklanan Zararlar Nedeniyle Uluslararası Sorumluluk**" (*International Liability for Injurious Consequences Arising Out of Acts not Prohibited by International Law*) başlığı altında ILC gündemine alınmıştır. (bkz. ILC Report,

kurallar<sup>30</sup> da ILC tarafından ele alınmıştır. Bu metinler de ILC Maddeleri'nde olduğu gibi kendi içinde tutarlılık taşımakta ve sistematik bir kurallar bütünü oluşturmaktadır. Ancak ILC tarafından kodlaştırılan metinlerin her biri sorumluluğun farklı veçhelerini düzenlemekte ve birbirlerinden kesin çizgilerle ayrılmaktadır. Örneğin devletin uluslararası hukuka aykırı nitelikte olmayan eylemleri nedeniyle sorumluluğu "objektif sorumluluk"<sup>31</sup> esasına dayanan ve ILC Maddeleri'nde öngörülenden tamamen farklı bir tür sorumluluktur.

Çalışmamızın konusunu oluşturan ILC Maddeleri, teorik bakımdan da uluslararası hukuk normları içerisinde farklı bir yerde durmaktadır. Buna göre tarafların maddi hak ve yükümlülükler tesis ettiği uluslararası anlaşmalar ile maddi yükümlülükler içeren örf ve adet hukuku kuralları ve genel hukuk ilkeleri birincil

---

A/9610/Rev.1 (A/29/10), 1974, chap. VI(C), para. 163.) Daha sonra bu konu da kendi içerisinde ikiye ayrılarak, iki taslak kabul edilmiştir: İlki 2001 tarihli "**Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınır Aşan Zararın Önlenmesi**"ne ilişkin taslaktır. Bkz. *Prevention of Transboundary Damage from Hazardous Activities*, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10). Bu taslak hakkında bir inceleme için bkz Ayşe Nur Tütüncü, "Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun 53'üncü Oturumunda Kabul Edilen 2001 Tarihli Taslak Çerçevesinde Tehlikeli Faaliyetlerden Sınır Aşan Zararın Önlenmesi Sorununa Bir Bakış", **MHB**, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, c.22, 2002, ss. 889-947.

İkincisi ise 2006 tarihli "**Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınır Aşan Zarar Halinde Kaybın Paylaştırılmasına Dair Taslak Prensipler**"dir. Bkz. *Draft Principles on the Allocation of Loss in the Case of Transboundary Harm Arising Out of Hazardous Activities*, Yearbook of the ILC, 2006, vol. II, Part Two.

<sup>30</sup> *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations*, Yearbook of the ILC, 2011, vol. II, Part Two.

<sup>31</sup> ILC Maddeleri'nde kusurun sorumluluğun kurucu unsurlarından biri olarak öngörülmemesi, bazı yazarlarca bu sorumluluk türünün "objektif sorumluluk" olarak nitelendirilmesine yol açmıştır. ILC tarafından kusurun sorumluluğun doğmasındaki yeri ilgili yükümlülüğün içeriği uyarınca belirlenmeye bırakıldığı gibi, devletin hukuka aykırı eylemleri nedeniyle sorumluluğunun peşinen objektif veya subjektif olarak nitelendirilmesinden kaçınılmış ve bu durumun yükümlülüğün içeriği uyarınca belirleneceği ifade edilmiştir. (**ILC Commentaries, Art. 2, para. 3.**) Dolayısıyla her bir somut olay ve ihlal edilen uluslararası yükümlülük özelinde sorumluluğun türü değişebilecek; örneğin soykırım suçunun işlenmesi bakımından kurucu unsurlarından biri olan "kast" unsurunun söz konusu olduğu durumlarda ya da en azından ihmal düzeyinde bir kusurun ihlalin ortaya çıkması bakımından arandığı durumlarda subjektif sorumluluktan söz edilebilecektir.

Devletin uluslararası hukukun yasaklamadığı eylemlerden kaynaklanan sorumluluğu ise objektif sorumluluk olarak kabul edilmektedir. Bu halde, uluslararası hukuk ilgili eylemi hukuka uygun kabul etmekte, dolayısıyla bir hukuka aykırılık ya da kusur unsurundan söz edilememektedir. Ancak devletin faaliyet dolayısıyla elde ettiği menfaate karşılık, meydana gelen zarara katlanması kabul edilerek, devletin hukuka aykırı eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğundan farklı biçimde gerçek bir objektif sorumluluk rejimi öngörülmüştür. Bu sorumluluk türünün içerisine nükleer enerjinin barışçıl kullanımı, uzayda gerçekleştirilen faaliyetler veya uluslararası hukukun yasaklamadığı bir faaliyetin neticesinde meydana gelen sınır aşan çevre kirliliği gibi haller girmektedir (Uzun, **op. cit.**, s. 49-50). Uluslararası hukukta "objektif sorumluluk" denildiğinde somut olay açısından herhangi bir değerlendirmeye ihtiyaç bulunmadığından, bu tür sorumluluğu anlamak gerekir.

normları oluşturmaktadır. Devletlerin sorumluluğuna ilişkin ILC Maddeleri ise ILC tarafından ikincil normlar olarak adlandırılmıştır.<sup>32</sup> Bununla, ihlal sebebiyle devletin sorumluluğuna yol açan yükümlülüğün maddi esasının ILC Maddeleri'nin kapsamı dışında kalmakta olduğu ifade edilmektedir. Özetle, yükümlülüğün kaynağı birincil normlar iken, yükümlülüğün ihlali halinde uygulama alanı bulan ve sorumluluğun koşulları ile sonuçlarını düzenleyen kurallar yani ILC Maddeleri, ikincil normlardır.

Devletin uluslararası hukuka aykırı olan *her* eyleminin onun sorumluluğunu doğuracağı ILC Maddeleri'nin temel prensiplerinden biridir.<sup>33</sup> Yani devletin sorumluluğuna yol açan yükümlülüğün konusu bakımından bir sınırlama getirilmemiştir.<sup>34</sup> Sorumluluk bir uluslararası anlaşmadan, örf ve adet hukuku kuralından veya bir yargı kararının yerine getirilmemesinden dolayı ortaya çıkabilir. Ancak uluslararası hukuka aykırı eylemin ne olduğu her devlet bakımından farklılık gösterecektir. Çünkü günümüzde devletlerin uluslararası yükümlülüklerini düzenleyen tek bir uluslararası hukuk “yasa”sından söz etmek mümkün değildir.<sup>35</sup> Her bir devlet bakımından örneğin o devletin taraf olduğu anlaşmalara bakılarak ve anlaşmanın o devlet bakımından yürürlükte olduğu zaman dilimi tespit edilerek uluslararası yükümlülüğün mevcut olup olmadığını belirlemek gerekir. Anlaşmalar dışındaki genel uluslararası hukukta dahi, örneğin yabancı yatırımların korunması

---

<sup>32</sup> Söz konusu ayrıma ilişkin çalışmalar için bkz. Jean Combacau, Denis Alland, “Primary and Secondary Rules in the Law of State Responsibility: Categorizing International Obligations”, **Netherlands Yearbook of International Law**, Vol. 16, 1985, ss. 81-109, Eric David, “Primary and Secondary Rules”, **The Law of International Responsibility**, ed. By James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, ss. 27-33.

<sup>33</sup> ILC Maddeleri, md. 1.

<sup>34</sup> Bu durum devletin sorumluluğunun uluslararası hukukun farklı alanları ve devletlerin farklı uluslararası yükümlülükleri bakımından değerlendirilmesini elverişli kılmaktadır. Bunlardan birisi de çalışmamızın konusunu oluşturan uluslararası yatırım hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerdir. Türkçe literatürde devletlerin sorumluluğu şu konular özelinde incelenmiştir: Kenan Dülger, **Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu**, İstanbul, Beta Yayınları, 2015; Ali Kerem Kayhan, **Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletlerin Sorumluluğu**, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2017; Umut Kedikli, **Uluslararası Terörizm ve Devlet Sorumluluğu**, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2013. Sorumluluğun devletin yükümlülüğünün türlerinden biri bakımından değil ancak devletlerin halefiyeti bağlamında incelendiği spesifik konulu bir diğer Türkçe çalışma için bkz. Ceren Zeynep Pirim, **Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.

<sup>35</sup> James Crawford, Simon Olleson, “The Nature and Forms of International Responsibility”, **International Law**, ed. by Malcolm D. Evans, New York, Oxford University Press, 2003, ss. 445-471, s. 449.



bakımından sermaye ihraç eden ve ithal eden devletlerin yükümlülükleri birbirinden farklıdır.<sup>36</sup>

ILC Maddeleri sorumluluğa yol açan uluslararası yükümlülüğün kaynağı bakımından bir ayırım yapmadığı gibi, sorumluluğun türü bakımından da iç hukuktakine benzer ayrımlar öngörmemiştir. Örneğin iç hukukta sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğu biçiminde yapılan ayırım ILC Maddeleri bakımından söz konusu değildir. ILC Maddeleri'nin hazırlanması çalışmaları sırasında gündeme gelmiş olsa da; daha sonra üzerinde anlaşmaya varılamamış “devlet suçları” kavramı da ILC Maddeleri'nin nihai halinde yer almamaktadır. Dolayısıyla ILC Maddeleri'nde hukuki veya cezai sorumluluk biçiminde bir ayırımın da söz konusu olmadığını söylemek mümkündür. Kaynağına veya türüne bakılmaksızın devletin her uluslararası yükümlülüğü ILC Maddeleri'nin işletilmesine yol açabilmektedir. Bu husus *Rainbow Warrior* davasında<sup>37</sup> “uluslararası hukuk alanında sözleşmesel veya haksız fiil sorumluluğu arasında bir ayırım mevcut değildir, bu nedenle devletin, kaynağı ne olursa olsun, herhangi bir yükümlülüğünü herhangi bir biçimde ihlali devletin sorumluluğuna yol açar.” biçiminde ifade edilmiştir.

Uluslararası hukukta devletin sorumluluğu iki şekilde gündeme gelebilir: Bunlardan birincisi, bir devletin başka bir devlete karşı hukuka aykırı eyleminden doğan sorumluluğu iken, ikincisi yabancılara veya mülklerine verilen zarar sebebiyle diplomatik koruma çerçevesinde ortaya çıkan devletin sorumluluğudur.<sup>38</sup> Devletler, akdettikleri iki veya çok taraflı yatırım anlaşmaları ile yabancı yatırımcının doğrudan ev sahibi devleti hakem mahkemeleri önünde dava edebilmelerine imkan sağlamıştır. Bu halde yabancı yatırımcının tâbi olduğu devletin herhangi bir müdahalesi, yani diplomatik koruma mekanizmasının işletilmesi söz konusu değildir.<sup>39</sup> Yatırımcı kendi adına iddiasını öne sürmektedir.

---

<sup>36</sup> Crawford, Olleson, “The Nature and Forms of International Responsibility”, s. 449.

<sup>37</sup> *Rainbow Warrior*, (1990) 20 RIAA 217, para. 75.

<sup>38</sup> Aksar, **Uluslararası Hukuk II**, s. 204.

<sup>39</sup> Yatırımcının doğrudan devleti dava edebilme ehliyetine sahip olması nedeniyle, ICSID Sözleşmesi 27. maddesinde devletin, ICSID önüne gelen bir uyuşmazlıkla ilgili olarak kendi tabiyetindeki

## II. ILC Maddeleri'nin Gelişimi ve Kodlaştırılması

### A. ILC Maddeleri Öncesindeki Dönem

Günümüzdeki anlamıyla sorumluluk, uluslararası hukukta oldukça yeni bir kavramdır. Elbette her hukuk sisteminde olduğu gibi uluslararası hukukta da yükümlülük sahibi olmanın doğal sonucu, yükümlülüğün ihlali halinde sorumluluğun doğmasıdır. Dolayısıyla en başından beri uluslararası hukukta da yükümlülüğün ihlalinin sorumluluk doğuracağı fikri doğal olarak mevcuttur. Ancak bu fikir, günümüzde ILC Maddeleri ile ortaya konmuş olan sistematik bir sorumluluk hukuku biçiminde değildir. Modern sorumluluk kavramının ortaya çıkışı 19. yüzyılın ikinci yarısı olup, devletlerin uluslararası sorumluluğunu bir bütün olarak ele alan ilk bilimsel çalışmanın<sup>40</sup> yayınlanması ise 1928 yılını bulmuştur.<sup>41</sup>

ILC Maddeleri öncesi döneme ve hatta ILC Maddeleri'nin hazırlanmasına başlanan ilk döneme bakıldığında, sorumluluğun yabancı gerçek kişilerin ve şirketlerin kişilik ve mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin maddi kurallar biçiminde ortaya çıktığını görmekteyiz. Özellikle devletin ülkesinde bulunan mal ve mülklere el konması işlemi devlet sorumluluğu anlayışının temelini

---

yatırımcıların uğradığı zararlar için diplomatik himaye yoluna başvurmasını engellemiştir. Alınmış olan karara uyulmaması bunun istisnasıdır:

#### **Madde 27**

*(1) Alınabilecek herhangi bir kararın karşı tarafça uyulmaması ve uygulanmaması hali haricinde, bu sözleşme çerçevesinde Hakemliğe başvurmuş ve rızalarını göndermiş hiçbir Âkit Devlet anlaşmazlığa muhatap olan kendi vatandaşlarına diplomatik koruma uygulayamaz ve uluslararası iddiada bulunamaz.*

*(2) Birinci paragrafın amaçları doğrultusundaki diplomatik koruma anlaşmazlıkların çözümünü kolaylaştırma amacına yönelik gayri resmî diplomatik değişimleri kapsamaz.*

27. madde, diplomatik koruma yönteminin yatırım hukuku bakımından tamamen etkisiz bırakıldığı biçiminde yorumlanmamalıdır. Hem tahkim yoluna başvurmadan önce, hem de tahkim süreci tamamlandıktan sonra diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi mümkündür. Bu konuyu ele alan bir çalışma için bkz. Ali İbrahim Akkutay, "Uluslararası Yatırımdan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde ICSID Sözleşmesinin 27. Maddesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 107, 2013, ss. 297-320.

<sup>40</sup> Clyde Eagleton, **The Responsibility of States in International Law**, New York, New York University Press, 1928.

<sup>41</sup> James Crawford, **State Responsibility: The General Part**, New York, Cambridge University Press, 2013, s. 4. (Bundan sonra "**General Part**")

oluşturmaktadır.<sup>42</sup> Yani ILC Maddeleri'ne giden yolda ilk adım yabancı kişilerin, özellikle yabancı yatırımcıların haklarının korunması fikri olmuştur. Bu bakımdan ILC Maddeleri ile uluslararası yatırım hukuku arasında tarihsel bir bağ mevcuttur.

ILC Maddeleri'ndeki kuralların kodlaştırılması yalnızca ILC'nin yaptığı çalışmalara dayanmamaktadır. ILC çalışmaları öncesinde sorumluluğa ilişkin kuralların bir araya getirilmesi için başka teşebbüsler de olmuş, ILC bu mevcut çalışmalardan da yararlanarak bugünkü sorumluluk hukukuna varlık kazandırmıştır.

## **1. 1930 Milletler Cemiyeti Uluslararası Hukukun Kodlaştırılması Konferansı**

Uluslararası hukukun kodlaştırılması amacıyla yapılan 1930 Milletler Cemiyeti Uluslararası Hukukun Kodlaştırılması Konferansı bu konuda atılmış ilk adımlardan biridir. Genel Kurul'un tavsiyesi üzerine Konsey tarafından kurulmuş olan uzmanlar komitesi, uluslararası hukukun üzerinde anlaşmaya en çok ihtiyaç bulunan konularını belirlemek ve devletlerin görüşlerini aldıktan sonra Konsey'e rapor vermek üzere görevlendirilmiştir.<sup>43</sup> Belirlenen konulardan biri de devletin sorumluluğudur.

Devletin sorumluluğu hakkında çalışacak alt komiteye sorulan sorulardan biri, *bir devletin kendi ülkesinde bulunan yabancıya veya yabancıların mallarına verilen zararlardan dolayı sorumlu tutulup tutulamayacağı veya hangi durumlarda sorumlu tutulabileceğidir.*<sup>44</sup> Alt komite bu soruya örf ve adet hukukunda devletlerin yabancılara muamele tarzı, devletin yabancının korunmasından doğan

---

<sup>42</sup> Yusuf Aksar, "Uluslararası Hukukta Devletin Sorumluluğu: Libya Örneği", **Uluslararası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya Krizi**, Ed. M. Macit Kenanoğlu, Ali Yeşilirmak, İstanbul, Küre Yay., 2011, ss. 47-58, s. 55.

<sup>43</sup> Resolution Adopted by the Assembly of the League of Nations, 22 September 1924, **American Journal of International Law Supplement**, Vol. 41, No. 4, 1947, s. 103.

<sup>44</sup> First Session of the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, **American Journal of International Law Supplement**, vol. 20, no. 3, 1926, s. 13.

sorumluluğunun belirlenmesi ve bu korumanın sağlanmasına ilişkin araçlar konusunda belirli kurallar bulunduğu cevabını vermiştir.<sup>45</sup>

Bu çerçevede alt komitenin raporu yabancılara muamele konusunda “uluslararası asgari standart”ın yanı sıra eylemin devlete atfedilmesi gibi sorumluluğa ilişkin genel konular üzerinde durmuştur.<sup>46</sup> Bunlar arasında devletin eylemlerinden özel kişilerin doğrudan sorumlu tutulamayacağı<sup>47</sup> gibi günümüzde ILC Maddeleri’nde aynı biçimde kabul edilen kurallar yer aldığı gibi, devletin kendi görevlilerinin eylemleri nedeniyle sorumlu olmasının o görevlinin göreviyle bağlantılı olarak hareket edip etmediğine göre değişeceği<sup>48</sup> biçiminde ILC Maddeleri’ne aykırı olan kurallar da yer almaktadır.

1930 Milletler Cemiyeti Uluslararası Hukukun Kodlaştırılması Konferansı’ndaki görüşmeler ve öncesinde kurulan Hazırlık Komitesi çalışmalarına rağmen devletin sorumluluğu konusunda bir anlaşmaya varılamamış ve konferans çerçevesinde kurulan komite çalışmalarını tamamlayamamıştır.<sup>49</sup>

## **2. 1929 Devletlerin Kendi Ülkelerinde Bulunan Kişilere ve Yabancıların Mallarına Verilen Zararlardan Dolayı Sorumluluğu Hakkında Harvard Taslağı**

Harvard Hukuk Fakültesi 1930 Milletler Cemiyeti Kodlaştırma Konferansı çerçevesindeki çalışmalara katkıda bulunmak amacıyla taslak anlaşmalar oluşturmak üzere çalışmaya başlamıştır. Harvard çalışmalarında da sorumluluğun kodlaştırılmasında yabancıların ve özellikle yabancı yatırımcıların haklarının korunması anlayışının ön planda olduğunu görmekteyiz. Zaten taslağın adı da bu anlayışı yansıtır niteliktedir: *1929 Devletlerin Kendi Ülkelerinde Bulunan Kişilere ve*

<sup>45</sup> Questionnaire No. 4: Responsibility of States for Damage done in their Territories to the Person or Property of Foreigners, **American Journal of International Law Supplement**, vol. 20, no. 3, 1926, s. 181.

<sup>46</sup> Crawford, **General Part**, s. 29.

<sup>47</sup> Questionnaire No. 4: Responsibility of States for Damage done in their Territories to the Person or Property of Foreigners, s. 189-190.

<sup>48</sup> **Ibid.**, 187-188.

<sup>49</sup> Crawford, **General Part**, s. 31-32.

*Yabancıların Mallarına Verilen Zararlardan Dolayı Sorumluluğu Hakkında Harvard Araştırma Taslağı*<sup>50</sup> (“**1929 Harvard Taslağı**”)

1929 Harvard Taslağı'nın amacı uluslararası hukukun var olan kurallarını yeniden ifade etmek ve bu kurallardan mümkün olan en az ölçüde ayrılmaktır.<sup>51</sup> Dolayısıyla geliştirici kodifikasyon anlayışından uzak durulmuştur. Ancak 1930 Milletler Cemiyeti Kodlaştırma Konferansı'ndaki anlayış devam ettirilerek yatırımcıların korunmasına ilişkin birincil kurallar ile bugün ikincil kurallar olarak adlandırılan eylemin devlete atfedilmesine ilişkin kurallar arasında bir ayrım gözetilmemiştir.<sup>52</sup> Yine de özellikle atfedilme konusunda ILC Maddeleri'nde yer alan kurullarla benzerlikler göze çarpmaktadır.

### **3. 1961 Devletlerin Yabancılar Verilen Zararlardan Dolayı Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Harvard Taslağı**

1929 Harvard Taslağı'nın devamı niteliğinde olan *1961 Devletlerin Yabancılar Verilen Zararlardan Dolayı Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Anlaşma* (“**1961 Harvard Taslağı**”) da var olan örf ve adet hukukunu kodlaştırma amacıyla yola çıkmıştır. Yine daha önceki çalışmalara benzer şekilde yatırımcıların hakları üzerine odaklanılmıştır. Bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: *Devletlerin sorumluluğu hukukunun amacı uluslararası hukukun korumasını ülkesi dışına seyahat eden veya ülkesi dışında yaşayan kişileri de kapsayacak şekilde genişletmek ve devletler arasındaki toplumsal ve ekonomik bağları geliştirmektir.*<sup>53</sup>

1961 Harvard Taslağı yatırımcıların hakları ile ilgili bir katalog oluşturmuş, zararın onarımı biçimlerinden biri olan tazminatı genel bir prensip olarak değil, yatırımcının haklarının ihlal edilmesi halinde gündeme gelen bir yükümlülük olarak

---

<sup>50</sup> 1929 Harvard Research Draft for the Responsibility of States for Damage done in their Territory to the Persons or Property of Foreigners, **American Journal of International Law Supplement**, Vol. 23, No. 2 , 1929, ss.131-239.

<sup>51</sup> **Ibid.**, s. 140.

<sup>52</sup> Crawford, **General Part**, s. 33.

<sup>53</sup> Louis B. Sohn, R. R. Baxter, “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens: I. Introduction”, **AJIL**, Vol. 55, No. 3, Jul., 1961, ss. 545-547, s. 545.

öngörmüş ve devletin sorumluluğunu yatırımcıların korunmasının bir boyutu olarak değerlendirmiştir.<sup>54</sup> Bu yaklaşım ILC çalışmalarının ilk dönemlerini etkilemiş, ancak daha sonraları ILC özel raportörü Roberto Ago'nun birincil – ikincil kurallar ayrımının kabul edilmesi ile terk edilmiştir.

## B. ILC Maddeleri'ni Kodlaştırma Çalışmaları

ILC Maddeleri'nin asıl başarısı, uluslararası hukuk normları arasında birincil ve ikincil normlar ayrımını yaparak maddi yükümlülükler ile sorumluluğa ilişkin kuralları birbirinden ayırmak olmuştur. Böylece uluslararası sorumluluk hukuku, yatırımcıların haklarının korunması fikrinden ayrılabilmiş; bir bütün olarak uluslararası hukuk ihlallerine hukuki sonuç bağlanmıştır. Dolayısıyla uluslararası toplum gerçek anlamda bir genel sorumluluk rejimine sahip olmasını yapılan bu ikili ayrıma borçludur.

ILC 1949'daki ilk oturumunda devletin sorumluluğunu kodlaştırılacak on dört konudan biri olarak belirlemiştir. 1955'te ise Garcia Amador konuya ilişkin özel raportör olarak görevlendirilmiştir. Amador 1956-1961 yılları arasında ILC'ye altı rapor sunmuştur.

ILC'nin çalışmalarının erken dönemi, 1929 ve 1961 Harvard Taslaklarının etkisi altında olduğundan yabancılara ve mallarına verilen zararlardan sorumluluk fikri bu dönem açısından da geçerlidir. Amador, devletin sorumluluğunu “devletin kendi ülkesindeki kişilere ve yabancılara mallarına verilen zararlardan dolayı sorumluluğu” biçiminde ele aldığından, 1930 Milletler Cemiyeti Kodlaştırma Konferansı'nın başarısız olmasına yol açan problemlerin aynıları ile karşılaşmış<sup>55</sup> ve raporları yoğun eleştiriler almıştır.

<sup>54</sup> Crawford, **General Part**, s. 35. (Atıflar göz ardı edilmiştir.)

<sup>55</sup> Alain Pellet, “The ILC's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts”, **The Law of International Responsibility**, Ed. By James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, ss. 75-92, s. 75, 76. (Bundan sonra “State Responsibility”)

Konu 1960'ların başında BM Genel Kurulu ve ILC tarafından öncelikli konular arasına alınmıştır ve 1963 yılında Roberto Ago özel raportör olarak görevlendirilmiştir. 1969-1980 yılları arasında ILC'ye altı rapor sunan Ago, Amador'un görüşlerini takip etmemiş ve yabancılara verilen zararlar üzerine yoğunlaşmak yerine devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin genel kurallar üzerinde çalışılmasını önermiştir.<sup>56</sup> Böylece ILC, yıllardır kodlaştırma çalışmalarına hakim olan ve bir türlü üzerinde anlaşmaya varılamayan yabancılara haklarının korunması anlayışını keskin bir biçimde terk etmiştir. Ago'nun bu hamlesi ve aynı zamanda sorumluluk hukukuna asıl özelliğini veren birincil-ikincil kurallar ayrımını yapan kişi olması kendisinin fikirlerinin ILC çalışmaları açısından "Ago devrimi"<sup>57</sup> olarak nitelendirilmesine neden olmuştur. Ago, ILC Maddeleri'nin bugünkü haline kavuşmasında en çok etkili olan özel raportör olarak görülmektedir.

Daha sonra sırasıyla William Riphagen ve Gaetano Arangio-Ruiz özel raportör olmuş ve 1996'da ILC Maddeleri'nin ilk okuması tamamlanmıştır. Ancak ILC Maddeleri'nin bu hali üzerinde de tartışmalar<sup>58</sup> bulunduğundan söz konusu metnin kabul edilmesi mümkün olmamıştır.

1997 yılında ILC Maddeleri'nin kodlaştırılmasını tamamlamak üzere James Crawford son özel raportör olarak görevlendirilmiş ve kendisinin başarılı çalışmalarının da katkısıyla metin üzerinde anlaşma sağlanarak 2001'de ILC Maddeleri'nin ikinci okuması tamamlanmıştır. 31 Mayıs 2001 tarihinde ILC, "Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Doğan Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler" başlığı ile metni kabul etmiştir. 12 Aralık 2001'de BM Genel Kurulu ILC Maddeleri'ni dikkate alarak, 56/83 sayılı Genel Kurul kararına ekleyerek hükümetlerin dikkatine sunmuştur.

Bu noktada ILC Maddeleri'nin ileride bir anlaşmaya dönüşmek üzere mi tasarlandığı üzerinde durmak gerekir. ILC'nin metni Genel Kurul'a bir Genel Kurul

---

<sup>56</sup> Crawford, **General Part**, s. 36.

<sup>57</sup> Pellet, "State Responsibility", s. 76-78.

<sup>58</sup> Tartışmalar özellikle ILC Maddeleri'nin 1996 yılındaki halinde md. 19'da yer alan "uluslararası suçlar" üzerine yoğunlaşmıştır. Buna göre devletlerin yükümlülük ihlali "haksız fiiller" (*delicts*) ve "suçlar" (*crimes*) olarak ikiye ayrılmakta idi. Bazı devletlerden gelen olumsuz tepkiler üzerine uluslararası suçlar ILC Maddeleri'nden çıkarılmış, böylece devletin sorumluluğuna yol açan yükümlülük ihlalleri tek bir biçimde, yani "hukuka aykırı eylemler" olarak nitelendirilmiştir.

kararına eklenmesi ve bir uluslararası konferans aracılığıyla anlaşmaya dönüşme olasılığının daha sonraki bir dönemde değerlendirilmesi tavsiyesiyle gönderdiği ve bunun bilinçli bir tercih olduğu belirtilmektedir.<sup>59</sup> Buna göre ILC Maddeleri'nin örf ve adet hukukunun delili olarak kaldığı takdirde daha etkili olacağını düşünen ILC üyeleri ile ancak bir anlaşma haline gelmesi halinde esas öneminin anlaşılacağını düşünen ILC üyeleri aralarında anlaşarak konuyu Genel Kurul'a bu biçimde tavsiye etmeyi kararlaştırmışlardır.

### **III. Uluslararası Hukukta ILC Maddeleri'nin Niteliği ve Bağlayıcılığı**

#### **A. Uluslararası Hukukun Kaynakları**

Uluslararası Adalet Divanı ("UAD") Statüsü'nün<sup>60</sup> 38. maddesinde, mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıkları şu kurallara göre çözümlemesi gerektiği belirtilmiştir:

"Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan:

- (a) Uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan gerek genel, gerek özel uluslararası anlaşmaları;
- (b) Hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını;
- (c) Medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk prensiplerini;
- (d) ... hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular."

<sup>59</sup> Pellet, "State Responsibility", s. 86; Crawford, **General Part**, s. 41-42.

<sup>60</sup> 1946 tarihli Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün orijinal metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.icj-cij.org/en/statute>, 22.04.2019. UAD Statüsü'nün Türkçe çevirisi için bkz. Gündüz, **op. cit.**, s. 140-148.



Her ne kadar ilgili maddede “kaynak” ifadesi yer almasa da yaygın kabul, belirtilen kuralların uluslararası hukukun kaynaklarını temsil ettiği<sup>61</sup>. Böylece uluslararası hukukun asli kaynakları olarak taraflar arasındaki uluslararası anlaşmalar, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ve genel hukuk prensipleri kabul edilmiştir. Kuralların anlamının belirlenmesinde yardımcı kaynaklar olarak ise içtihat (adli kararlar) ve doktrin (öğreti) öngörülmüştür.

Bazı yazarlar genel hukuk prensiplerinin bağımsız bir hukuk kaynağı olmadığını ve uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına göre ikincil nitelikte olduğunu<sup>62</sup> belirtilmiş ve UAD’ın olaya uygulayacak hüküm bulamaması halinde “boşluk doldurma” işlevi görmesi için Statü’ye konduğunu<sup>63</sup> vurgulamışlardır. Diğer yandan *George Scelle*’in savunduğu üzere bunların genel hukuk prensiplerinden ziyade genel örf ve adet hukuku kuralları olduğu görüşü de destek bulmuştur.<sup>64</sup> İncelediğimiz hakem mahkemesi kararları, genel hukuk prensiplerinin ikincil nitelikte olmak bir yana tamamen bağımsız bir hukuk kaynağı olarak kabul edildiğini göstermektedir. Kanaatimizce en azından yatırım tahkimi bakımından genel hukuk prensipleri ile kast edilen, dünyadaki hukuk düzenlerinin pek çoğunda ortak olan prensiplerdir. Örf ve adet hukuku kurallarından farklı olarak bunların devletler arasında yaygın bir uygulama bulması şart değildir.<sup>65</sup> Bu bakımdan iki hukuk kaynağı arasında bir ayırım bulunduğunu ve genel hukuk prensipleri bakımından kuralın varlığının delili olarak devlet uygulamaları ve *opinio juris*’in varlığını göstermek yükümlülüğünün bulunmadığını söylemek mümkündür.

## **B. ILC Maddeleri’nin Uluslararası Hukuk Kaynakları Açısından Niteliği**

---

<sup>61</sup> Gündüz, *op. cit.*, s. 14.

<sup>62</sup> İlyas Doğan, *Devletler Hukuku*, Ankara, Astana Yay., 2016, s. 160.

<sup>63</sup> Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, C. I, Ankara, 1968, s. 101.

<sup>64</sup> Edip Çelik, *Milletlerarası Hukuk*, C. I, İstanbul, 1984, s. 168. Yazara göre bunların bir kısmı o ölçüde önemlidir ki Anayasa kuralları niteliğindedir.

<sup>65</sup> Şeref Ünal, *Devletler Hukukuna Giriş*, Ankara, Yetkin Yay., 2003, s. 49.

Her ne kadar yaygın bir biçimde uygulansa da ILC Maddeleri'nin bir uluslararası anlaşma niteliği taşımadığı ve ILC'nin geliştirici kodlaştırma faaliyeti neticesinde ortaya çıktığı göz ardı edilmemelidir. Uluslararası hukukta ILC Maddeleri'nin bir bütün olarak örf ve adet hukukunu yansıttığı kesin olarak kabul edilmese de, içerdiği kuralların pek çoğunun örf ve adet hukuku kuralı niteliği kabul görmüştür. Bazı hakemlik kararlarında ise ILC Maddeleri'nin genel hukuk prensibi niteliği üzerinde durulmuştur. Ancak literatür ve uygulamaya bakıldığında ağırlıklı olarak ILC Maddeleri'nin örf ve adet hukuku kurallarını yansıttığı yönünde bir kanaat mevcuttur. Bu iki hukuk kaynağı eşit derecede bağlayıcı olduğundan ve birbirlerine üstünlükleri söz konusu olmadığından ILC Maddeleri'nin örf ve adet hukuku kuralı veya genel hukuk prensibi olarak nitelendirilmesi arasında esaslı bir fark bulunmamaktadır.

Ancak göz ardı edilmemesi gereken husus ILC Maddeleri'nin bütünüyle var olan örf ve adet hukuku ya da genel hukuk prensiplerini yansıtmadığı; bunların bir kısmının ILC'nin “geliştirici kodlaştırma” faaliyetleri çerçevesinde ILC tarafından yaratıldığıdır.<sup>66</sup> Sorumluluğun kodlaştırılması sırasında ILC Özel raportörlerinden biri olarak da görev yapmış olan Crawford, hiçbir “yaratma” eylemi olmaksızın bir uluslararası hukuk kuralı ortaya koymanın imkansız olduğunu belirtmektedir.<sup>67</sup> Bu durum ILC Maddeleri'ne adeta bir uluslararası anlaşma imiş gibi başvurulmasının ortaya çıkardığı sakıncayı açıklamaktadır. Dolayısıyla uygulayıcının ILC Maddeleri'nin genel uluslararası hukuk ile ilişkisini dikkatle değerlendirmesi gerekmektedir.

Uluslararası hukuk alanında önemli bir ihtiyaca cevap vermesi nedeniyle ILC Maddeleri'ne özellikle tahkim alanında büyük bir ilgi mevcuttur. Ancak hakem mahkemesi kararları incelendiğinde olaya uygulanan ILC Maddeleri'nin bağlayıcılık değerinin yeterince araştırılmadığı; ILC Maddeleri'nin genel olarak örf ve adet hukuku niteliği yönünde bir ön kabulün var olduğu görülmektedir. Diğer yandan

---

<sup>66</sup> David D. Caron, “The Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority”, **American Journal of International Law**, vol. 96, no. 4, ss. 857-873, s. 858. (Bundan sonra “Paradoxical Relationship”), Crawford, Olleson, “The Nature and Forms of International Responsibility”, s. 449.

<sup>67</sup> Crawford, “Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility”, s. 128.

ILC Maddeleri'nin tamamlanması için geçen süre dikkate alındığında, esas görevi önüne getirilen uyuşmazlığı çözmek olan hakem mahkemelerinin tarihsel süreç içerisinde devlet uygulamalarını, yargı ve diğer hakemlik kararlarını inceleyerek ilgili kuralın hukuki statüsünü belirlemesini beklemek pek gerçekçi bir yaklaşım değildir.

ILC Maddeleri kısmen örf ve adet hukukunu ve genel hukuk prensiplerini yansıtmasının yanı sıra bir yardımcı kaynak olarak doktrin biçiminde de değerlendirilmektedir. Yardımcı kaynaklar, asıl kaynakların ne anlama geldiğini açıklamaya yarayan; bunun dışında tek başına doğrudan uygulama alanı bulunmayan kaynaklardır.

ILC Maddeleri'nin hukuki statüsüne ilişkin tartışmalar bir yana bırakılırsa, bir bütün olarak bağlayıcı olsun veya olmasın; uygulamada ILC Maddeleri'ne atfedilen hukuki değer göz ardı edilemez bir gerçektir. Dolayısıyla ILC Maddeleri'nin bağlayıcı bir metin olmadığı yahut kısmen bağlayıcı olduğunu tespit etmenin yanı sıra, uygulamada ILC Maddeleri'nin sahip olduğu ağırlığın metnin hukuki statüsüne ilişkin tartışmaların çok ötesinde olduğunu ifade etmek gerekir.

ILC Maddeleri'nin bağlayıcı bir uluslararası anlaşma olmamasına rağmen, hem biçim hem de içerik açısından bir anlaşmaya benzer şekilde kaleme alınmış olması çok fazla kesinlik içerdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>68</sup> Buna göre ILC Maddeleri'nin hukuki niteliği ile uygulamada sahip olduğu ağırlık arasındaki farklılığın önemli bir nedeni ILC Maddeleri'nin bağlayıcı bir anlaşma gibi kaleme alınmış olmasıdır.

ILC Maddeleri'nin hukuki niteliğinden bağımsız olarak tartışmasız biçimde kabulü özellikle uluslararası tahkim alanında daha açık biçimde göze çarpmaktadır. Örneğin İran-Amerika Birleşik Devletleri Talepler Mahkemesi eylemin devlete

---

<sup>68</sup> Caron, "Paradoxical Relationship", s. 861, 862, 868. Yazar, makalesinde genel olarak ILC Maddeleri'ne bir anlaşma olmadığı halde anlaşma değeri atfedilmesini eleştirmektedir. ILC Maddeleri'nin bağlayıcı bir metin olmadığı halde, bağlayıcı metin ağırlığında olmasını hem ILC'nin konuya ilişkin yaklaşımına hem de uygulamadan kaynaklanan nedenlere bağlamaktadır.

atfedilmesine ilişkin ILC Maddeleri’ni uygularken böyle bir eğilim sergilemiştir.<sup>69</sup> Bu durum uyumsuzluğun tarafları ve temsilcileri tarafından hukuka saygı göstermemekle eleştirilen hakem heyetlerinin tarafsız bir kaynağa başvurma ihtiyacı ile açıklanmaktadır.<sup>70</sup>

Sonuç olarak ILC Maddeleri hem kısmen örf ve adet hukuku kurallarının yeniden ifadesi hem de doktrin olarak değerlendirilmektedir. ILC Maddeleri’nin bir uluslararası anlaşmaya dönüşmesi ile ilgili devam etmekte olan beklentilere karşılık, Birleşik Krallık’ın şu ifadelerini tekrar etmekte yarar görmekteyiz:

“... taslak maddelerin bir anlaşma metni biçiminde kristalleştirilmesine yönelik herhangi bir adım, taslak maddelerin kapsam ve içeriği üzerinde hali hazırda mevcut olan *consensus* büyük bir tehlikeye sokacaktır ...

Eğer anlaşmayı yalnızca bazı devletler onaylarsa, bu enstrüman taslak maddelerin şu an sahip olduğundan daha az hukuki güce sahip olacaktır ...”

Aslında şöyle önemli bir tehlike mevcuttur: Az sayıda tarafı bulunan bir anlaşma *tersine kodlaştırma* etkisi (*de-codifying effect*) yaratabilir, taslak maddelerin şu an sahip olduğu statünün temelini sarsmaya hizmet edebilir ve uygulamada çok az veya hiçbir etkisi olmayan “aksak” bir anlaşma olabilir.”<sup>71</sup>

Elbette ILC Maddeleri’nin yine ILC’nin kodlaştırma faaliyetinin neticesi olan 1969 Viyana Sözleşmesi gibi bir uluslararası anlaşmaya dönüşmesi bağlayıcılığı üzerindeki şüpheleri ortadan kaldıracaktır. Diğer yandan ILC’nin sorumluluğa ilişkin kuralları kodlaştırması yaklaşık kırk yıl gibi uzun zaman almıştır ve bunun sebebi devletler arasındaki görüş ayrılıklarıdır. Crawford, ILC Maddeleri’nin bir uluslararası anlaşmaya dönüşmesi gerektiğini savunan bazı hükümetlerin, aslında ILC’nin büyük güçlüklerle çözümlenmiş olduğu ve tartışmaya kapadığı kuralların yeniden tartışmaya açılması amacını taşıyabileceğine dikkat çekmektedir.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> Caron, “Paradoxical Relationship”, s. 867, 868. Caron’ın İran-ABD Talepler Mahkemesi’nin atfedilmeye ilişkin uygulamasını analiz ettiği makalesi için bkz. David D. Caron, “The Basis of Responsibility: Attribution and Other Trans-substantive Rules”, **The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility**, ed. By Richard Lillich, Daniel Magraw, David Bederman, Brill-Nijhoff, 1998, ss. 109-184. (Bundan sonra “Attribution”)

<sup>70</sup> Caron, “Attribution”, s. 181, 182.

<sup>71</sup> *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Comments and Information Received From Governments: Report of the Secretary-General*, 9 March 2007, UN Doc. A/62/63, s. 6-7. (Çevrimiçi) <https://www.un.org/law/cod/sixth/62/provisional.htm> , 12.04.2019.

<sup>72</sup> Crawford, “Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility”, s. 129.

Dolayısıyla yakın dönemde devletin sorumluluğuna ilişkin bir uluslararası anlaşmanın kabul edilmesi beklenmemektedir.

#### IV. ILC Maddeleri'nin Kapsamı ve *Lex Specialis* Prensibi

ILC Maddeleri'nin 55.si maddelerin tamamı bakımından geçerli olan bir prensibi ortaya koymaktadır. *Lex specialis* prensibi olarak adlandırılan kural, devletin sorumluluğuna ilişkin kurallar ile uluslararası hukuk içerisindeki diğer rejimler arasındaki bağlantıyı sağlamaktadır.<sup>73</sup> Prensibin tarihsel olarak uzun bir geçmişi olduğu, Corpus Iuris Civilis'te de yer aldığı belirtilmektedir.<sup>74</sup> Söz konusu prensip, ILC Maddeleri, md. 55'te şu şekilde kaleme alınmıştır:

*“Bu maddeler, uluslararası hukuka aykırı eylemin varlığı için aranan koşulların veya bir devletin uluslararası sorumluluğunun içeriği ve uygulanmasının uluslararası hukukun özel kuralları tarafından düzenlenmesi halinde ve düzenlendiği ölçüde uygulanmaz.”*

Taraflar aralarında akdettikleri bir anlaşmada sorumluluğun kaynağı, içeriği veya sonuçları gibi konularda ILC Maddeleri'nde öngörülen kurallardan farklı düzenlemeler getirmiş olabilirler. Bu halde anlaşmada diğer kurallarla ilişki bakımından açık bir hüküm yer almadığı takdirde anlaşmada yer alan özel kuralın, genel kural ile birlikte mi değerlendirileceği, yoksa özel kuralın genel kuralın uygulanmasına engel mi olacağı sorusu ortaya çıkacaktır.<sup>75</sup> Bu soruya, yani anlaşma hükümleri ile ILC Maddeleri arasındaki ilişkinin nasıl belirleneceği sorusuna karşılık ILC Maddeleri'nin öngördüğü çözüm açıktır: *Lex specialis derogat legi generali*,

<sup>73</sup> Bruno Simma, Dirk Pulkowski, “Leges Speciales and Self-Contained Regimes”, **The Law of International Responsibility**, ed. By James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, ss. 139-163, s. 139 (Bundan sonra “Leges-Speciales”)

<sup>74</sup> *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682., para. 56, dn 57. (Bundan sonra “**Fragmentation**”) Raporun bazı önemli kısımlarının Türkçe çevirisi için bkz. Yusuf Aksar, **Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk**, Ankara, Seçkin Yay., 2017, s. 31 vd.

<sup>75</sup> **ILC Commentaries**, Art. 55, para. 1

yani özel hüküm genel hükmü ilga eder biçimindeki kural gereğince tarafların anlaşmada öngördükleri kural öncelikli olarak uygulanacaktır.

*Lex specialis* prensibi yalnızca farklı hükümler getiren anlaşmalar bakımından değil, bir anlaşma ile örf ve adet hukuku kuralının çatışması halinde de uygulanır. Ancak uluslararası uygulama, somut olayda anlaşmanın mı yoksa örf ve adet hukukunun mu daha özel nitelikte olduğunu tespit edilmesinden ziyade anlaşmanın aynı konuyu düzenleyen örf ve adet hukuku karşısında daha özel nitelikte kabul edilmesi yönündedir. Bunun örneklerinden biri *Nicaragua* davası olup taraflar arasındaki anlaşmanın *lex specialis* nitelikte olduğu gerekçesi ile örf ve adet hukuku kuralı karşısında öncelikli olarak uygulanmasına karar verilmiştir.<sup>76</sup>

Yine UAD *Gabcikovo-Nagymaros Projesi Davası*'nda Macaristan ve Çekoslovakya arasındaki anlaşma hükümlerini devletin sorumluluğuna ilişkin kurallar karşısında *lex specialis* olarak kabul etmiştir.<sup>77</sup> İran-ABD Talepler Mahkemesi de bir kararında anlaşmada öngörülen tazminatın genel uluslararası hukukta kamulaştırma için öngörülen tazminatın uygulanmasını kaldırdığına karar vermiştir.<sup>78</sup>

Aslında md. 55'te son derece temel bir kural öngörülmüş olmasına rağmen, kuralın uygulanması bakımından çok daha komplike bir süreç söz konusudur. Çünkü bir kuralın diğerine kıyasla daha özel nitelikte olduğunu tespit etmek her zaman kolay değildir. Ayrıca *lex specialis* prensibinin uygulanabilmesi için yalnızca aynı konunun iki farklı hüküm tarafından düzenlenmesi yeterli olmayıp, ya bu hükümler arasında gerçek bir çatışmanın bulunması ya da bir hükümle diğerinin dışarıda bırakılmak istendiğinin anlaşılması gerekir.<sup>79</sup>

ILC Maddeleri özel kuralların düzenlemediği kısımlar bakımından uygulanmaya devam edecektir. Dolayısıyla ILC Maddeleri'nin uygulanması özel kuralın ele aldığı konuyu hangi genişlikte düzenlediğine göre belirlenecektir.

<sup>76</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, para. 274.

<sup>77</sup> Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, para. 132.

<sup>78</sup> *INA Corporation v Iran*, Iran-US Claims Tribunal, Award No. 184-161-1, 12 August 1985, para. 378.

<sup>79</sup> **ILC Commentaries**, Art. 55, para. 4.

Özel kural, genel kuralın yalnızca belirli bir yönünü değiştiriyorsa, kalan yönler bakımından genel kural yine uygulama alanı bulacaktır.<sup>80</sup> Yani ilgili genel kural *lex specialis* prensibi gereğince otomatikman uygulama dışı kalmayacak, özel kural ile meydana getirilen özelleştirme dışında olaya uygulanabilecektir. Buna örnek olarak *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 11. No.lu Protokol*'ün<sup>81</sup> 41. maddesi gösterilmektedir. İlgili düzenlemeye göre: “*Mahkeme işbu Sözleşme veya Protokollerin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Taraf Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen onarabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette zarar gören tarafın tatminine hükmeder.*” Söz konusu hükümde, tatmin yöntemi ancak zararın kısmen onarılabilirdiği takdirde uygulanacak bir yöntem olarak öngörülmüştür. Yani tatminin uygulanma koşulu *lex specialis* nitelikteki bu hüküm tarafından belirlenmiştir. Bu şart dışında, tatmine ilişkin diğer örf ve adet hukuku kuralları uygulanabilir olacaktır.

Bu hâl dışında anlaşmadan tarafların genel kuralın etkisinin ortadan kaldırılarak yalnızca öngörülen özel kuralın uygulanması niyetinde oldukları açıkça anlaşılıyorsa genel kuralın uygulanması söz konusu olmayacaktır.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> **ILC Commentaries**, Art. 55, para. 3.

<sup>81</sup> Protokol'ün orijinal metni ve Türkçe çevirisi için bkz. RG, 20.6.1997, S. 23025.

<sup>82</sup> ILC bu duruma örnek olarak Dünya Ticaret Örgütü'nün (DTÖ) onarım biçimlerine ilişkin düzenlemelerini göstermektedir. Buna göre, örneğin Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Yöntemleri Hakkındaki Mutabakat Metni md. 3(7)'de öngörülen tazminat, ILC Maddeleri'nde öngörülen genel nitelikli tazminattan farklıdır ve genel kuralı uygulama dışı bırakan bir düzenlemedir.

İlgili düzenleme şöyledir: “*Anlaşmazlığa taraf olanlarca karşılıklı olarak kabul edilebilecek ve kapsamdaki anlaşmalara uygun olan bir çözümün tercih edileceği açıktır. Karşılıklı olarak kabul edilen bir çözüme varılamadığı takdirde, Anlaşmazlıkların halli mekanizmasının birinci amacı genellikle, ilgili önlemlerin kapsamdaki anlaşmaların herhangi bir hükmüne uygun olmadığına tesbit edilmesi halinde, bu önlemlerin geri çekilmesini sağlamaktır. Tazminat hükmüne yalnızca, önlemin derhal geri çekilmesi uygun olmadığına ve kapsamdaki bir anlaşmaya uygun olmayan önlem geri çekilinceye kadar geçici bir tedbir olarak başvurulabilir.*”

Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere tazminat geçmişteki hukuka aykırı bir eyleme değil, gelecekteki eyleme ilişkindir ve bünyesinde karşı önleme ilişkin unsurlar barındırmaktadır. Bkz. **ILC Commentaries**, Art. 55, para. 3; dn 818. Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Yöntemleri Hakkındaki Mutabakat Metni için bkz. (Çevrimiçi) [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/28-dsu.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf) , 4.1.2019. Türkçe metin için bkz. RG, 25.2.1995, S. 22213.

Simma ve Pulkowski ise, geçmişe dönük tazminatın DTÖ hukukunda tanınmadığını ancak yasaklanmış da olmadığını; bu durumun DTÖ hukukunun ihlali halinde genel sorumluluk hukuku uyarınca geçmişe dönük tazminat istenip istenemeyeceği sorusunun sorulmasına yol açtığını belirtmektedirler. Benzer biçimde, Avrupa Birliği hukuku kapsamlı bir çözüm mekanizması öngördüğü halde, ihlal halinde tek taraflı karşı önlemlere başvurma imkanının bulunup bulunmadığı sorusu da ortaya çıkabilecektir. Bkz. Bruno Simma, Dirk Pulkowski, “Of Planets and the Universe:

Büyük ölçüde ILC yorumuna dayanan yukarıda açıklamalarımızın yanı sıra sorumluluğa ilişkin genel kuralların uygulanmasını etkileyen bir diğer konu da uluslararası hukuk içerisinde özel sorumluluk biçimlerinin mevcut olduğuna ilişkin tartışmalardır.

ILC Maddeleri ile genel bir sorumluluk rejimi oluşturulduğu belirtilmişti. Bunun bir rejim olarak ifade edilmesinin nedeni, ILC Maddeleri'nin birbirinden bağımsız maddi hukuk kurallarından oluşan bir katalog değil, sistematik kurallardan oluşan bir sorumluluk düzeni kurmuş olmasıdır. Bu rejim kapsamında sorumluluğun ortaya çıkması, ileri sürülmesi ve sorumluluğun sonuçları gibi konular detaylı biçimde düzenlenmiştir.

Gerçekten de devletlerin egemen eşitliği prensibi gereğince, devletler *jus cogens* normlara uygun olmak kaydıyla aralarındaki ilişkileri serbestçe düzenleyebilmektedirler. Dolayısıyla uluslararası hukukta sorumluluğun tek bir biçimi olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak önemli olan husus devletlerin aralarında akdettikleri anlaşmaların ne ölçüde özel bir sorumluluk rejimi olarak değerlendirilebilecek nitelikte olduklarıdır. Sorumluluk konusunu bir bütün olarak ele almaktan uzak ve belirli konuları düzenleyen hükümlerden oluşan anlaşmalar bu nitelikte değerlendirilemeyecektir.

*Lex specialis* prensibi ise hem bu özel sorumluluk türlerinin hem de yalnızca belirli konularda özel düzenleme getiren anlaşma hükümlerinin genel kurallar karşısında öncelikli uygulamasını kabul etmektedir. ILC genel sorumluluk kurallarını bir bütün olarak uygulama dışı bırakmayı amaçlayan özel sorumluluk rejimlerini *lex specialis*'in güçlü biçimi olarak adlandırmakta iken; genel sorumluluk kurallarını yalnızca bazı noktalarda değiştiren özel anlaşma hükümlerini *lex specialis*'in zayıf biçimi olarak tanımlamaktadır.<sup>83</sup> Bu ayırım “uluslararası hukukun parçalanması” ve bağımsız rejimler (*self-contained regimes*) tartışmalarına değinmeyi gerekli kılmaktadır. İzleyen bölümlerde bu konuyu daha detaylı biçimde ele alacağız.

---

Self-Contained Regimes in International Law”, **European Journal of International Law**, vol. 17, no. 3, 2006, ss. 483-529, s. 489. (Bundan sonra “Self-Contained Regimes”),

<sup>83</sup> **ILC Commentaries**, Art. 55, para. 5



## V. Devletin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Bağımsız Rejimler Tartışması

### A. Uluslararası Hukukun Parçalanması ve Bağımsız Rejimler

Uluslararası hukukun parçalanması, uluslararası hukukta giderek artan uzmanlaşma ile bağlantılı bir olgudur. Buna göre farklı norm ve kurumlar birbirinden bağımsız biçimde gelişerek, uluslararası hukukun parçalanmasına ve kuralların çeşitliliğine yol açmıştır. Dolayısıyla parçalanmanın “normatif” ve “kurumsal” olmak üzere iki farklı boyutu olduğunu söylemek mümkündür.

Uluslararası hukukun belirli alanları bakımından uzmanlaşmaya ve daha spesifik kurallara duyulan ihtiyaç uluslararası hukukun parçalanmasını kaçınılmaz kılmıştır. Örneğin uluslararası ticaret hukuku veya insan hakları hukuku gibi alanlarda özel nitelikli ve doğrudan o alandaki ihtiyaçlara cevap veren kural ve mekanizmalara ihtiyaç duyulmuştur. Bu gibi alanlardaki düzenlemeler genel uluslararası hukuk düzenlemelerinden ayrıldığı ölçüde otonom nitelik kazanmaktadır. Bu ayrışma hem ilgili uzmanlık alanı ve bu alanın içerdiği görece otonom nitelikteki kurallar bakımından, hem de hukuki kurumlar ve hukuk uygulaması bakımından geçerlidir.<sup>84</sup>

Geleneksel olarak uluslararası hukuk tarafından düzenlendiği kabul edilen “ticaret hukuku”, “insan hakları hukuku”, “çevre hukuku”, “deniz hukuku”, “Avrupa hukuku” ve bu sayılanlardan daha da özel nitelikte sayılan “yatırım hukuku” ve “mülteci hukuku” alanlarının her biri artık kendine ait prensipler ve kurumlara sahip bulunmaktadır ve özel rejimlerin uygulandığı alanlar haline gelmiştir.<sup>85</sup> Esas sorun yaratan husus ise bu alanların özelleşirken, diğer ilgili hukuk alanlarındaki ve genel uluslararası hukuktaki prensiplerin göz ardı edilmesidir.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> **Fragmentation**, para. 8.

<sup>85</sup> **Ibid.**

<sup>86</sup> **Ibid.**

Parçalanma konusu uluslararası hukukta uzun süredir gözlemlenen bir olgu olmakla birlikte, özellikle son on yıldır tartışılmaktadır.<sup>87</sup> Jenks 1953 yılında hukuk yaratan anlaşmalar arasındaki çatışmalardan bahsetmiş ve anlaşmalar ile oluşturulan rejimler arasındaki çatışmaların giderilmesi için iç hukuk sistemleri arasındaki çatışmaların giderilmesine yarayan “kanunlar ihtilafı” kurallarına benzer kurallara uluslararası hukukta da ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir.<sup>88</sup>

Konu 2002’de ILC’nin uzun dönem programına alınmış<sup>89</sup> ve konuyu ele almak için kurulan ve başkanlığını Martti Koskenniemi’nin yaptığı Çalışma Grubu tarafından 2006 yılında “*Uluslararası Hukukun Parçalanması: Uluslararası Hukukun Farklılaşması ve Genişlemesinden Kaynaklanan Zorluklar*” başlıklı bir rapor yayınlanmıştır.<sup>90</sup> Raporda parçalanma konusu hem bir olgu olarak oldukça detaylı bir biçimde ele alınmış; hem de parçalanmanın yol açtığı norm çatışmalarının giderilebilmesi için çözüm önerileri sunulmuştur. Ayrıca Çalışma Grubu’nun konuya ilişkin ulaştığı kırk iki sonuçtan oluşan raporu<sup>91</sup> ILC’nin 2006 yılındaki 58. oturumunda kabul edilerek BM Genel Kurulu’na sunulmuş ve sonuç raporu, dayanağı olan ilk rapor ile birlikte BM Genel Kurulu tarafından dikkate alınmıştır.<sup>92</sup>

Çalışma grubu parçalanmanın yakın zamanda meydana gelen gelişmelerle hız kazandığını kabul etmekle birlikte; bunun uluslararası hukukun daha erken dönemlerinde de var olan parçalanmadan farklı nitelikte olmadığını, dolayısıyla

---

<sup>87</sup>Margaret A. Young, “Fragmentation”, Oxford Bibliographies Online, (Çevrimiçi) <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0113.xml>, 11.1.2019.

<sup>88</sup> C. Wilfried Jenks, “The Conflict of Law Making Treaties”, **British Yearbook of International Law**, vol. 30, 1953, ss. 401-453, s. 405.

<sup>89</sup> Official Records of the General Assembly, UN Doc. A/57/10, para. 492-494.

<sup>90</sup> Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, bkz. yuk. dn. 74’te “**Fragmentation**” olarak kısaltılmıştır.

<sup>91</sup> Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, A/61/10, para. 251; Yearbook of the ILC, 2006, Vol. II, Part Two.

<sup>92</sup> Official Records of the General Assembly, UN Doc. A/RES/61/34.

normların çatışmasına ilişkin uluslararası hukukun geleneksel çözümlerinin günümüzde de geçerli olacağını vurgulamıştır.<sup>93</sup>

Uluslararası hukukta yasama faaliyetini gerçekleştiren kişiler ile ona uyanların aynı kişiler, yani devletler olması devletlerin pek çok anlaşma akdederek farklı uluslararası hukuk kuralları oluşturmalarına imkan sağlamaktadır. Uluslararası hukuk sisteminin bu durumu mümkün kılan yapısı, sistemin parçalanmasına yol açtığı gerekçesiyle eleştirilse de, bu sayede her bir uluslararası hukuk sahasında bağlayıcı hukuk kurallarının oluşturulması açısından dinamik bir ortam sağladığı da göz ardı edilmemelidir.<sup>94</sup>

## B. Bağımsız Rejim Kavramı

“Bağımsız rejim” kavramı yukarıda açıkladığımız parçalanma olgusu ile bağlantılı olup esasen genel uluslararası hukukun uygulanmadığı ya da ancak sınırlı durumlarda uygulandığı birtakım özel hukuk rejimlerinin oluşturulduğu iddiasına dayanmaktadır. Bu özel rejimlerin temelinde genellikle anlaşmalar yer almaktadır.

Ancak uluslararası hukukun en önemli araçlarından birinin anlaşmalar olduğu düşünülecek olursa, bu çok sayıda anlaşmanın ne zaman özel nitelikli bir rejim oluşturduğu söylenebilir?

Bir kural genel sorumluluk kurallarının yalnızca tek bir hükmünü değiştirebileceği gibi; başka kural veya kurallar bir bütün olarak genel sorumluluk hukukunun uygulanmasını dışlayabilir. İlk durumun ILC tarafından *lex specialis*'in zayıf biçimi, ikinci durumun ise güçlü biçimi olarak nitelendirildiği daha önce belirtilmişti. İşte genel sorumluluk hukuku yerine özel bir sistem getirmeyi amaçlayan *lex specialis*'in güçlü biçimi, doktrinde “bağımsız rejimler” olarak adlandırılmaktadır.<sup>95</sup> Doktrinde genelde bağımsız rejim terimi ile kast edilen bu

<sup>93</sup> **Fragmentation**, para. 20, para. 18, para. 7.

<sup>94</sup> Aksar, **Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk**, s. 79.

<sup>95</sup> Simma, Pulkowski, “Self-Contained Regimes”, s. 490.

Aşağıda daha detaylı olarak incelenecek olmakla birlikte bir hususu burada belirtmeyi faydalı görmekteyiz. Uluslararası Sürekli Adalet Divanı ve UAD’ın “bağımsız rejim” terimini kullandığı

olmakla birlikte, ILC Maddeleri'nde yer alan *lex specialis* prensibi hem zayıf hem de güçlü özel normlar bakımından uygulanmaktadır.

Özetle anlaşma hükümleri ile genel sorumluluk kurallarına başvurma ihtiyacı duyulmaksızın, kendi kendine yeten ve sistemli bir bütün oluşturan düzenlemeler getirildiği ölçüde bağımsız (*self-contained*) rejimlerin varlığından söz edilmektedir. Bağımsız rejimler dağınık halde bulunan ve yalnızca belirli noktalarda genel uluslararası hukuktan ayrılan düzenlemeler getiren anlaşmalardan farklı olarak bir alt hukuk sistemi oluşturma iddiasındadırlar.

İnsan hakları hukuku, DTÖ hukuku, Avrupa Birliği Hukuku, insancıl hukuk ve uzay hukuku gibi alanların genel uluslararası hukuk kurallarını değiştirdiği veya genel uluslararası hukuka tâbi olmadıkları gerekçesiyle bu nitelikte oldukları öne sürülmüştür.<sup>96</sup> Eğer bir bağımsız rejim kavramından söz edilebilirse, genel uluslararası hukuktan ayrılan otonom sistemler olduğu savunulabilecek potansiyel adaylar bu hukuk alanlarıdır.<sup>97</sup> Bu alanlarda meydana gelen bir ihlalin hukuki sonuçları özel olarak düzenlenmiştir. Ancak insan hakları hukukunun özel niteliğinin vurgulanmasına karşı çıkan yazarlar da mevcuttur.<sup>98</sup> Yine çevre hukuku ve silahlı çatışmalar hukukunun bağımsız rejim olarak adlandırılması üzerinde de görüş birliği yoktur.<sup>99</sup> Çünkü bunların ne ölçüde anlaşmalar hukuku prensiplerinin uygulama alanı dışında kaldığı kesin değildir.

DTÖ uyuşmazlık çözüm sisteminin ise ihlal veya karşı önlemlere ilişkin DTÖ sistemi dışında tek taraflı bir belirlemeyi dışlaması bakımından bir bağımsız rejim

---

kararlarında, bu ifadeden anlaşılmanın yalnızca sorumluluğa ilişkin ikincil nitelikteki normlardan oluşan anlaşmalar olmadığı, birincil yükümlülükler içeren anlaşmaların da gerekli koşulları sağlıyorsa bağımsız rejim olarak adlandırılabilirliği görülmektedir. Örneğin *Wimbledon* davasında, Versay Anlaşması'nın Kiel Kanalı bakımından getirdiği ve birincil yükümlülükler içeren hukuki rejim bağımsız olarak nitelendirilmiştir. (bkz. The SS 'Wimbledon', United Kingdom and ors v Germany, Judgment, (1923) PCIJ Series A no 1, para. 32)

Ancak doktrinde bu durum kavram karmaşasına yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmekte ve bağımsız rejim kavramının yalnızca özel ikincil normlar getiren rejimleri adlandırmak için kullanılması gerektiği belirtilmektedir.

<sup>96</sup> **Fragmentation**, para. 129.

<sup>97</sup> Simma, Pulkowski, "Self-Contained Regimes", s. 485.

<sup>98</sup> Ian Brownlie, **Principles of Public International Law**, 6th ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, ss. 529-530 .

<sup>99</sup> **Fragmentation**, para. 133.

oluşturduğu belirtilmektedir.<sup>100</sup> Dolayısıyla DTÖ anlaşmalarına genel uluslararası hukukun uygulanmaması gerekir. Ancak DTÖ Uyuşmazlık Çözüm organlarının DTÖ anlaşmalarının yorumlanmasında uluslararası örf ve adet hukuku ile genel hukuk prensiplerinden geniş ölçüde yararlanmış olması sebebiyle, DTÖ anlaşmalarının uluslararası hukuka tamamen kapalı olduğunu savunmak güçtür.<sup>101</sup>

“Bağımsız rejim” kavramına hem Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (“USAD”) hem de UAD kararlarında atıf yapılmıştır: *Wimbledon* davasında Versay Anlaşması ile Kiel Kanalı’ndan geçişe ilişkin getirilen düzenlemeler bu nitelikte görülmüştür. *Tahran’daki Rehineler* davasında ise diplomatik ilişkiler hukukunun haksız eyleme karşı gereken savunma araçlarını kendi bünyesinde barındırdığı, bu nedenle eylemi mazur kılmanın gerekçesi olarak karşı önlemlere başvurulamayacağı belirtilmiş ve diplomatik ilişkiler hukuku bağımsız rejim olarak nitelendirilmiştir.<sup>102</sup>

Ancak burada özel rejimler bakımından karşı önlemlere başvurulamamasının önemli bir istisnasını belirtmek gerekir. Bir görüşe göre bir rejimde ne kadar çok özel norm öngörülmüş olursa olsun, o rejimin hakkın elde edilmesi noktasında başarısız olması halinde ILC Maddeleri’nde düzenlenen ve bir uluslararası hukuk kurumu olan karşı önlemlere başvurma hakkı saklıdır.<sup>103</sup> Buna göre, bir özel rejim kendine ait bazı zorlayıcı mekanizmalar öngördüğünden genel sorumluluk hukukundaki karşı önlemlere başvurulamayacağı kabul edilse de, bu ancak o rejimin etkili biçimde işleyişine bağlıdır. Rejimin başarısızlığı sebebiyle karşı önlemlere başvurmak üç halde mümkündür: Rejimin yetkili uyuşmazlık çözüm organının kararına rağmen yükümlülüğün ihlaline devam edilmesi; yine böyle bir karar olduğu halde zarar gören devletin zararının onarılmaması, savunma amacıyla tek taraflı bir eylemde bulunma zorunluluğunun hasıl olması.<sup>104</sup> Hatta çevre hukuku ve insan hakları hukuku alanında dahi bu durumun bir istisnasının olmadığı; bu alanların konu bakımından taşıdığı hassasiyetin karşı önlem açısından öngörülen “orantılılık” gibi koşulları sayesinde zaten gözetilmiş olduğu belirtilmektedir. Bu görüş kabul edilecek olursa ekonomik

---

<sup>100</sup> **Ibid.**, para. 134.

<sup>101</sup> **Ibid.**

<sup>102</sup> *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I. C. J. Reports 1980, para. 83, 86.

<sup>103</sup> Simma, Pulkowski, “Self-Contained Regimes”, s. 507-512.

<sup>104</sup> **Ibid.**, s. 509.

menfaatlerin söz konusu uluslararası yatırım hukuku alanında sistemin başarısızlığı sebebiyle karşı önlemlere başvurulmasının evleviyetle kabul edileceği açıktır.

Görüldüğü üzere *Wimbledon* davasında USAD bağımsız rejim kavramı aracılığıyla birincil normlardan kaynaklanan yükümlülükler arasındaki ilişkiyi belirlerken, Tahran'daki Rehineler davasında UAD aynı bakış açısını *ikincil normlar* düzeyinde uygulamış ve bu alana aktarmıştır.<sup>105</sup> Dolayısıyla UAD'ın ilgili kararı günümüzde ILC Maddeleri ile temsil edilen genel nitelikli sorumluluk hukuku ile özel sorumluluk rejimleri arasındaki ilişki bakımından öncü niteliktedir. Zaten ILC'nin 55. maddeyi kodlaştırırken *Wimbledon* ve *Tahran'daki Rehineler* kararlarını da dikkate almış olduğu, madde açıklamasında ilgili kararlara yapılan atıftan<sup>106</sup> da anlaşılmaktadır.

Aslında uluslararası hukukta bağımsız rejimler ile genel uluslararası hukuk ayrımının yapılmasının doğruluğu yahut gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda temel iki görüş mevcuttur. Birinci görüş özel anlaşmalar ile oluşturulmak istenen düzeni genel uluslararası hukuka bağlı olan alt sistemler olarak görmektedir. Dolayısıyla uluslararası hukuktan yalıtılmış “bağımsız rejimler”in varlığını reddetmektedirler. Anlaşmalarla bazı özel düzenlemeler getirilmiş ise de arka planda uluslararası hukuk işlemeye devam etmektedir. Dolayısıyla herhangi bir boşluk olması halinde genel kurallar uygulama alanı bulacaktır. Yalnızca taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmış ise genel kuralların devre dışı kalacağı kabul edilmektedir.

İkinci görüş ise bağımsız rejimleri genel uluslararası hukukun devre dışı bırakıldığı ayrı hukuk sistemleri olarak görmektedir. Bunların “eksiksiz” bir rejim oluşturduğu varsayıldığından, genel kurallara başvurulması arzu edilen bir uygulama olmayıp ancak bir aciliyetin gereği olabilir.<sup>107</sup> Dolayısıyla bu halde anlaşmanın düzenlemediği bir konu boşluk biçiminde yorumlanamayacaktır. Bağımsız rejimin tespiti halde, bağımsız rejimi oluşturan anlaşmalarda öngörülenler dışında genel kurallara başvurularak bir hak öne sürülemeyecektir. Çünkü bağımsız rejimin var ediliş amacı, genel uluslararası hukuk dışında bir alt hukuk sistemi oluşturmaktır.

<sup>105</sup> Simma, Pulkowski, “Leges-Speciales”, s. 142.

<sup>106</sup> **ILC Commentaries**, Art. 55, para. 5.

<sup>107</sup> Simma, Pulkowski, “Leges-Speciales”, s. 148.

ILC'nin benimsediği görüşün birincisi olduğunu söylemek mümkündür. ILC parçalanma olgusunu ve bundan kaynaklanan sorunlara ilişkin çözümleri ele alırken, bir kavramsal çerçeveden hareket etmiştir. Bu çerçeveyi 1969 Viyana Sözleşmesi sağlamaktadır. Tüm özel rejimler bakımından ortak olan husus bunların bağlayıcı gücünü anlaşmalar hukukundan almakta olduğudur.<sup>108</sup>

Gerçekten de bağımsız rejim olarak adlandırılan kurallar bütünü, uluslararası anlaşmalar ile vücuda getirilmektedir. Uluslararası anlaşmalar ise yapılışı, geçersizliği, sona ermesi gibi konular bakımından 1969 Viyana Sözleşmesi tarafından düzenlenen ve uluslararası hukuka tâbi olan vasıtalaradır. Diğer bir deyişle, bunlar var oluşları bakımından bir boşlukta yer almamakta ve uluslararası hukuk sahasında bir mevcudiyet ve anlam kazanmaktadır. Doğal olarak anlaşmada bir boşluk olması halinde başvurulacak kaynak uluslararası hukuk olduğu gibi, anlaşmanın yorumu için de uluslararası hukukun yorum kurallarına başvurmak gerekecektir. Özetle, bağımsız rejimler olarak adlandırılan normların bütünüyle uluslararası hukuktan yalıtılması imkansızdır.<sup>109</sup>

İkinci olarak uluslararası hukuk doğası gereği en başından beri birbiriyle çatışan kuralların kabul edilebildiği bir alan olmuştur. Bu çatışmalar için öngörülen *lex specialis*, *lex posterior*, sistematik entegrasyon gibi çözüm yolları bağımsız rejimler olarak adlandırılan sorumluluk türlerine de uygulanabilir. Bağımsız rejim ayrımı yapılarak bunların genel uluslararası hukuktan yalıtılmasına çalışmak ILC tarafından da ortaya konulduğu üzere mümkün görünmemektedir.

ILC Maddeleri'ne dönecek olursak, ne *lex specialis* prensibine ilişkin 55. maddede, ne madde açıklamalarında ne de özel raportörlerin raporlarında bağımsız rejimlerin bütünüyle genel uluslararası hukuktan yalıtılmış olduğu fikri mevcuttur. 55. maddede açıkça ILC Maddeleri'nin konunun özel kurallar tarafından *düzenlendiği ölçüde* uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Daha önce belirtildiği üzere geriye kalan kısım açısından ILC Maddeleri yine uygulama alanı bulacaktır. Ancak "bağımsız rejim" kavramı ilgili sistemin genel uluslararası hukuktan izolasyonuna

---

<sup>108</sup> **Fragmentation**, para. 17.

<sup>109</sup> Simma, Pulkowski, "Leges-Speciales", s. 143.

atıf yapmaktadır. Dolayısıyla “bağımsız rejim” kavramının *yanıltıcı* olduğu, bunun yerine “*özel rejim*” ifadesinin tercih edilmesinin daha yerinde olacağı ifade edilmektedir.<sup>110</sup>

Özetle parçalanmadan kaynaklanan sorunların, genel uluslararası hukuktaki “normların çatışması” durumundan farkı yoktur. ILC parçalanmaya ilişkin raporunda bu çatışmanın giderilmesi için *lex specialis*, *lex posterior*, uluslararası hukuk kuralları arasında hiyerarşi ve sistematik entegrasyon olarak başlıklandığı tekniklerin kullanılmasını önermiştir.<sup>111</sup> Bu teknikler hem anlaşmalar arasındaki çatışmaların giderilmesi, hem de bir anlaşma hükmü ile bir örf ve adet hukuku kuralı veya genel hukuk prensibi arasındaki çatışmanın giderilmesi için uygulanabilecektir. Daha etkili ve kapsamlı bir çözüm yöntemi olarak ise, farklı alanlardaki anlaşma rejimleri arasında ortaya çıkabilecek çatışmaları önleyici bir uluslararası anayasa hukuku mekanizması oluşturulması önerilmiştir.<sup>112</sup>

Konumuz bakımından değerlendirme yapılacak olursa, ILC Maddeleri zaten başka bir norm ile çatışma halinde uygulanacak prensip olarak *lex specialis*'i belirlemiştir. Dolayısıyla ILC Maddeleri ile aynı konuları düzenleyen anlaşma hükümleri karşısında *lex specialis* prensibine uygun bir çözüm aramak gerekir.

### **C. Uluslararası Yatırım Hukukunun Bağımsız Bir Rejim Olup Olmadığı Meselesi (Özel Bir Sorumluluk Rejimi Olarak Uluslararası Yatırım Hukuku)**

Uluslararası yatırım hukuku bağımsız rejim olarak kabul edilmemektedir.<sup>113</sup> Öncelikle uluslararası yatırım hukukunu iki taraflı yatırım anlaşmaları ve yabancı yatırımcıların korunmasına ilişkin kısımlar da içeren Kuzey Amerika Serbest Ticaret

<sup>110</sup> **Fragmentation**, para. 152 (5)

<sup>111</sup> ILC tarafından önerilen çözüm yollarının ilgili rapor çerçevesinde ele alındığı bir çalışma için bkz. Talat Kaya, “Uluslararası Hukuk Bölünüyor mu? Uluslararası Hukukun Genişlemesi ve Farklılaşmasından Kaynaklanan Zorluklar”, **AÜHFD**, 2012, Vol. 61, no. 1, ss. 149-173.

<sup>112</sup> Aksar, **Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk**, s. 79.

<sup>113</sup> Bruno Simma, Dirk Pulkowski, “Two Worlds, but Not Apart: International Investment Law and General International Law”, **International Investment Law: A Handbook**, ed. By Marc Bungenberg, Nomos/Hart, 2015, ss. 361-371, s. 361. (Bundan sonra “Two Worlds”)



Anlaşması (*North American Free Trade Agreement – “NAFTA”*)<sup>114</sup> ve Enerji Şartı Sözleşmesi gibi çok taraflı anlaşmalar oluşturmaktadır. Benzer hükümler taşıyan bu anlaşmalara bakıldığında, sorumluluğun kaynağı veya sonucu gibi konuları sistematik biçimde düzenleyen hukuki bir rejim özellikleri göstermediği görülür. Yani uluslararası yatırım hukukunun kaynakları özel nitelikte ikincil normlardan oluşan özel bir sorumluluk rejimi sayılabilecek nitelikte değildir.

Yukarıda uluslararası hukukun parçalanması fenomeninin kurumsal ve normatif boyutundan söz edilmişti. Uluslararası yatırım hukuku kurumsallaşma bakımından, bağımsız rejim özelliği gösterdikleri ileri sürülen Avrupa Birliği hukuku ve uluslararası ticaret hukukunun gerisinde kalmıştır. Yatırım hukukunda çoğu halde “Avrupa Komisyonu” veya “DTÖ Sekreteryası” gibi kurumlara rastlanmadığı gibi, Enerji Şartı Sözleşmesi ve NAFTA çerçevesinde oluşturulan daimi kurumların da hukukun esasını şekillendirmeye ilişkin rolü sınırlıdır.<sup>115</sup>

<sup>114</sup> 12 Ağustos 1992 tarihinde ABD, Kanada ve Meksika devletleri arasında akdedilen ve 1 Ocak 1994’te yürürlüğe giren NAFTA’nın orijinal metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement>, 22.04.2019.

30 Kasım 2018 tarihi itibarıyla ABD, Kanada ve Meksika arasında NAFTA’nın yerini almak üzere yeni bir anlaşma akdedilmiş bulunmaktadır: *Agreement between Canada, the United States of America, and the United Mexican States (“CUSMA”)* bkz. (Çevrimiçi) <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=eng>, 22.04.2019. CUSMA 30 Kasım 2018 tarihli üç maddelik bir Protokol’ün eki olarak kabul edilmiştir. İlgili Protokol hükümlerine göre, Protokol’ün yürürlüğe girmesi ile birlikte CUSMA tarafından NAFTA’ya atıf yapılan hükümler hariç olmak üzere, CUSMA, NAFTA’yı ilga edecektir. (madde 1) Protokol ve ekinde yer alan CUSMA, anlaşma taraflarının iç prosedürlerini tamamladığını bildiren son yazılı bildirim alındığı tarihi izleyen üçüncü ayın ilk günü yürürlüğe girecektir. (madde 2) İlgili Protokol yukarıda belirtilen internet adresinde yer almakta olup, orijinal adı şu şekildedir: “*Protocol Replacing the North American Free Trade Agreement with the Agreement between Canada, the United States of America, and the United Mexican States*”. CUSMA’nın ABD Başkanı Donald Trump’ın NAFTA’nın adil olmadığı gerekçesiyle değiştirilmesini ve onun yerini alacak yeni bir anlaşma imzalanmasını talep etmesi üzerine akdedildiği, 2019 yılının ikinci yarısında yürürlüğe girmesinin beklendiği belirtilmektedir. Ayrıca CUSMA, NAFTA’nın temel yapısını korumakla birlikte; fikri mülkiyet hakları ve elektronik ticaret alanında bazı yeni tedbirler eklemektedir. Bkz. (Çevrimiçi) <https://ticaret.gov.tr/yurtdisiteksilati/kuzey-amerika/kanada/ulke-profil/dis-ticaret-politikasi-ve-vergiler>, 22.04.2019. Diğer yandan NAFTA’nın 11. Bölümünde düzenlenen “yatırım” konusuna CUSMA’nın 14. bölümünde yer verilmiştir. NAFTA’nın 11. bölümünde yer alan yatırımcı-devlet tahkimi mekanizması, CUSMA ile ABD ve Kanada ile bu devletlerin uyruğundaki yatırımcılar arasındaki uyumsuzluklar bakımından ortadan kaldırılmıştır. Diğer yandan CUSMA’nın yürürlüğe girmesi ve bununla birlikte NAFTA’nın sona ermesinden itibaren 3 yıllık bir süre boyunca, NAFTA 11. bölüm uyarınca yatırımcı-devlet tahkimi mekanizmasına başvurma imkanı öngörülmüştür. (Bkz. CUSMA Ek 14-C)

<sup>115</sup> Simma, Pulkowski, “Two Worlds”, s. 362.

Normatif bakımdan ise uluslararası yatırım hukukunun kaynakları olan anlaşmalar, ne kendine has yorum kuralları içermekte ne de örneğin eylemin devlete atfedilmesine ilişkin özel düzenlemeler öngörmektedir. Pek çok noktada uluslararası hukuka başvurulmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Örneğin anlaşmaların yorumlanması noktasında 1969 Viyana Sözleşmesi md. 31 ve 32'ye başvurulurken, atfedilme konusunda ILC Maddeleri'nde yer alan kuralların büyük bir ağırlığı bulunmaktadır. Genel uluslararası hukuka başvurma ihtiyacı bulunduğu ölçüde, kendi kendine yeten ve kapalı bir bağımsız rejimden söz edilmesi zorlaşmaktadır.

Yatırım hukukunun uluslararası hukuktan bağımsız olmadığı ve onun bir parçasını oluşturduğu, uluslararası hakem mahkemeleri tarafından da kabul edilmiştir. Örneğin ICSID önündeki ilk anlaşma-temelli yargılama olan *AAPL v Sri Lanka* davasında söz konusu iki taraflı yatırım anlaşmasının kapalı ve bağımsız<sup>116</sup> bir hukuk sistemi oluşturmadığı, zımni olarak veya doğrudan belirli kurallara atıf yapılması yoluyla uluslararası hukuk ve iç hukuk kuralları gibi diğer kaynakların da eklendiği daha geniş bir hukuki bağlamda düşünülmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>117</sup> *Phoenix v Czech Republic* davasında da uluslararası yatırım hukukunun uluslararası hukuk ve uluslararası hukukun genel prensiplerinden yalıtılmış şekilde yorumlanamayacağı belirtilmiştir.<sup>118</sup>

Uluslararası yatırım hukukunun bağımsız rejim niteliği taşıması, ILC Maddeleri'ne sıklıkla başvurulmasının nedenini de açıklamaktadır. Yatırım anlaşmaları hemen her konuyu detaylıca düzenleme iddiasından uzak, çoğu konunun doğrudan uluslararası hukuka veya ev sahibi devlet hukukuna bırakıldığı vasıtalarlardır. Bağımsız rejimler tamamen olmasa da büyük ölçüde kapalı ve özel sorumluluk rejimleri olarak düşünülecek olursa, yatırım hukukunun bu nitelikte olduğunu söylemek çok zordur. Bu sebeple, yani özel sorumluluk kurallarının eksikliği nedeniyle genel sorumluluk hukuku yani ILC Maddeleri uygulama alanı bulmaktadır. Yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarını gören hakem heyetleri rutin olarak

---

<sup>116</sup> Hakem mahkemesi "self-contained" ifadesini kullanmıştır.

<sup>117</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990, para. 21.

<sup>118</sup> *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 78.

ILC Maddeleri'ne başvurmaktadır. Özellikle atfedilmeye ilişkin uygulanacak kuralların içeriği konusunda taraflar arasında hemen hiç tartışma bulunmamakta, uyuşmazlık noktası somut olaydaki vakıalar (ilgili varlığın kuralda aranan özellikleri taşıyıp taşımadığı gibi) olmaktadır.<sup>119</sup>

## **VI. ILC Maddeleri ve Uluslararası Yatırım Anlaşmaları**

### **A. Genel Olarak**

ILC Maddeleri ile uluslararası yatırım anlaşmaları arasındaki ilişki *lex specialis* prensibi ile düzenlenmekle birlikte bir anlaşma hükmünün her halde ILC Maddeleri karşısında özel düzenleme sayılacağını söylemek mümkün değildir. Bu tespit, özel bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Yatırım anlaşmasında yer alan bir hüküm ile ILC Maddeleri'nin aynı konuyu düzenlemeleri halinde anlaşma hükmünün ILC Maddeleri'ni dışarıda bırakmak amacıyla mı düzenlendiği, yoksa ILC Maddeleri'nin yeniden ifadesi mi olduğunun belirlenmesi önem arz eder. Bu belirlemenin yapılabilmesi için ise anlaşmanın uluslararası hukukta anlaşmaların yorumlanmasına ilişkin prensipler uyarınca yorumlanması gerekecektir.

### **B. Yatırım Anlaşmasındaki Sessizliğin Boşluk Anlamına Gelip Gelmediği Meselesi**

Diğer bir olasılık ise yatırım anlaşmasının belirli bir konu hakkında düzenleme içermemesi yani sessiz kalmasıdır. Bu takdirde sessizliğin nasıl yorumlanması gerektiği meselesi ortaya çıkmaktadır. Acaba bu sessizlik anlaşma ile düzenlenmeyen hususlarda bir boşluk (*gap*) bulunduğu, dolayısıyla örf ve adet hukukunu içeren ILC Maddeleri'nin uygulama alanı bulacağı biçiminde mi, yoksa tam tersine sessiz kalınan noktalarda çözümün anlaşma dışında bir yerde

---

<sup>119</sup> Simma, Pulkowski, "Two Worlds", s. 364.

aranamayacağı, yani ILC Maddeleri'nin uygulanamayacağı biçiminde mi yorumlanmalıdır?

Bu konuda ILC Maddeleri, md. 55'te benimsenen yaklaşım bir konunun anlaşma ile düzenlenmediği ölçüde ILC Maddeleri'nin uygulanacağı olsa da, bu ancak tarafların aksi niyette olmamasına bağlıdır. Tarafların *jus cogens* normlara aykırı olmamak kaydıyla istedikleri biçimde anlaşma akdedebilecekleri göz önünde bulundurulduğunda, ILC Maddeleri'nin uygulamasını da kısmen veya bir bütün olarak dışarıda bırakabilecekleri de açıktır. Dolayısıyla eğer tarafların anlaşmada o konuyu özellikle düzenlemediği ve bunu genel sorumluluk kurallarını devre dışı bırakmak amacıyla yaptıkları anlaşılıyorsa ILC Maddeleri uygulama alanı bulamayacaktır. Ancak anlaşmadaki sessizlik gerçek bir boşluk oluşturuyor ise, bu boşluğun genel kurallara yani ILC Maddeleri'ne başvurulması giderilmesi gerekecektir.

Özetlemek gerekirse, ana kural ILC Maddeleri'nin anlaşmada düzenlenmeyen konulara uygulanmasıdır. Bunun tersi, ancak tarafların aksi niyette olduklarının kanıtlanması ile mümkündür.

### **C. Gerçek Norm Çatışmasının Anlamı**

Uluslararası hukukta “normların çatışmasına karşı güçlü bir varsayım” olduğu kabul edilmektedir. Bu, şu anlama gelir: Uluslararası hukukta tarafların aynı konuyu farklı düzenlemelerle ele alabilecekleri, bu farklı düzenlemelerin aynı konunun farklı yönlerine ilişkin olabileceği ve bu nedenle her zaman bunlar arasında bir çatışma olduğu anlamına gelmeyeceği, tarafların çatışan normlar getirmek istemedikleri karine olarak kabul edildiğinden farklı iki normu bağdaştıran anlamın benimsenmesi gerektiği. Bu anlayışın doğal sonucu norm çatışmasının yalnızca sınırlı hallerde varlığını kabul eden dar bir tanımının kabul edilmesidir. Gerçekten de uluslararası hukuk kaynaklarının iç hukuklardan farklı olarak tek bir kanun yapıcının elinden çıkmaması ve devletlerin tarafları birbirinden farklı birçok anlaşma akdedebilmesi

nedeniyle norm çatışması kaçınılmazdır.<sup>120</sup> Ayrıca *lex specialis* prensibinin uygulanabilmesi için de ortada gerçek bir norm çatışmasının bulunması gerekir. Ancak norm çatışması hiçbir uluslararası hukuk belgesinde tanımlanmış değildir ve hangi durumlarda normların çatıştığının kabul edileceği yönünde de bir görüş birliği yoktur.

Norm çatışması kavramının birbirinden farklı birçok tanımı yapılmıştır.<sup>121</sup> Ancak bu farklı tanımların iki ana başlık altında toplandığı söylenebilir: Birinci görüş, yukarıda belirtilen ve ancak bir normda yer alan yükümlülüğe uyulmasının diğer normda yer alan yükümlülüğün ihlali anlamına geldiği durumlarda normların çatıştığını kabul eden dar yorumdur. Yani bu yoruma göre yalnızca yükümlülük getirici nitelikteki normlar birbiriyle çatışabilir. İkincisi ise, geniş yorum olup yükümlülük getiren, hak tanıyan, istisna getiren ve benzeri nitelikteki normların da birbiriyle çatışabileceğini kabul etmektedir. Bu anlayış, tarafların çatışan normlar getirmek istemeyecekleri varsayımına karşı çıkmaktadır.

Kanaatimizce normların çatışmasına karşı varsayım her ikisi de kaynağını anlaşmadan normlar bakımından kabul edilebilir olmakla birlikte, örf ve adet hukuku kaynaklı bir norm ile anlaşmadan kaynaklanan normun farklı düzenlemeler getirmesi karşısında kabulü zor bir varsayımdır. Kendi iradesi ile bir anlaşmaya taraf olan devletin daha sonra bu anlaşmaya aykırı başka düzenlemeler kabul etmeyeceği varsayımındaki mantık; çoğu zaman bazı devletlerin, yaratılmasına pozitif bir edim ile katkıda bulunmadıkları, ancak karşı çıkmayarak varlığını kabul ettikleri örf ve adet hukuku kuralına aykırı düzenlemede bulunmayacaklarının varsayılmasında mevcut değildir. Elbette, varsayım bir karineyi temsil etmektedir ve aksi ispatlanabilir. Ancak bu karine bir mantıksal çıkarıma dayanmalı ve karinenin çürütülmesi yükümlülüğü getirilerek tarafların irade serbestisinin sınırlanması anlamına da gelmemelidir. Belirttiğimiz üzere tarafların mevcut örf ve hukuku kuralına aykırı düzenleme getirmeyeceği varsayımı uluslararası uygulamadaki gerçeklik ile uyuşmamaktadır.

<sup>120</sup> Jenks, "The Conflict of Law-Making Treaties", s. 403.

<sup>121</sup> Norm çatışmasını geniş ve dar biçimde tanımlayan farklı yaklaşımlar hakkında bkz. Nazmi Tolga Tuncer, "The Definition of Norm Conflict in Public International Law: The Case of World Trade Organization Law", **Ankara Law Review**, Vol. IX, No.1, 2012, ss. 27-52, s. 32 vd.

Ancak bunun aksi bir varsayımın kabulü için de bir sebep bulunmadığı kanısındayız. Yani, mevcut örf ve adet hukuku kuralı ile açık bir biçimde çatışmayan ancak farklılık arz eden her düzenlemenin de örf ve adet hukuku kuralını devre dışı bırakmak amacı taşıdığı varsayılmamalıdır. Bu halde başvurulacak en doğru kaynak anlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kurallar olup, tarafların o düzenlemeyi getirirken taşıdıkları maksat bu biçimde açığa kavuşturulabilecektir.

Norm çatışması bahsinde bir varsayımdan daha söz etmek gerekir. Schreuer'e göre olağanüstü durumlara ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, iki taraflı yatırım anlaşmalarında örf ve adet hukukundaki mevcut korumadan daha aşağı düzeyde bir koruma sağlamanın amaçlanmayacağı varsayılmalıdır.<sup>122</sup> Tarafların bunun aksini istemelerinin sıradışı bir durum olması sebebiyle, bu durumun mutlaka anlaşmada açıkça ifade edilmiş olması gerekir.<sup>123</sup> Yazar, bu görüşünü herhangi bir hukuk kuralına dayandırmamakla birlikte, gerçekten de tarafların mevcut olan uluslararası korumadan daha aşağı düzeyde bir koruma istemeyecekleri maddi gerçekliğe uygun olabilir. Ancak bu halde de bir ön kabulden hareket etmektense, anlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kurallara başvurularak tarafların gerçek iradesinin ortaya çıkarılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca Schreuer, ABD'nin Arjantin ile akdettiği iki taraflı yatırım anlaşması md. XI hükmünü onayladığı sıradaki niyetinin mevcut örf ve adet hukuku standardının yansıtılması olduğunu belirtmektedir.<sup>124</sup>

#### **D. Uygulamada ILC Maddeleri ve Yatırım Anlaşması İlişisine Farklı Yaklaşımlar: ICSID Önünde Arjantin'e Karşı Açılan Zaruret Haline İlişkin Tahkim Davalarında Verilen Kararlar**

---

<sup>122</sup> Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, **Principles of International Investment Law**, 2nd ed., United Kingdom, Oxford University Press, 2012, s. 188.

<sup>123</sup> **Ibid.**

<sup>124</sup> **Ibid.**, s. 189.

## 1. ICSID Önünde Arjantin'e Karşı Açılan Zaruret Haline İlişkin Tahkim Davalarında Verilen Kararlar

Yatırım hukuku uygulamasında hakem heyetlerinin ILC Maddeleri ile yatırım anlaşmaları arasındaki ilişkiye, daha somut biçimde ifade edilecek olursa bu ikisi arasında *lex specialis* prensibinin nasıl uygulanacağına ilişkin benimsediği farklı yaklaşımlar doğrudan davaların sonucuna, devletin belirli eylemleri nedeniyle sorumlu tutulup tutulmayacağına etki etmiştir. Bu durumun en açık biçimde ortaya çıktığı ve bu nedenle doktrinde tartışmalara yol açan hakemlik uygulamaları, ABD'li yatırımcıların Arjantin'e karşı ABD-Arjantin İki Taraflı Yatırım Anlaşması'na<sup>125</sup> ("AAYA") dayanarak açmış oldukları davalardır.

Arjantin'in 2001-2002 yıllarında karşı karşıya kalmış olduğu ekonomik kriz ve bu krizle baş etmek için aldığı önlemler yabancı yatırımcıların menfaatlerini de etkilemiş ve yatırımcılar bu önlemlerin yatırım anlaşmasının ihlaline yol açtığını öne sürerek konuyu ICSID önüne taşımıştır. Özellikle ABD'li yatırımcılar tarafından açılan tahkim davalarının öne çıkmasının nedeni aynı vakıalara ve aynı uygulanacak hukuk kurallarına rağmen Arjantin'in sorumluluğuna ilişkin varılan farklı sonuçlardır. Bu durumun önemli bir nedeni hakem heyetlerinin uluslararası anlaşma ile örf ve adet hukuku kuralları arasındaki ilişkiyi birbirinden farklı biçimde yorumlamış olmalarıdır.

Arjantin, ekonomik kriz sırasında aldığı önlemlerin zaruret hali oluşturduğunu öne sürmüştür. Hakem heyetinin önünde bu meseleye uygulanabilecek iki uluslararası hukuk kuralı vardır: Bunlar, görülen tahkim davalarının dayanağı olan AAYA XI. maddesi ile ILC Maddeleri'nin 25.sinde düzenlenen zaruret halidir.

AAYA'nın XI. maddesi şu şekildedir:

"Bu Anlaşma, her iki Tarafın kamu düzeninin korunması, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ve yeniden inşasına ilişkin yükümlülüklerinin yerine getirilmesi

<sup>125</sup> ABD ve Arjantin arasında 14 Kasım 1991 tarihinde imzalanan ve 20 Ekim 1994'te yürürlüğe giren iki taraflı yatırım anlaşması metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/127>, 17.05.2019.

veya kendi temel güvenlik çıkarlarının korunması için gereken önlemleri uygulamasını engellemez.”<sup>126</sup>

ILC Maddeleri'nin zaruret haline ilişkin düzenlemesi şu şekildedir:

## **Madde 25**

### **Zaruret Hali**

1. Zaruret hali, bir devlet tarafından o devletin uluslararası yükümlülüğü ile uyuşmayan bir eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmak için eylem şu şartları taşımadıkça bir gerekçe olarak öne sürülemez:

(a) Bir devlet tarafından ağır ve yakın tehlikeye karşı esaslı bir menfaati korumanın tek yolu olmalı, ve

(b) Yükümlülüğün kendilerine karşı olduğu devlet ya da devletlerin ya da uluslararası toplumun bir bütün olarak esaslı bir menfaatini ciddi olarak zedelememelidir.

2. Her halükarda

(a) Eğer söz konusu uluslararası yükümlülük zaruret halinin öne sürülmesi olasılığını dışlıyorsa, veya devlet zaruret hali durumuna katkıda bulunmuşsa,

zaruret hali hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir gerekçe olarak öne sürülemez.

Anlaşma'nın XI. maddesi Arjantin açısından ILC Maddeleri, md. 25'e kıyasen daha lehe bir düzenlemedir. Çünkü ILC Maddeleri'nde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal olarak zaruret haline başvurulabilmesi son derece ağır koşulların yerine getirilmesine bağlanmıştır. Oysa, Anlaşma'nın daha genel bir biçimde kaleme alınmış olan XI. maddesi devletin kamu düzeni veya barış ve güvenliğin bozulması tehlikesine karşı bu kısıtlayıcı koşullarla ilgili bir belirleme yapmamış, aynı şekilde hükmün uygulanması için farklı koşullar da öngörmemiştir. Dolayısıyla hakem heyetlerinin bu kuralların uygulanması konusunda yapacağı yorum kritik önemdedir.

<sup>126</sup> Anlaşmanın orijinal İngilizce metninde yer alan ifade şöyledir:

“*This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.*”



Söz konusu tahkim davalarında soru şudur: Acaba anlaşmanın XI. maddesi örf ve adet hukuku kuralı olan zaruret halini içermekte midir; yoksa yatırımcıya örf ve adet hukukunda öngörülen korumadan düşük düzeyde bir koruma öngören bağımsız bir düzenleme olarak mı kabul edilmelidir?<sup>127</sup>

*CMS v Argentine*<sup>128</sup>, *Enron v Argentine*<sup>129</sup> ve *Sempra v Argentine*<sup>130</sup> kararları uluslararası yatırım anlaşması ile örf ve adet hukuku arasındaki ilişkiye bakış açısından ortak bir yaklaşımı temsil etmektedirler. Bu üç karar açısından da sonucu belirleyici olan kural ILC Maddeleri, md. 25 hükmü, yani örf ve adet hukuku kuralı olmuştur. Bunun nedeni hakem heyetlerinin anlaşmanın XI. maddesini çok soyut ve genel bulmaları, bu kuralın örf ve adet hukukundaki zaruret hali ile birlikte değerlendirilerek somutlaştırılması gerektiğini düşünmeleridir. Sonuç olarak XI. maddede zaruret haline başvurulabilmesi açısından somut koşullar öngörülmediğinden, belirleyici olan ILC Maddeleri, md. 25 olmuştur. Yani hakem heyetleri yukarıdaki soruya anlaşmanın XI. maddesinin örf ve adet hukuku kuralı olan zaruret halini içerdiği yanıtını vermiş olmaktadır. Bu davalarda Arjantin'in zaruret hali savunması kabul görmemiştir.

*CMS v Argentine* kararında hakem mahkemesi ILC Maddeleri ile anlaşmanın XI. maddesi arasındaki ilişkiye dair teorik bir değerlendirme yapmamakla birlikte, davalı Arjantin'in zaruret hali savunmasını hem örf ve adet hukuku kuralları hem de anlaşma hükümlerine dayandırdığını; ve bunu yaparak uluslararası hukukun *tek bir temel meselesini* gündeme getirdiği yorumunda bulunmuştur.<sup>131</sup> Bu ifadeden hakem mahkemesinin ilgili normların aynı konuyu düzenlediği yorumunu yaptığı anlaşılmaktadır.

Bu belirlemeden sonra zaruret hali meselesine ilk olarak örf ve adet hukukunu uygulamıştır. Hakem mahkemesine göre ILC Maddeleri, md. 25 zaruret hali

---

<sup>127</sup> Dolzer, Schreuer, **Principles of International Investment Law**, s. 189.

<sup>128</sup> *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005.

<sup>129</sup> *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007.

<sup>130</sup> *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007.

<sup>131</sup> *CMS v Argentine*, Award, para. 307.

meselesine ilişkin uluslararası örf ve adet hukukunu yansıtmaktadır.<sup>132</sup> Daha sonra olayın koşullarını md. 25 çerçevesinde incelemeye geçerek, Arjantin'in karşı karşıya kaldığı ekonomik krizin md. 25'te aranan şartları karşılayıp karşılamadığını değerlendirmiştir.<sup>133</sup> 25. Maddede aranan ağır koşullar göz önünde bulundurulacak olursa, şaşırtıcı olmayan bir biçimde Arjantin'in md. 25 uyarınca zaruret hali içerisinde bulunmadığı sonucuna varılmıştır.<sup>134</sup>

Sonraki adımda zaruret hali veya olağanüstü halin yalnızca örf ve adet hukuku tarafından düzenlenmediğini belirten hakem heyeti, anlaşmanın belirli hükümlerinin de aynı konuyla ilgilendiğini ifade etmiştir. Konuyu bu kez anlaşma hükümleri uyarınca ele alan mahkeme, Arjantin'in yaşadığı ekonomik krizin ağırlığını ve gerçek bir çöküş niteliği taşıyıp taşımadığını değerlendirirken md. 25'ten ödünç aldığı bazı kavramlara, örneğin diğer devletlerin “*esashi menfaat*”lerinin zarar görüp görmediği meselesine<sup>135</sup> veya ekonomik zaruretin Arjantin'in *esashi bir menfaati* sayılıp sayılamayacağına<sup>136</sup> değinmiştir. Bu kavramların yukarıda metni verilen AAYA'nın XI maddesinde yer almadığını belirtmek gerekir. Yani mahkeme md. XI'in uygulanma koşullarına ilişkin sessizliği, örf ve adet hukukunda aranan bazı koşullar ile doldurmuştur. Yine ekonomik krizin md. XI çerçevesinde kamu düzenini veya temel güvenlik çıkarlarını tehdit eden durumlardan biri sayılıp sayılamayacağını değerlendirirken, uluslararası örf ve adet hukukuna atıf yapmıştır.<sup>137</sup>

Tüm bu değerlendirmeler *CMS v. Argentine* kararında hakem heyetinin zaruret haline ilişkin kararını ağırlıklı olarak örf ve adet hukukuna dayandırdığını ve ilgili anlaşma hükmünü md. 25'te aranan bazı koşullar çerçevesinde ve md. 25'te yer alan bazı kavramlar ışığında uyguladığını göstermektedir.

---

<sup>132</sup> **Ibid.**, para. 315.

<sup>133</sup> Hakem mahkemesinin zaruret halinin esasına ilişkin incelemeleri, aşağıda zaruret hali başlığı altında incelenecek olup, burada yalnızca mahkemenin benimsediği teorik yaklaşımı yansıtan değerlendirmelerine yer verilecektir.

<sup>134</sup> *CMS v Argentine*, Award, para. 331.

<sup>135</sup> **Ibid.**, para. 357-358.

<sup>136</sup> **Ibid.**, para. 359-361.

<sup>137</sup> **Ibid.**, para. 359.

Arjantin, diğer başka sebepler yanında davayı görürken hakem heyetinin hem yetkisini aştığı hem de kararının gerekçelerini ortaya koyamadığını iddia ederek *CMS v. Argentine* kararının iptalini talep etmiştir.<sup>138</sup> İptal Komitesi, *CMS v Argentine* kararında, hakem mahkemesinin md. XI’i açıkça örf ve adet hukuku ışığında yorumlandığını ve örf ve adet hukukundaki koşullar karşılanmadığı takdirde anlaşmanın XI. maddesine dayanan savunmanın da aynı şekilde reddedileceğinin anlaşıldığını belirtmiştir.<sup>139</sup>

İptal Komitesine göre madde XI ve madde 25 esas bakımından birbirinden farklıdır. Birincisi kamu düzeninin sağlanması ve temel güvenlik çıkarlarının korunması için gereken önlemlere ilişkin olup bu önlemler ile ilgili herhangi bir belirleme yapmamıştır. İkincisinde ise zaruret haline başvurabilmek için dört koşul öngörülmüştür. Dolayısıyla md. XI’in uygulanması için gereken koşullar ile md. 25’te öngörülen koşullar birbirinin aynısı değildir. İkisini aynı bağlamda değerlendirerek mahkeme açık bir hukuk hatası yapmıştır.<sup>140</sup> Mahkemenin bunlar arasındaki ilişkiyi tespit etmesi gerekirken, hiçbir değerlendirme yapmaksızın ikisini aynı temelde değerlendirmesi de bir hukuki hata olarak değerlendirilmiştir.<sup>141</sup>

İptal Komitesi madde XI’in, madde 25’e göre *lex specialis* nitelikte olduğunu ve meseleye madde XI’in uygulanması gerektiğini, madde 25’in ancak ikincil (tamamlayıcı) olarak uygulanabileceğini belirtmiştir.<sup>142</sup> Ayrıca İptal Komitesi’nin yaptığı teorik değerlendirme şu şekildedir: Madde XI birincil nitelikte bir norm olup, mahkemenin madde XI’in uygulanmasına karar vermesi halinde anlaşmanın

---

<sup>138</sup> ICSID hakem mahkemesi kararlarına karşı yerel mahkemelerde iptal davası açılmamaktadır ve kararların temyizi mümkün değildir. Bkz. İlhan Yılmaz, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, İstanbul, Beta Yay., 2004, s. 43. Ancak uyuşmazlığın taraflarından her biri sınırlı sebeplerle kararın iptalini talep edebilir. Bu sınırlı sebepler ICSID Sözleşmesi 52. maddesinde düzenlenmiş olup şunlardır:

- a. Heyetin uygun bir şekilde oluşturulmadığı,
- b. Heyetin yetkisi dahilinde olmayan bir konuda karar verdiği,
- c. Heyet üyelerinden birinin yolsuzluğu karıştığı,
- d. Mahkemenin temel kurallarından bir sapma olduğu,
- e. Kararın gerekçelerinin ortaya konmadığı.

<sup>139</sup> *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine*, ICSID Case No.ARB/01/8, Decision on Annulment, 25 September 2007, para. 124-125.

<sup>140</sup> *Ibid.*, para. 130.

<sup>141</sup> *Ibid.*, para. 131.

<sup>142</sup> *Ibid.*, para. 132-133.

herhangi bir *ihlali* söz konusu olmayacaktır. Eğer ihlal söz konusu değil ise, ikincil norm olan madde 25 uygulama alanı bulamayacaktır.<sup>143</sup>

İkincil norm olan madde 25'in uygulanması halinde ise mahkemenin görevi öncelikle anlaşmaya göre bir ihlal olup olmadığını ve bu ihlalin madde XI tarafından ortadan kaldırılıp kaldırılmadığını belirlemektedir. Ancak bir ihlal olduğuna karar veilir ise örf ve adet hukuku uyarınca hukuka aykırılığın ortadan kalkıp kalkmadığına karar verilecektir.<sup>144</sup>

*CMS v Argentine* iptal komitesi kararı diğer bazı hakem mahkemesi ve iptal komitesi kararlarını etkilemiştir. *Continental Casualty v Argentine*<sup>145</sup> hakem mahkemesi ve *Sempra v Argentine* iptal komitesi<sup>146</sup> kararlarında *CMS v Argentine* iptal komitesi tarafından benimsenen anlayışın devam ettirildiği görülmektedir. *Continental Casualty v Argentine* hakem mahkemesine göre 1969 Viyana Sözleşmesi md. 31 uyarınca anlaşma hükmünde yer alan kelimelerin olağan anlamı ve hükmün konu ve amacı şu hususu açıkça göstermektedir: Kamu düzeninin sağlanması veya temel güvenlik çıkarlarının korunması amacıyla uygun bir biçimde alınan önlem halinde anlaşma yükümlülüğü ihlal edilmemiş olacaktır.<sup>147</sup> ILC Maddeleri, md. 25'te yer alan zaruret hali ise farklı bir durumu düzenlemektedir ve yükümlülüğe aykırı olan eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır.<sup>148</sup> Yani anlaşma md. XI dolayısıyla bir ihlal olduğuna karar verilmezse, madde 25 de uygulama alanı bulamayacaktır.

Ayrıca madde XI ile madde 25'te aranan koşulların da aynı olmadığı belirtilmiştir. Madde 25'te yer alan ağır koşulların madde XI açısından uygulanması söz konusu değildir.<sup>149</sup>

---

<sup>143</sup> **Ibid.**, para. 133.

<sup>144</sup> **Ibid.**, para. 134.

<sup>145</sup> *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008.

<sup>146</sup> *Sempra Energy International. v Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Annulment, 29 June 2010.

<sup>147</sup> *Continental Casualty v Argentine*, Award, para. 164.

<sup>148</sup> **Ibid.**, para. 165-166.

<sup>149</sup> **Ibid.**, para. 167.

Mahkemenin kararı *CMS v Argentine* iptal komitesi kararında olduğu gibi anlaşma hükmünün birincil kural, madde 25'in ise ikincil kural olduğu varsayımına dayanmaktadır.<sup>150</sup> İlgili meseleye madde XI'i uygulayan mahkeme, maddenin uygulanma koşulları bakımından, örneğin ilgili önlemlerin kamu düzeninin sağlanması için "gerekli" olup olmadığını, madde 25'e bakarak değil, madde XI'in 1947 GATT md. XX hükmünü yansıtmaması nedeniyle GATT ve DTÖ içtihat hukuku ışığında belirleyeceğini açıklamıştır.<sup>151</sup>

Böylece, hakem mahkemesi madde 25 ışığında yorumdan ayrılarak, tamamen farklı bir kaynak ışığında yorum yapmış olmaktadır.

*Continental Casualty v Argentine* kararında iki kuralın içerik olarak birbirinden farklı olduğu ifade edilmiştir.<sup>152</sup> Yani bunlar aynı alanı düzenlememektedirler.

*CMS v Argentine* kararını veren hakemlerden ikisinin görev yaptığı *Sempra v Argentine* kararında, hakem mahkemesi *CMS v Argentine* kararına benzer bir yaklaşım benimsemiştir. Ancak bu kez bu karardan farklı olarak bu yaklaşımın gerekçeleri açıkça ortaya konmuştur. Hakem mahkemesi *CMS v Argentine* kararında AAYA'nın XI. maddesinin örf ve adet hukuku ışığında yorumlanmasının hata olduğuna ilişkin uzman görüşlerini dikkate aldığını, ancak bu görüşü paylaşmadığını belirtmiştir. Hakem mahkemesine göre söz konusu anlaşma hükmü zaruret ve koşulları ile ilgili olduğu ölçüde örf ve adet hukukundan ayrılamaz (*inseperable*) niteliktedir. Çünkü anlaşmada uluslararası barış ve güvenliğin tanımı yapılmadığı gibi, maddenin uygulanması için gerekli koşullar da belirlenmemiştir.<sup>153</sup>

Hakem mahkemesi anlaşma rejiminin *lex specialis* nitelikte olduğunu ve örf ve adet hukukuna ilişkin genel kurallara göre öncelikli olduğunu kabul etmekle birlikte, sorunun anlaşmada geçerli bir zaruret hali için gereken koşulların belirtilmemesi olduğunu ifade etmiştir. Bu koşullar ancak örf ve adet hukukunda

---

<sup>150</sup> **Ibid.**

<sup>151</sup> **Ibid.**, para. 192.

<sup>152</sup> **Ibid.**, para. 163.

<sup>153</sup> *Sempra v Argentine*, Award, para. 376.

bulunabilmektedir.<sup>154</sup> Hakem mahkemesinin önündeki olay özelinde ise bu koşulların tamamı sağlanamamıştır.

Aynı görüşü temsil eden üçüncü karar *Enron v Argentine*'dir. Hakem mahkemesi tarafından anlaşma hükmünde yer alan “temel güvenlik çıkarı” veya “uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması” ifadelerinden ne anlaşılması gerektiğinin bilinemediği, çünkü anlaşmada bunlara ilişkin herhangi bir tanım verilmediği ifade edilmiştir. Bu nedenle bu kavramların anlaşma özelinde ne anlama geldiğinin ve uygulanmaları için gereken koşulların uluslararası örf ve adet hukukunda aranması gerekmiştir. Uluslararası barış ve güvenliğin anlamının tarafların bu konuda düzenlemeleri uyarınca BM Şartı bağlamında bulunabilmesi daha kolay ise de, güvenlik çıkarı kavramı için herhangi bir yol gösterici düzenleme olmadığından hakem heyeti md. 25'e başvuracağını açıklamıştır.<sup>155</sup> Ayrıca anlaşma hükmünün aynı konuyu düzenleyen genel örf ve adet hukuku kuralları karşısında öncelikli olarak uygulanması gerektiğini kabul eden mahkeme, bu nedenle değerlendirmesine anlaşma hükmü ile başlayarak ILC Maddeleri'ne yalnızca tamamlayıcı kaynak olarak başvuracağını açıklamıştır. Ancak anlaşma ilgili koşulları öngörmediğinden, hakem heyeti *Sempra v Argentine* kararında kullanılan bir cümleyi aynen tekrar etmiştir: Söz konusu anlaşma zaruret ve koşulları ile ilgili olduğu ölçüde örf ve adet hukukundan ayrılamaz niteliktedir.<sup>156</sup> Sonuç olarak aranan koşullar Arjantin tarafından karşılanamamıştır.<sup>157</sup>

*Sempra v Argentine* kararının da Arjantin tarafından iptali istenmiştir. İptal komitesi iki kuralı birbiriyle karşılaştırarak içerik olarak birbirlerinden farklı

---

<sup>154</sup> **Ibid.**, para. 378.

<sup>155</sup> *Enron v Argentine*, Award, para. 333.

<sup>156</sup> **Ibid.**, para. 334.

<sup>157</sup> CMS ve *Sempra* kararları gibi *Enron* kararının da iptali istenmiştir. Ancak *Enron* iptal komitesi diğer iptal komitelerinden farklı olarak md XI'in örf ve adet hukuku ışığında uygulanmasını bir yorum sorunu olarak görmüş ve hakem mahkemesinin kararını bu yönden incelemeye yetkili olmadığını belirtmiştir. Kendisinin ancak mahkemenin karar verirken açık bir biçimde yetkisini aşmış olup olmadığını veya kararın gerekçesinin yeterli bir biçimde ortaya konup konmadığını değerlendirmeye yetkili olduğunu ifade etmiştir. Bu çerçevede mahkemenin ilgili kuralların esasına ilişkin yaptığı değerlendirmeleri (Arjantin'in yaşadığı ekonomik krizin zaruret halinde koşullarını karşılayıp karşılamadığı) incelemiş, diğer gerekçeler yanında Arjantin'in md. XI'e ve örf ve adet hukuku uyarınca zaruret haline başvurmaya yetkili olmadığı biçiminde varılan sonucun açık yetki aşımı olduğu gerekçesiyle kararın iptaline karar vermiştir. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Annulment, 30 July 2010, para. 405-406.

olduklarını, tamamen farklı durumları düzenlediklerini ve md. XI’de kullanılan terimlerin yorumlanması bakımından md. 25’in yol gösterici bir nitelik taşıyamayacağını belirtmiştir.<sup>158</sup> Komite, madde XI’in birincil, md.25’in ise ikincil kural olduğuna ilişkin ikili anlayışı benimsemiştir.<sup>159</sup> Sonuçta hakem mahkemesinin md. XI’i uygulamakta başarısız olduğunu belirterek, uygulanacak hukukun uygulanmamasının açık bir yetki aşımı olduğu gerekçesiyle kararı iptal etmiştir.<sup>160</sup>

Anlaşma hükmü ile örf ve adet hukuku arasındaki ilişkiye tamamen farklı bir yaklaşım *LG&E v Argentine* kararında<sup>161</sup> gösterilmiştir. Bu davada da hakem mahkemesinin uygulayacağı normlar aynı olmakla birlikte hakem mahkemesinin yorum ve yaklaşımı yukarıdaki kararların tersine Arjantin devletinin belirli bir dönemde zaruret halinin varlığı nedeniyle sorumlu tutulamayacağına karar verilmesine yol açmıştır.<sup>162</sup> Çünkü bu mesele bakımında belirleyici olan norm md. 25 değil, AAYA’nın XI. maddesi olmuştur. Üstelik bu kez XI. madde örf ve adet hukuku ışığında ve 25. maddede öngörülen koşullar eklenerek değil, tamamen bağımsız bir norm olarak uygulanmıştır.

Hakem mahkemesi diğer bazı kararlarda olduğu gibi anlaşma hükmü ile örf ve adet hukuku arasındaki teorik ilişkiye dair değerlendirmede bulunmamıştır. Kararın konumuz ile ilgili kısmı “zaruret hali” (*state of necessity*) başlığı taşımaktadır ve bu başlık altında doğrudan XI. maddenin uygulanmasına geçilmiştir. Maddenin uygulanmasının iki aşaması olduğu belirtilmiştir. Buna göre ilk olarak ilgili dönemde Arjantin’in içinde bulunduğu koşulların onu Madde XI’deki korumalara başvurmaya yetkili kılıp kılmadığı, ikinci olarak ise Arjantin tarafından alınan önlemlerin anlaşmaya aykırı olsa da kamu düzenini veya temel güvenlik çıkarlarını korumak için gerekli olup olmadığı belirlenmelidir.<sup>163</sup>

Mahkeme bu analizi yapmak için öncelikle anlaşmayı uygulayacağını, ancak gerekli olduğu ölçüde uluslararası hukuka ve son olarak Arjantin iç hukukuna

<sup>158</sup> *Sempra v Argentine*, Decision on Annulment, para. 198-200.

<sup>159</sup> *Ibid.*, para. 203.

<sup>160</sup> *Ibid.*, para. 159.

<sup>161</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007.

<sup>162</sup> *Ibid.*, para. 226, 245.

<sup>163</sup> *Ibid.*, para. 205.

başvuracağını açıklamıştır. Ayrıca tarafların iddia ve savunmaları anlaşmaya dayandığından, anlaşmanın yorumlanması ve uygulanması konularında ihtiyaç olduğu ölçüde uluslararası hukuk uygulanacaktır.<sup>164</sup> Mahkemenin bu değerlendirmeleri anlaşma hükmünü örf ve adet hukukuna nazaran *lex specialis* nitelikte ve dolayısıyla öncelikli olarak uyguladığını göstermektedir. Ancak bu kararı diğerlerinden ayıran, madde XI'in sessiz kaldığı hususların boşluk olarak değerlendirilmeyip maddenin kendi metnine bağlı kalarak çözümlenmeye çalışılmasıdır.

Gerçekten de mahkemenin madde XI'i uygularken madde metninde yer alan kamu düzeni ve temel güvenlik çıkarları gibi kavramlar ışığında değerlendirme yaptığı<sup>165</sup>, bu kavramları yorumlarken de metin dışı unsurları yani madde 25'te yer alan kavramları kullanmaktan kaçındığı görülmektedir. Çünkü yorum için madde 25'e başvurulması burada yer alan kısıtlayıcı koşulların diğer kararlarda olduğu gibi madde XI'e aktarılmasına yol açacaktır.

Sonuç olarak tek başına madde XI'in uygulanması Arjantin'in belirli bir dönem için zaruret hali içinde bulunduğu kabulü ve bu nedenle ilgili dönemde sorumlu tutulmaması için yeterli kabul edilmiştir.<sup>166</sup> Kararın kalan kısmında mahkeme madde 25'i detaylı bir biçimde incelemiş; ancak madde 25'e yalnızca madde XI ışığında vardığı sonucu desteklemek üzere başvurmuştur.<sup>167</sup>

## 2. Kararların Eleştirisi ve Tutarlı Bir Uygulama İçin Çözüm Önerileri

Anlaşma ile ILC Maddeleri arasındaki ilişki bakımından temel prensibin *lex specialis* olduğu belirtilmişti. *Lex specialis* prensibinin uygulanabilmesi için ise iki norm arasında *gerçek bir çatışma* bulunması gerekir. Eğer normlar arasında bir çatışma bulunmuyorsa, her iki kuralın birlikte uygulanması gerekir. Yani uluslararası

---

<sup>164</sup> *Ibid.*, para. 206.

<sup>165</sup> *Ibid.*, para. 226.

<sup>166</sup> *Ibid.*, para. 245, 261-262.

<sup>167</sup> *Ibid.*, para. 245-261.



hukuktaki temel varsayım uyumlaştırmadır (harmonization). ILC Maddeleri, md. 55'te de açıkça belirtildiği üzere ILC Maddeleri'nin uygulanması ancak bir *lex specialis*'in ve bu *lex specialis* norm dolayısıyla kurallar arasında bir çatışma bulunması halinde ortadan kalkar. Ancak ILC Maddeleri'nin uygulama dışı kalmasının kısmî nitelik arz edebileceği göz ardı edilmemelidir. Madde 55'te benimsenen anlayışa göre *lex specialis* norm ile düzenlenmediği ölçüde ILC Maddeleri kısmî olarak uygulanabilir. Dolayısıyla *lex specialis*'in varlığı bir bütün olarak ilgili örf ve adet hukuku kuralının uygulama dışı kalacağı anlamına gelmemektedir.

Arjantin'e karşı açılan ve AAYA'ya dayanan davalarda Arjantin'in sorumluluğunun ortadan kaldırılması bakımından anlaşmanın XI. maddesi ile ILC Maddeleri'nin 25.si olmak üzere iki uygulanacak hukuk kuralı mevcuttur. Öyle ise hakem mahkemeleri önündeki temel mesele bu iki kuralın birlikte mi uygulanacağı; yoksa ikisi arasında bir çatışma bulunması nedeniyle *lex specialis* olana öncelik mi tanınacağı olmalıdır.

İlgili kararlarda hakem heyetlerinin anlaşma ile örf ve adet hukuku arasındaki ilişki bakımından yeknesak bir uygulama benimseyemedikleri ve üç farklı yaklaşımı temsil eden kararlar verdikleri görülmektedir. Aslında hakem mahkemelerinin kararları arasındaki tutarsızlığın önemli bir nedeni XI. maddenin kaleme alınış biçimidir. Madde, kamu düzeninin sağlanması ve temel güvenlik çıkarlarının korunması gibi durumlarda anlaşmanın uygulanmayacağını ifade ederken, ne bu kavramlara ilişkin bir tanıma ne de maddenin uygulanma koşullarına ilişkin unsurlara yer vermiştir. Hatta kamu düzeninin veya güvenliğin tehdit altında olduğuna kimin karar vereceği de belirlenmemiştir.

Bu aşamada cevaplanması gereken soru maddenin bu konulardaki sessizliğinin bir boşluk oluşturup oluşturmadığıdır. Eğer bu sessizlik boşluk oluşturuyor ise, boşluk ILC Maddeleri ile giderilecektir. ILC Maddeleri'nin anlaşma ile düzenlemeyen hususlarda uygulanması için buna anlaşmada cevaz verilmesi gerekmez. ILC Maddeleri kendiliğinden uygulama alanı bulacaktır.

Ancak bu durumun aksine, maddedeki sessizlik örf ve adet hukuku kurallarından sapma ve özel bir düzenleme getirme amacındaki bilinçli bir sessizlik ise; yani herhangi bir koşula yer verilmeyerek maddenin örf ve adet hukukunda yer alan sınırlandırıcı koşullardan da arındırılması amaçlanmış ise, normlar arasında çatışma mevcuttur. Bu halde *lex specialis* olan anlaşma hükmü uygulanacaktır. Ancak çoğu durumda *lex specialis*'in tespit edilmesi yeterli olmamaktadır. Uygulama bakımından esas belirleyici olan ilgili kuralın **ne ölçüde** *lex specialis* nitelik taşıdığı ve örf ve adet hukukunun ihraç edilmesinin hangi genişlikte olduğunun belirlenmesidir.

Madde XI bakımından böyle bir değerlendirme yapılacak olursa, hükmün gerçek anlamının ve tarafların amacının anlaşmanın yorumlanması ile ortaya çıkarılması gerekir. Ancak hakem mahkemeleri farklı yorum metodları benimsedikleri halde, uluslararası anlaşmaların yorumunda uygulanacak metod 1969 Viyana Sözleşmesi 31 ve 32. maddelerinde tespit edilmiştir.

Yatırım hukukunun bir bağımsız rejim olmadığına ilişkin tespitin önemli bir sonucu burada ortaya çıkmaktadır. Yatırım hukuku bağımsız bir rejim veya *lex specialis*'in güçlü bir biçimi olmadığına göre diğer birçok konu yanında, anlaşmaların yorumlanması bakımından genel uluslararası hukukta yer alan kurallara tâbidir. Genel uluslararası hukuk sistemine büyük ölçüde kapalı oldukları öne sürülen alanlarda o alana özgü yorum tekniklerine başvurulduğu görülmektedir. Yatırım hukuku açısından ise böyle tekniklerden söz edilemez. Çünkü yatırım hukukunu oluşturan uluslararası anlaşmalar böyle bütüncül bir rejim yaratma gücünden uzaktır. Öyle ise hakem heyetlerinin ve iptal komitelerinin kendilerine özgü birtakım yorum metodları kullanmalarını yerinde saymamak gerekir.

Madde XI'in muğlak biçimde kaleme alınmış olması ve uygulama koşulları gibi konularda herhangi bir düzenlemeye yer vermemesi bilinçli bir tercih olabilir mi? Arjantin madde XI'in belirsiz biçimde kaleme alınmasının bilinçli bir tercih olduğunu, çünkü maddenin bir öz muhakeme kaydı oluşturduğunu savunmuştur.

Kanaatimizce madde XI ve md. 25 arasındaki ilişki ve normların çatışıp çatışmadığına ilişkin belirlemede anlaşmanın yorumlanması açısından başlıca yol

gösterici unsur taraflar arasındaki “öz muhakeme kaydı”na (*self-judging clause*) ilişkin tartışmalardır. Öz muhakeme kaydı, devletlerin kendi değerlendirmeleri ve takdirleri sonucu başvurdukları ve uluslararası bir yükümlülükten kurtulmalarına ya da yükümlülüğün değiştirilmesine yarayan anlaşma hükmüdür.<sup>168</sup> Bu halde mahkemenin ilgili maddenin uygulanma koşullarını değerlendirme yetkisi yoktur, yetkisi ancak devletin iyiniyetle hareket edip etmediğini değerlendirmekle sınırlıdır. Devlet kendi kendine yaptığı muhakeme ile örneğin kamu düzeninin tehlikede olduğuna karar verme ve gereken tedbirleri alma imkanı tanınmıştır.

Madde XI’in taraflarca öz muhakeme kaydı olarak öngörülmüş olması halinde, maddedeki kavramlara ilişkin bir tanıma veya herhangi bir koşula yer verilmemiş olmasından, aslında örf ve adet hukukundaki koşulların da uygulama dışı bırakılmak istendiği anlaşılır. Dolayısıyla maddenin yorumu neticesinde bunun bir öz muhakeme kaydı olduğuna karar verilirse, madde 25’in ve md. 25’te öngörülen koşulların uygulanmaması gerekir. Çünkü bu halde tarafların iradesi açıkça örf ve adet hukukunun dışarıda bırakılması yönündedir.

Eğer bu bir öz muhakeme kaydı değil ise ve diğer yorum kuralları uyarınca farklı bir sonuca varılamıyorsa, maddenin sessiz kaldığı hususlarda örf ve adet hukukuna tamamlayıcı olarak başvurulabilmesi lehine yorum yapılabileceği kanaatindeyiz.

Taraflar arasında konuya ilişkin tartışmalar incelenecek olursa, Arjantin maddedeki belirsizliğin ABD bakımından “stratejik bir belirsizlik” olduğunu, çünkü maddenin bir öz muhakeme kaydı olarak düşünüldüğünü savunmuştur. Bunun delili olarak başvurulabilecek belgeler yani AAYA’nın dayanağı olan 1987 ABD Model İki Taraflı Yatırım Anlaşması<sup>169</sup> veya AAYA’nın müzakere ve onay sürecine ilişkin belgeler konuyu aydınlatıcı nitelikte değildir. Ancak Arjantin AAYA’nın akdedilmesinden sonra ABD’nin politikasını kalıcı biçimde değiştirdiğini ve 1992’de

---

<sup>168</sup> Stephan Schill, Robyn Briese, “If the State Considers: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, vol. 13, 2009, ss. 61-140, s. 68.

<sup>169</sup> Model yatırım anlaşmaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Banu Şit Köşgeroğlu, “Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye’nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, c. 107, 2013, ss. 144-172.

temel güvenliğe ilişkin maddelerin öz muhakeme kaydı olduğunun ABD tarafından beyan edildiğini ileri sürmüştür.<sup>170</sup>

Davacılar ise md. XI'in lafzından ve anlaşmanın bağlam ve amacından md. XI'in bu nitelikte olduğu anlamı çıkarılamayacağını ve ABD'nin anlaşmanın imzalanması sırasında benimsediği tavrın bunların öz muhakeme kaydı olmadığı yönünde olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre ABD temel güvenliğe ilişkin maddelerin öz muhakeme içerdiğini 1992 Rusya-ABD İki Taraflı yatırım anlaşması ve 1992 ABD Model Yatırım Anlaşması'na dek kabul etmemiştir. Bu belgelerde ise politikasını değiştirdiğini ve hükümlerin öz muhakeme içerdiğini açıkça beyan etmiştir.<sup>171</sup> Davacıların iddiasını haklı bulan hakem mahkemesi md. XI'in öz muhakeme niteliğini kabul etmemiştir.

Yukarıda kısaca belirttiğimiz üzere, md. XI'in öz muhakeme kaydı olmadığına karar verildiğine göre, başkaca deliller ile aksi kanıtlanmadıkça md. 25'in de md. XI ile birlikte uygulanması gündeme gelmelidir. Her ne kadar *CMS v Argentine*, *Sempra v Argentine* ve *Enron v Argentine* hakem mahkemesi kararlarında md. XI ile md. 25 birlikte uygulanmış ise de üç karar da iptal edilmiştir.<sup>172</sup>

*CMS v Argentine* ve *Sempra v Argentine* iptal komitesi kararlarında, md. 25'in uygulanması tamamen reddedilmemiş ise de, iki aşamalı bir uygulama öngörülmüştür: Buna göre, *lex specialis* niteliği nedeniyle md. XI'in öncelikli olarak, md. 25'in ise tamamlayıcı olarak uygulanması gerekmektedir. Ancak iptal komiteleri tarafından bu uygulamanın dayandırıldığı teorik anlayış ve uygulamanın kendisi problemlili görünmektedir.

Öncelikli olarak iptal komitelerinin md. XI'in birincil nitelikte kural olduğu ve ancak birincil nitelikte kuralların uygulanması neticesinde bir "ihlal" in varlığına karar verilmesi durumunda ikincil nitelikte kural olan md. 25'in uygulanabileceği anlayışına değinmek gerekir. Daha önceki açıklamalarımız ışığında, md. XI'in nitelik itibariyle anlaşmada öngörülen birincil nitelikteki yükümlülüklerin uygulanmasını

<sup>170</sup> *LG&E v Argentine*, Award, para. 209.

<sup>171</sup> *Ibid.*, para. 211.

<sup>172</sup> Bunlardan yalnızca *Enron v Argentine* kararının iptal gerekçeleri arasında md. XI'in uygulanmasında hata yapılması bulunmamaktadır.

durdurduğu ve bir “ihlal”in ortaya çıkmasını engellediği, normal şartlarda hukuka aykırı sayılacak bir eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırdığı ve dolayısıyla ikincil kural olduğu aşıkardır.<sup>173</sup> İkincil kuralların bir ihlalin doğma koşullarını ve sonuçlarını düzenlediği kabul edildiğine göre, md XI ile öngörülen ILC’nin kullandığı terim ile ifade edersek, kanaatimizce *lex specialis*’in zayıf biçimidir.

İkinci olarak md. XI’in *lex specialis* niteliğine karar verilmesi halinde yapılması gereken, ne ölçüde yani hangi genişlikte *lex specialis* nitelik taşıdığını belirlemektir. Bu bağlamda md. XI’in bütün yönleriyle örf ve adet hukukunu dışlayan özellikle olduğuna karar verilirse, md. 25’in hiçbir unsurunun uygulanmaması gerekir. Ancak yalnızca birkaç noktayı özel olarak düzenlemekte ise, kalan meseleler bakımından örf ve adet hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla iki aşamalı uygulama yaklaşımı, ILC’nin *lex specialis* uygulaması bakımından öngördüğü yaklaşıma aykırıdır. Çünkü bu halde hüküm *lex specialis* olmasına rağmen, uygulama koşullarının devlet tarafından karşılanamaması halinde md. 25’e başvurulmaktadır. Ayrıca *CMS v Argentine* iptal komitesi md. XI ve md. 25’in birbirinden farklı içerikte ve farklı konuları düzenleyen normlar olduğunu söylerken aynı zamanda md. XI’in *lex specialis* olduğunu da söylemektedir. Oysa *lex specialis*’in varlığından söz edilebilmesi için iki kuralın aynı konuyu düzenlemesi gerekir.

Konuya ilişkin farklı bir üçüncü yaklaşımı temsil eden *LG&E v Argentine* hakem mahkemesi kararı ise kendi içinde tutarlı bir yaklaşım sergilemektedir. Hakem mahkemesi her ne kadar anlaşma ile ILC Maddeleri arasındaki teorik ilişkiye dair değerlendirmede bulunmaktan kaçınmış olsa da, öncelikli olarak anlaşma hükmünü uygulamış ve uluslararası hukuka ancak gerekli olduğu ölçüde başvuracağını açıklamıştır. Bu durum md. XI’in *lex specialis* olarak uygulandığını ve

---

<sup>173</sup> Aynı yönde bkz. *Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Annulment, 1 November 2006, para. 55. AAYA md. XI ile özdeş şekilde kaleme alınmış olan ABD-Kongo İki taraflı Yatırım Anlaşması md. X(1) hükmüne ilişkin olarak iptal komitesi tarafından “sorumluluğu ortadan kaldıran sebeplere ilişkin bir hüküm ya da belirli istisnai koşullarda devletin davranışının hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir hüküm, anlaşmanın uygulanma kapsamını sınırlayan bir hüküm değil.” değerlendirmesi yapılmıştır. Ancak *Continental v Argentine* hakem mahkemesi *Mitchell v Congo* iptal komitesinin bu görüşünü paylaşmadığını; *CMS v Argentine* iptal komitesinin md. XI’in birincil nitelikte bir kural olduğuna ilişkin görüşüne katıldığını ifade etmiştir. Bkz. *Continental v Argentine*, Award, para. 167, dn. 242.

ILC'nin anlayışına uygun bir biçimde ancak gerçek bir boşluk olarak değerlendirilen hususlarda örf ve adet hukukuna başvurulduğunu göstermektedir. Gerçekten de md. XI, md. 25'in etkisi altında kalmadan uygulanmış ve madde kendi metni ve içerdiği terimlere bağlı kalarak yorumlanmıştır.

En başa dönecek olursak, *CMS v Argentine*, *Sempra v Argentine* ve *Enron v Argentine* kararları ise iptale konu olsalar da teorik açıdan tutarsız değildirler. Ancak söz konusu kararlarda teorinin uygulaması bakımından sorun bulunmaktadır. Çünkü md. XI'in md. 25 ile birlikte uygulanacağı söylenmesine rağmen, md. XI gereğinden fazla md. 25'teki unsurların etkisi altında kalmış ve adeta bu kural içerisinde eriyerek varlığını kaybetmiştir. Dolayısıyla uygulanacak hukuk olan md. XI'in uygulanmaması iptale yol açmıştır.

Yukarıdaki açıklamalarımız ABD'li yatırımcıların Arjantin ekonomik krizi dolayısıyla gördükleri zararın giderilmesi için açtıkları tahkim davalarına ilişkin olayın belirli unsurlarını dikkate alan değerlendirmelerimizdir. Anlaşma hükmü yorumlanırken başvurulabilecek başka unsurlar da bulunmaktadır. Ayrıca her türlü *lex specialis* ilişkisi kurulması bir yorum faaliyeti gerektirdiğinden, tarafların niyetinin anlaşılması amacıyla uluslararası hukukta anlaşmaların yorumu için öngörülen genel kurallara değinmek yerinde olacaktır.

### **3. Uluslararası Anlaşmaların Yorumlanmasına İlişkin Genel Kurallar**

1969 Viyana Sözleşmesi'nde uluslararası anlaşmaların yorumunun tâbi olacağı kurallar düzenlenmiştir. Genel yorum kuralı, bir anlaşmanın, *anlaşmanın bütünü içinde, hükümlerine anlaşmanın konu ve amacı ışığında verilecek alelade mânâya uygun şekilde ve iyi niyetle yorumlanmasıdır*.<sup>174</sup> Yani tarafların, anlaşma metninde yer alan terimlerin alışılmış ve tabii anlamları üzerinde anlaşmış oldukları

---

<sup>174</sup> 1969 Viyana Sözleşmesi, madde 31(1).

farz edilir<sup>175</sup> ve kullanılan kelimelerin alışılmış ve tabii anlamının soyut olarak değil; bir yandan anlaşmanın bütünü içindeki yeri ve diğer yandan anlaşmanın konusunun ve amacının ışığında saptanması gerekir.<sup>176</sup>

Yorum açısından “anlaşmanın bütünü” terimine anlaşma metninin kendisi, önsözü ve ekleri ile birlikte aşağıdakiler dâhildir:

(i) anlaşmanın akdine ilişkin olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan bir anlaşma, veya

(ii) anlaşmanın akdine ilişkin olarak bir veya daha fazla taraf arasında yapılan ve diğer taraflarca anlaşmaya ilişkin bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.<sup>177</sup>

Anlaşmanın bütünü kavramına dâhil olan yukarıdaki unsurlar ile birlikte, anlaşmanın yorumlanmasında ayrıca aşağıdakilerin dikkate alınacağı belirtilmiştir:

(a) anlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak taraflar arasında sonradan yapılmış herhangi bir anlaşma.

(b) anlaşmanın uygulandığı sırada, taraflar arasında anlaşmanın yorumu konusunda bir mutabakat oluşturan daha sonraki herhangi bir uygulama.

(c) taraflar arasındaki ilişkilere uygulanabilecek uluslararası hukukun ilgili herhangi bir kuralı.<sup>178</sup>

İlgili hükümden bir anlaşmanın yorumunda 31. maddede belirtilen tüm bu esasların bir bütün olarak, yani hep birlikte uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır.

Taraflar arasındaki bir anlaşmanın yanı sıra aynı konuyu düzenleyen örf ve adet hukuku kuralları bulunduğu, tarafların anlaşma hükümlerine *lex specialis*

---

<sup>175</sup> 1969 Viyana Sözleşmesi’ne göre, bir terime olağan ve tabii anlamı dışında özel bir anlam verilebilmesi için tarafların o terime özel bir mânâ vermek istediklerinin tespit edilmesi gerekir. Böyle bir tespit yokluğunda ise kelimelere alışıldık anlamlarının verilmesi esastır. Bkz. Viyana Sözleşmesi, madde 31(4). Kelimenin özel bir anlam ifade ettiğini ileri süren taraf, bu iddiasını ispat ile mükelleftir. Bkz. **Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar)**, Ed. Ayşe Nur Tütüncü v.d., İstanbul, Beta yay., 2017, s. 231.

<sup>176</sup> **Toluner Milletlerarası Hukuk**, s. 230.

<sup>177</sup> 1969 Viyana Sözleşmesi, madde 31(2).

<sup>178</sup> 1969 Viyana Sözleşmesi, madde 31(3).

nitelik vermek niyetinde olup olmadıklarının tespiti yukarıdaki esaslara göre yapılmalıdır. 1969 Viyana Sözleşmesi'nde anlaşmanın yorumunda benimsenen temel prensip iyi niyettir. Anlaşmanın bütünü, konu ve amacı, kelimelerin olağan ve tabii anlamı gibi hususlar ise bu iyi niyet prensibinin uygulanması çerçevesinde tarafların gerçek niyetinin ortaya çıkarılmasında kullanılan araçlardır.

1969 Viyana Sözleşmesi madde 31(3)(c)'de öngörülen ve anlaşmanın yorumlanmasında anlaşmanın bütünü ile birlikte taraflar arasındaki ilişkilere uygulanabilecek uluslararası hukukun ilgili herhangi bir kuralının dikkate alınmasına ilişkin kural anlaşma hükmü ile örf ve adet hukuku arasındaki ilişkide özel bir önem taşımaktadır. Buna göre, anlaşma hükmü yorumlanırken konu ile ilgili örf ve adet hukuku ile genel hukuk prensipleri de uygulama alanı bulmaktadır. Arjantin'e karşı açılan ve yukarıda incelediğimiz zaruret haline ilişkin davalarda taraflar arasındaki anlaşma hükmünün yanı sıra, zaruret haline ilişkin ILC Maddeleri, madde 25'in de dikkate alınması, görüldüğü üzere anlaşmaların yorumlanmasına ilişkin genel yorum kurallarının bir gereğidir.

Yukarıda belirttiğimiz genel yorum kurallarının uygulanması neticesinde ortaya çıkan manayı teyit etmek amacıyla veya bu uygulama neticesinde ulaşılan yorumun tartışmalı veya anlaşılmaz olduğu ya da çok açık bir şekilde mantıksız veya makul olmayan bir sonuca götürdüğü durumlarda, tamamlayıcı yorum araçları olarak anlaşmanın hazırlık çalışmaları dâhil, yapılma şartlarına başvurulabileceği düzenlenmiştir.<sup>179</sup>

Anlaşma metni birden fazla dilde tevsik edilmiş ise, bu metinlerden hangisinin geçerli olacağı anlaşmada belirtilmediği takdirde tevsik edilmiş bütün metinler aynı şekilde geçerlidir. Yani yorum bakımından birbirine eşittir, biri diğerine üstün kabul edilmez. Bu takdirde tevsik edilmiş olan metinlerin hepsinde anlaşma hükümlerinin aynı anlamı taşıdığı farz edilir.<sup>180</sup> Geçerli metinler arasında yapılan bir karşılaştırma anlam farkına yol açıyorsa, yukarıda belirttiğimiz genel yorum kuralı ve tamamlayıcı yorum araçları vasıtasıyla bir çözüm bulunmaya

<sup>179</sup> 1969 Viyana Sözleşmesi, madde 32.

<sup>180</sup> 1969 Viyana Sözleşmesi, madde 33(3).



çalışılır. Bu kurallar uygulandığı halde anlam farkı ortadan kaldırılamazsa, *anlaşmanın konu ve amacı göz önünde tutulduğunda metni en iyi uzlaştıran mana* bensişenecektir.<sup>181</sup>

## **VII. Yatırım İhtilaflarında Esasa Uygulanacak Hukuk Bağlamında Uluslararası Hukukun Rolü**

### **A. Esasa Uygulanacak Hukukun Doğru Biçimde Tespitinin Önemi**

ILC Maddeleri bir uluslararası sözleşme niteliği taşımadığı halde neden önemlidir? Örf ve adet hukuku kuralları içermesi nedeniyle sahip olduğu kuvvet bir yana bırakılırsa, ILC Maddeleri'nin ayırt edici özelliği tutarlı ve sistematik bir sorumluluk rejimi öngörmesidir. Dolayısıyla söz konusu maddelerin uygulanması herhangi bir anlaşma veya örf ve adet hukuku kuralının uyuşmazlığa uygulanmasının ötesinde bir anlam taşımaktadır. Özel bir sorumluluk biçimi öngören yatırım hukukunun bu genel sistem içerisindeki konumunun belirlenmesi daha karmaşık bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

İncelediğimiz konu bakımından yatırım uyuşmazlıklarının esasına uygulanacak hukuk konusu özel bir önem taşımaktadır. Öyle ki, pek çok yatırım uyuşmazlığında uluslararası hukuk tek başına veya ev sahibi devletin iç hukuku ile birlikte esasa uygulanacak hukuku oluşturmaktadır. ILC Maddeleri de uluslararası hukukun bir parçası olması dolayısıyla esasa uygulanacak hukuka dahildir. Dolayısıyla ILC Maddeleri'nin bir yatırım uyuşmazlığına uygulanmasının yerinde olup olmadığı veya nasıl uygulanacağı her şeyden önce esasa uygulanacak hukukun doğru şekilde belirlenmesini gerektirmektedir.

Tahkim yargılamasında irade serbestisi (*party autonomy*) prensibi hakimdir.<sup>182</sup> Tahkimin tarafların iradesine dayanan özel bir yargılama yöntemi

---

<sup>181</sup> 1969 Viyana Sözleşmesi, madde 33(4).

olduğu ifade edilmiştir.<sup>183</sup> Kısacası taraflar aralarında çıkacak yatırım uyuşmazlığına hangi hukukun/hukukların uygulanacağını belirlemek konusunda serbesttirler. Tarafların hukuk seçimi (*choice of law*) genellikle anlaşmada bir hukuk seçimi kaydına (*choice of law clause*) yer verilmesi ile gerçekleştirilir. Taraflar herhangi bir hukuk seçiminde bulunmamış iseler tamamlayıcı kurallar gündeme gelecektir.

İki veya çok taraflı yatırım anlaşmaları incelendiğinde tarafların esasa uygulanacak hukuk olarak farklı kombinasyonları tercih ettikleri görülmektedir. Ancak genel uygulama belirli hukukların veya hukuk kurallarının kısaca listelenmesidir. Dolayısıyla uygulanacak hukuk olarak ev sahibi devletin i hukuku ile uluslararası hukuk kurallarına birlikte yer verildiğinde, bunların hangisinin, hangi durumlarda ve ne ölçüde uygulanacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Tarafların bu konudaki iradeleri hakem heyetleri tarafından yorum ile ortaya çıkarılmaya çalışılmaktadır. Bu hukuk seçimi tekniğinin sonucu olarak hakem heyetlerinin uygulanacak hukuk konusunda oldukça geniş yetkilere sahip oldukları görülmektedir. Takdir yetkisinin genişliği ise farklı uygulamalara yol açmakta ve aynı vakıalara dayanan benzer uyuşmazlıklarda farklı hukuk kurallarının uygulanması sebebiyle birbiriyle tutarsız kararlar verilmektedir. Hukuki ngrlebilirlik ve içtihadın yeknesaklığı açısından esasa uygulanacak hukukun doğru şekilde belirlenmesi son derece önemlidir.

Hakem heyetinin karar verirken uygulanacak hukuk konusunda yaptığı hatalar, kararın iptaline veya tanınmamasına yol açabilir. Hakem heyeti kararlarının iptali ve geçerli iptal sebepleri ICSID Sözleşmesi md.52’de düzenlenmiştir. Kararın iptaline yol açan sebeplerden biri “heyetin yetkisini aşması” olarak belirlenmiştir. ICSID iptal komiteleri pek çok kararda uygulanacak hukuk konusunda yapılan hataları “heyetin yetkisini aşması” olarak değerlendirmiş ve kararın iptaline hükmetmiştir.

---

<sup>182</sup> Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, Beta Yay., 2017, s. 560-561; şanlı, Ekşi, **Uluslararası Ticaret Hukuku**, s. 69; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 8.

<sup>183</sup> şanlı, Ekşi, **Uluslararası Ticaret Hukuku**, s. 62.

## B. Esasa Uygulanacak Hukukun Tespiti

### 1. Taraflar Arasında Hukuk Seçiminin Bulunması Halinde Esasa Uygulanacak Hukuk

#### a. Açık Hukuk Seçimi

Pek çok uluslararası sözleşmede irade serbestisi prensibi benimsenerek uygulanacak hukukun tarafların seçtiği hukuk olması öngörülmüştür.

ICSID Sözleşmesi uyuşmazlığın esasına tarafların seçtiği hukuk kurallarının uygulanmasını öngören ve taraflara tam irade serbestisi tanıyan<sup>184</sup> bir sözleşmedir. Sözleşme md 42(1)'e göre: “*Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir.*” Böyle bir hukuk seçiminin bulunmaması hali için ise tamamlayıcı bir kural öngörülmüştür.

ICSID Sözleşmesi'nin diğer bazı düzenlemelerden farklı olarak tam irade serbestisi tanıyan bir sözleşme olarak değerlendirilmesinin nedeni, md. 42(1)'de “taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları”na yapılan atıftır. “Hukuk kuralları” ifadesi tarafları iç hukuk veya uluslararası hukuk olmak üzere belirli bir hukuk sistemini seçmeye zorlamamakta; farklı hukuk sistemlerinden çeşitli kuralları seçme imkanı tanımaktadır. Dolayısıyla bazı belgelerdeki “tarafların seçtiği hukuk” ifadesinden daha geniş bir anlam içermektedir.

Taraflar hukuki ihtilaflarının çözümünü tesadüfen seçmiş oldukları bir mahkemeye (*ad hoc* hakem mahkemesi) veya daimi bir hakem mahkemesine

---

<sup>184</sup> Aron Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, **Recueil des Cours**, Vol. 136, 1972, ss. 331-410, s. 341; Antonio R. Parra, “Applicable Law in Investor-State Arbitration”, **Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2007**, ed. By Arthur W. Rovine, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, ss. 3-12, s. 5; Neva Övünç Öztürk, **ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 25, s. 28.

(müesseseleşmiş hakem mahkemesi) havale etmekte serbesttirler.<sup>185</sup> Ad hoc tahkim seçildiğinde mahalli tahkim düzenlemelerine tabi olmadan, uluslararası karakterli kurallar çerçevesinde tahkim prosedürlerinin yürütülebilmesi için BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law* – “**UNCITRAL**”) bir dizi tahkim kuralları geliştirmiştir.<sup>186</sup> Uygulamada da tarafların *ad hoc* tahkim ile ilgili olarak yaygın bir şekilde UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın<sup>187</sup> uygulanmasını kararlaştırdıkları görülmektedir.<sup>188</sup> UNCITRAL Tahkim Kuralları’nda da tarafların irade serbestisi tanınmış ve md. 35’de uyuşmazlığın esasına taraflarca belirlenmiş hukuk kurallarının uygulanacağı belirtilmiştir. Tarafların, uygulanacak hukuk kurallarını belirlememesi halinde, hakem mahkemesi, uygun gördüğü hukuku uygular.<sup>189</sup> Aynı maddeye göre hakem mahkemesi, her durumda, varsa sözleşme hükümlerine göre karar vermek ve işleme uygulanabilecek herhangi bir ticari örf ve adetleri göz önünde bulundurmak zorundadır.<sup>190</sup>

<sup>185</sup> Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 561.

<sup>186</sup> **Ibid.**, s. 562, dn. 339.

<sup>187</sup> Günümüzde UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın üç farklı versiyonu bulunmaktadır. 1976 tarihinde kabul edilen UNCITRAL Tahkim Kuralları yatırımcı-devlet tahkimine ilişkin düzenlemeler de içermektedir (1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları). 2006 yılında UNCITRAL, tahkim kurallarının revize edilmesine karar vermiş ve revizenin metnin yapısını, ruhunu ve kaleme alınış biçimini bozmadan tahkim prosedürünün etkililiğini artırması amaçlanmıştır. 2010’da revize edilen UNCITRAL Tahkim Kuralları 15 Ağustos 2010’da yürürlüğe girmiştir (2010’da Revize Edilmiş UNCITRAL Tahkim Kuralları). 2013 yılında Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Şeffaflığa İlişkin Kurallar’ın kabul edilmesi ile 2010 Tahkim Kuralları’na md. 1(4) paragrafı eklenmiş; bu değişiklik dışında kurallar aynı kalmıştır (2013 tarihinde eklenen md. 1(4) ile UNCITRAL Tahkim Kuralları). Detaylı bilgi için bkz. (Çevrimiçi) [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2010Arbitration\\_rules.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html), 20.05.2019. Çalışmada aksi belirtilmedikçe 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları kast edilmiştir. 2010 UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın orijinal metni için bkz. (Çevrimiçi) <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>, 20.05.2019. Kuralların Türkçe çevirisi için bkz. Ergun Özsunay, **UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010 Yılında Revize Edilmiş Şekliyle)**, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yay., Yayın No: 2014-5, 2014.

<sup>188</sup> Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 5.

<sup>189</sup> Tahkim Kuralları’nın 1976 tarihli, revize edilmeden önceki halinde taraflar arasında bir hukuk seçimi bulunmaması durumunda uygulanacak hukuk olarak; hakem mahkemesinin *uygulanabilir bulunduğu kanunlar ihtilafı kuralları tarafından belirlenen hukuk* öngörülmüştü. Bu durumda uygulanacak hukuk olarak yalnızca ev sahibi veya bir başka devletin iç hukuk kurallarının uygulanması mümkündü. Ancak yapılan değişiklik ile birlikte uluslararası hukuk kurallarının uygulanması da mümkün hale gelmiştir.

1976 tarihli UNCITRAL Kuralları md. 33(1): “... *Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.*”

<sup>190</sup> UNCITRAL Tahkim Kuralları 35. maddesinin orijinal metni şu şekildedir:

ICC Tahkim Kuralları<sup>191</sup> md. 21’de de benzeri bir düzenlemeye yer verilmiş ve hakem mahkemesi tarafından uyuşmazlığın esasına tarafların seçtiği hukuk kurallarının uygulanacağı öngörülmüştür. Taraflar arasında bu hususta bir anlaşma yoksa hakem mahkemesi uygun gördüğü hukuku uygular ve varsa, taraflar arasında yapılmış sözleşme hükümlerini ve ilgili ticari örf ve adetleri göz önünde bulundurur.<sup>192</sup>

Yatırım tahkiminde taraf iradelerine tanınan bu üstünlük, uyuşmazlığın tarafları olan yatırımcı ve ev sahibi devletin uygulanacak hukuk konusunda rızalarının tespit edilmesini gerektirir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, tahkimin ilk şartı taraflar arasında uyuşmazlığın tahkime sunulması yönünde karşılıklı rızanın bulunmasıdır. Taraflar arasındaki bu irade uyuşması farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir: a) Taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunması (*arbitration agreement*), b) ev sahibi devletin ulusal mevzuatında yer alan bir hüküm, c) devletler arasında akdedilmiş iki veya çok taraflı bir anlaşmada yer alan bir hüküm.<sup>193</sup> İlgili

---

***Applicable law, amiable compositeur***

***Article 35***

- 1. The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate.*
- 2. The arbitral tribunal shall decide as amiable compositeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so.*
- 3. In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract, if any, and shall take into account any usage of trade applicable to the transaction.*

<sup>191</sup> 2012 tarihli ICC Tahkim Kuralları 2017’de değişikliğe uğramış ve 2017 tarihli ICC Tahkim Kuralları 1 Mart 2017’de yürürlüğe girmiştir. ICC Tahkim Kuralları’nın orijinal metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf.pdf>, 20.05.2019.

<sup>192</sup> ICC Tahkim Kuralları 21. Maddesinin orijinal metni şu şekildedir:

***Article 21***

***Applicable Rules of Law***

- 1. The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.*
- 2. The arbitral tribunal shall take account of the provisions of the contract, if any, between the parties and of any relevant trade usages.*
- 3. The arbitral tribunal shall assume the powers of an amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed to give it such powers.*

<sup>193</sup> Dolzer, Schreuer, **op.cit.**, s. 254-260.

belgelerde uyuşmazlığın tahkime sunulmasının yanı sıra bir hukuk seçimi kaydına da yer verilebilmektedir.<sup>194</sup>

Yatırımcı ve devlet arasında bir tahkim anlaşması mevcut ise, tarafların karşılıklı rızasının tespiti kolaydır. Ancak diğer seçeneklerde; yani devletin ulusal mevzuatı veya devletler arasında akdedilen bir anlaşmada hukuk seçimi kaydına yer verilmiş olması durumlarında yatırımcının sonraki rızasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle ilgili hukuki enstrümanlarda yer alan tahkim kaydı ev sahibi devletten yatırımcılara yönelik genel bir “teklif” olarak değerlendirilmekte ve yatırımcının ilgili düzenlemeye dayanarak tahkime başvurması ise bu *teklifin kabulü* şeklinde yorumlanmaktadır.<sup>195</sup> Böylece ev sahibi devlet ve yatırımcının tahkim konusunda karşılıklı anlaşması meydana gelmektedir. Tahkim teklifinin kabul edilmesi ile birlikte yatırımcı aynı zamanda anlaşmada yer alan hukuk seçimi kaydını da kabul etmiş olmaktadır.<sup>196</sup> Yani tahkimin anlaşmada belirlenen esaslar temelinde yapılmasına rıza göstermektedir.<sup>197</sup>

İki veya çok taraflı anlaşmalardaki hukuk seçimi kayıtları incelendiğinde bunların çeşitli biçimlerde kaleme alındıkları görülmektedir.

Çok taraflı anlaşmalara örnek gösterebileceğimiz NAFTA ve Enerji Şartı Anlaşması’nda uygulanacak hukuk olarak yalnızca uluslararası hukuk kaynakları öngörülmüştür:

---

<sup>194</sup> *Antonie Goetz et. al v Republic of Burundi* kararında hakem heyeti iki taraflı yatırım anlaşmasının yalnızca ICSID’in ve hakem heyetinin yetkisinin temelini oluşturmadığını; aynı zamanda uygulanacak hukuku belirlediğini ifade etmiştir. Bkz. *Antoine Goetz et al v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 10 February 1999, para. 68-69.

<sup>195</sup> Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, “The Meaning of ‘and’ in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, **ICSID Review Foreign Investment Law Journal**, Vol. 18, No. 2, 2003, ss. 375-411, s. 376 (Bundan sonra “The Role of International Law”; Dolzer, Schreuer, **Principles of International Investment Law**, s. 254; Parra, “Applicable Law in Investor-State Arbitration”, s. 8.

<sup>196</sup> Dolzer, Schreuer, **Principles of International Investment Law**, s. 289.

<sup>197</sup> Örneğin, *Antonie Goetz et. al v Burundi* kararında hukuk seçiminin yatırım anlaşmasının tarafları olan Burundi ve Belçika devletleri arasında yapıldığı, yani tahkimin tarafları olan Burundi ve yatırımcılar arasında böyle bir anlaşma bulunmadığı belirtilmiştir. Ancak uyuşmazlık taraflarının uygulanacak hukuk konusundaki rızası şu şekilde tespit edilebilmiştir: Burundi devleti zaten Belçika-Burundi iki taraflı yatırım anlaşmasının tarafı olarak uygulanacak hukuk kaydını kabul etmiş olmaktadır. Başvurucu yatırımcılar ise uyuşmazlığı bu anlaşma temelinde tahkime götürmek yönünde bir tercihte bulunmuştur. Bu tercih uygulanacak hukuku da kapsadığından rıza olarak yorumlanmıştır. *Antonie Goetz v Burundi*, Award, para. 94.

NAFTA'nın yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü düzenleyen 11. Bölümünde yer alan 1131. maddesine göre,

“bu bölüm uyarınca teşekkül eden hakem heyeti uyuşmazlığa NAFTA'yı ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını uygulayacaktır.”

Enerji Şartı Anlaşması'nda yer alan ve yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklarda yine yalnızca uluslararası hukuku uygulanacak hukuk olarak kabul eden kayda göre ise;

“hakem heyeti uyuşmazlığı Enerji Şartı Anlaşması ve uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları ve prensiplerine göre çözümlenecektir” (md. 26).

Hukuk seçimi kaydına yer verilen iki taraflı yatırım anlaşmalarına gelindiğinde; münhasıran uluslararası hukuk kaynaklarının uygulanmasını öngören anlaşmalar bulunduğu gibi; hem uluslararası hukuk hem de iç hukuk kaynaklarını uygulanacak hukuk olarak belirleyen anlaşmalar da mevcuttur.

Yatırım anlaşmalarında sıklıkla başvurulmuş hukuk seçimi formülü şu biçimde kaleme alınmıştır:

- “(a) uluslararası yatırım anlaşmasının kendisi,
- (b) ev sahibi devletin hukuku,
- (c) yatırım sözleşmesi,
- (d) genel uluslararası hukuk (veya uluslararası hukukun genel prensipleri).”<sup>198</sup>

*Antonine Goetz v Burundi* kararında bu tür bir hukuk seçimi kaydı söz konusudur. Kararda hakem heyeti uygulanacak hukuk konusunda detaylı teorik

---

<sup>198</sup> Andrew Newcombe, Lluís Paradell, **Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment**, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009, s. 79; Dolzer, Schreuer, **Principles of International Investment Law**, s.290. Ayrıca Douglas'a göre hakem heyetince hangi hukuk seçimi kuralı uygulanırsa uygulansın; yatırım uyuşmazlıklarında uygulanacak hukuk saydığımız bu dört kaynaktan oluşmaktadır. Bkz. Zachary Douglas, “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, **British Yearbook of International Law**, C. 74, No 1, 1 January 2004, ss. 151–289 , s. 194. (Bundan sonra “The Hybrid Foundations”)

tartışmalara yer vermiş ve iç hukuk-uluslararası hukuk ilişkisi hakkında değerlendirmelerde bulunmuştur. Hakem heyetinin yetkisinin dayanağı olan anlaşma, 1989 Belçika/Lüksemburg Ekonomik Birliği-Burundi arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasıdır. Anlaşma md. 8(5)'te yer alan hukuk seçimi kaydına göre:

“Tahkim organı şu temelde karar alır:

- yatırımın ülkesinde yer aldığı ve uyumsuzluğun tarafı olan akit devletin kanunlar ihtilafı kuralları dahil olmak üzere iç hukuku

-işbu Anlaşma hükümleri

-Yatırım ile ilgili olabilecek özel anlaşma şartları (*the terms of the particular agreement*)

-uluslararası hukukun genel kabul gören kural ve prensipleri”<sup>199</sup>

Bu hükmü değerlendiren hakem heyeti, uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun iç hukuk ile uluslararası hukukun birleşiminden oluştuğuna karar vermiştir.<sup>200</sup> Bu tespit hakem heyetini iç hukuk ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkiyi incelemeye yöneltmiştir. Buna göre, bu ikisi arasında bir tamamlayıcılık ilişkisinin (*a relation of complementarity*) geçerli olduğu kabul edilmelidir.<sup>201</sup>

Hakem heyeti eylemin hukuka uygunluğu konusunda uluslararası hukuk ve iç hukuk altında farklı sonuçlara varılabileceğini ifade etmiştir. *ELSI* davasında UAD'ın aynı yöndeki tespitine<sup>202</sup> atıfta bulunulan karara göre, bir eylem iç hukuka göre hukuka aykırı iken, uluslararası hukuka uygun kabul edilebileceği gibi; tam tersine iç hukuka uygun bir eylem uluslararası hukuka aykırı kabul edilebilir.<sup>203</sup>

<sup>199</sup> *Antonie Goetz v Burundi, Award, para. 94.* Karar Fransızca kaleme alınmıştır. Kararın uygulanacak hukuka ilişkin kısmının İngilizce özeti için bkz. Taida Begic, **Applicable Law in International Investment Disputes**, The Netherlands, Eleven International Publishing, 2005, s. 32 vd. Karar hakkında genel bir rapor için bkz. Nur Natalia Adnan, Anastasia Ugale, **School of International Arbitration Case Report** (Çevrimiçi) [https://www.transnational-dispute-management.com/downloads/1859\\_case\\_report\\_antoinette\\_goetz\\_v\\_burundi.pdf](https://www.transnational-dispute-management.com/downloads/1859_case_report_antoinette_goetz_v_burundi.pdf), 09.08.2018.

<sup>200</sup> *Antonie Goetz v Burundi, Award, para. 95.*

<sup>201</sup> *Ibid.*, para. 98.

<sup>202</sup> *Eletronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 74, para. 124: “Bir kamu otoritesinin eyleminin iç hukuka aykırı olması, muhakkak bir anlaşmaya aykırı olduğu veya başka bir şekilde uluslararası hukuka aykırı olduğu anlamına gelmez.”*

<sup>203</sup> *Ibid.*, para. 99.



Bu halde heyet Belçika-Burundi iki taraflı yatırım anlaşmasının 7. maddesini göz önünde bulunduracağını ifade etmiştir. Söz konusu md. 7(2)'ye göre uygulanabilir kurallar arasında bir çatışma bulunması halinde, hakem heyeti yatırımcı açısından en avantajlı olan kuralı uygulamak zorundadır.<sup>204</sup>

Hakem heyeti bu durumda uyumsuzluğu her iki hukuk sistemine (iç hukuk ve uluslararası hukuk) göre birlikte incelemekle yükümlü olduğunu ve aralarında *a priori* bir hiyerarşi kurulmadığını ifade etmiştir. Her iki hukuk sistemi de kendi uygulama alanında üstün kabul edilecek; aralarında bir çatışma olması halinde, tarafların anlaşması ile yatırımcı açısından en avantajlı olan kurallar uygulanacaktır.<sup>205</sup>

Yukarıda özetlediğimiz ve hakem heyetinin kendi sınırlarını çizdiği teorik ilkelere sonra, bu hukuk düzenlerine ait kuralların uyumsuzluğun esasına ne şekilde uyguladığını incelemek gerekir. Böylece hakem heyetince “tamamlayıcılık ilişkisi” ifadesi ile ne kast edildiği ortaya konabilecektir.

Uyumsuzluk, yatırımcıya vergi ve gümrük konularında bazı muafiyetler sağlayan “serbest bölge lisansı”nın Burundi devleti tarafından geri alınmasının hukuka aykırı olduğu yönündeki iddialara dayanmaktadır. Özetlemek gerekirse, heyet hukuka aykırılık iddialarını ilk önce Burundi hukukuna göre değerlendirmiş; daha sonra ise uluslararası hukuka aykırı olup olmadığını incelemiştir. Sonuçta “serbest bölge lisansı”nın geri alınması işleminin Burundi hukukuna uygun olduğu tespit edilirken, uluslararası hukuka ise aykırı olduğuna hükmedilmiştir.

*Maffezini v. Spain*<sup>206</sup> kararına konu uyumsuzlukta taraflar arasındaki hukuk seçimi kaydı şu şekildedir: “*Hakem mahkemesi uyumsuzluk hakkında işbu Anlaşma hükümleri, taraflar arasında akdedilmiş diğer anlaşma hükümleri, kanunlar*

---

<sup>204</sup> **Ibid.**

<sup>205</sup> **Ibid.**

<sup>206</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000.

*ihtilafına ilişkin kurallar dahil olmak üzere yatırımın ülkesinde yapıldığı akit devletin hukuku ve uluslararası hukukun genel prensipleri uyarınca karar verir.*<sup>207</sup>

*Antoine Goetz v Burundi* kararının aksine *Maffezini v Spain* davasında hakem heyeti uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralları konusunda teorik bir incelemede bulunmamıştır. Doğrudan uyuşmazlığın esasına girilerek, bazı hukuki meselelere iç hukuk, bazılarında uluslararası hukuk, bazılarında ise her ikisine ait hukuk kurallarını uygulamıştır.

Örneğin bir devlet şirketi olan SODIGA'nın eylemlerinin İspanya devletine atfedilip atfedilemeyeceğini belirlemek için ILC Maddeleri'ni, yani devletin uluslararası sorumluluğu hukukunu uygulamıştır.<sup>208</sup> Çevresel etki değerlendirme meselesine ilişkin olarak ise genel uluslararası hukuk, İspanya hukuku, Avrupa Topluluğu hukuku ve iki taraflı yatırım anlaşmasını birlikte uygulamıştır.<sup>209</sup> Yatırımcı ile devlet birimi arasında bir sözleşme yapıp yapılmadığını belirlemek için İspanya Medeni Kanunu ve Ticaret Kanunu'nu uygulamıştır.<sup>210</sup>

Basit bir listeleme biçiminde yapılmış bu tür bir hukuk seçiminde, sayılan kaynaklardan birinin diğerine üstünlüğü yani hiyerarşik bir ilişki mevcut değildir. Anlaşma taraflarının bu yönde bir iradesinin tespit edilememesi, uluslararası hukuk ve iç hukuku uygulama noktasında hakem heyetlerine oldukça geniş bir takdir marjı bırakmaktadır.

*Siemens v. Argentine*<sup>211</sup> kararına konu uyuşmazlıkta iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan hukuk seçimi kaydına göre uygulanacak hukuk iki taraflı yatırım anlaşmasının kendisi, akit taraflar arasında yürürlükte olan diğer anlaşmalar, uluslararası özel hukuk kuralları dahil olmak üzere yatırım ülkesinde yapıldığı akit

<sup>207</sup> Arjantin-İspanya İki Taraflı Yatırım Anlaşması, madde 10(5).

<sup>208</sup> Dolzer ve Schreuer atfedilme meselesine uluslararası hukuk kurallarının uygulandığını; SODIGA'nın yapısı ve faaliyetleri incelenirken ise İspanya devleti hukukuna başvurulduğunu belirtmektedir. (Bkz. Dolzer, Schreuer, **Principles of International Investment Law**, s. 291.) Kanaatimizce iç hukuka dayanılarak yapılan bu inceleme, iç hukuk kurallarının uyuşmazlığın esasına uygulanması niteliğinde değildir. Hakem heyeti SODIGA'nın yapısı ve faaliyetleri nedeniyle bir devlet şirketi sayılıp sayılmayacağını belirlemek için atfedilme konusuna ilişkin bir "vakıa" yahut "delil" olarak iç hukuk kurallarına başvurmuştur.

<sup>209</sup> *Maffezini v. Spain*, Award, para. 67-69.

<sup>210</sup> **Ibid.**, para. 89-90.

<sup>211</sup> *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 17 January 2007.

devletin iç hukuku ve uluslararası hukukun genel prensipleri olarak öngörülmüştür.<sup>212</sup> Hakem mahkemesi uluslararası hukukun rolüne ilişkin yaptığı değerlendirmede, uluslararası hukukun tamamlayıcı ve düzeltici bir rol taşıyacağı fikrini kabul etmediğini ifade etmiştir.<sup>213</sup> Buna göre hakem mahkemesi, kendisini anlaşmanın ihlali iddiaları bakımından yetkili görmüş ve Arjantin'in eylemlerini anlaşma uyarınca üstlendiği yükümlülükler bakımından inceleyeceğini belirtmiştir. Böylece incelemenin ICSID Sözleşmesi, yatırım anlaşması ve uluslararası hukuka tâbi olduğuna; Arjantin iç hukukunun ise Arjantin tarafından alınan tedbirlerin ve Arjantin'in eylemlerinin delilini oluşturduğuna karar verilmiştir.<sup>214</sup>

Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı yatırım anlaşmalarında genellikle rastlanan hukuk seçimi formülasyonu bulunmaktadır. Bu anlaşmalarda farklı biçimlerde kaleme alınmış hukuk seçimlerine rastlanmaktadır.

Söz konusu listeleme tekniği bazı sorular doğurmaktadır: Sayılan kaynaklar arasında hiyerarşik bir ilişki mevcut mudur? Diğer bir deyişle hangi kaynak diğerine üstün sayılacaktır? Kurallar arasında bir çatışma olmadığı takdirde uygulama bakımından bir problemle karşılaşılmasa da uluslararası hukuk ve iç hukuk kurallarının çatışması halinde nasıl bir çözüme gidilecektir?

Hukuk seçimi kayıtlarında yalnızca belirli hukukların veya hukuk kurallarının sıralandığı, yani tarafların hangisine üstünlük tanıma iradesi taşıdığına anlaşılmadığı ya da zaten böyle bir niyetlerinin olmadığı hallerde, hakem heyetleri geniş bir takdir yetkisi kullanmaktadır. Öyle ki, hakem heyetinin yorumuna göre

---

<sup>212</sup> **Ibid.**, para. 76.

<sup>213</sup> Uluslararası hukukun yalnızca iç hukuku tamamlayıcı ve düzeltici bir rolü olacağına ilişkin tartışmalar, esasen taraflar arasında bir hukuk seçiminin olmadığı; dolayısıyla ICSID Sözleşmesi madde 42(1) ikinci cümlesinde öngörülen tamamlayıcı kural ile ilgilidir. Tartışılan husus ICSID Sözleşmesi'nin bu hüküm ile uluslararası hukukun rolünü sınırlamayı amaçlayıp amaçlamadığıdır. Dolayısıyla bu konu aşağıda "Hukuk Seçiminin Yokluğunda Esasa Uygulanacak Hukuk" başlığı altında detaylı olarak incelenmektedir. Taraflar arasında hukuk seçimi bulunduğu hallerde, eğer belirtilmemişse uluslararası hukuka böyle sınırlı bir rol tanındığını düşünmek için bir gerekçe bulunmamaktadır. *Siemens v Argentine* kararı bakımından da hukuk seçimi kaydından böyle bir anlam çıkarmak için sebep yoktur. Yine de hakem mahkemesi uygulanacak hukuk meselesini bu tartışma bakımından da ele almış ve madde 42(1) ikinci cümlesi bağlamında uluslararası hukuka sınırlı rol tanınması gerektiği iddiasının ilgili hukuk seçimi kaydı bakımından geçerli olup olmadığını incelemiştir.

<sup>214</sup> *Siemens v Argentine*, Award, para. 78.

uyuşmazlığın çözümünde iç hukuka üstünlük tanınabileceği gibi uluslararası hukuka üstünlük tanınarak farklı bir netice elde edilmesi de mümkündür.

## **b. Zımnî Hukuk Seçimi**

Bazı durumlarda taraflar arasındaki anlaşmada açık bir hukuk seçimi hükmü yer almamaktadır. Tarafların uygulanacak hukuk konusundaki iradesi, hakem heyetleri tarafından yorum yoluyla ortaya çıkarılabilmektedir.

Hakem heyetinin zımnî hukuk seçiminin varlığına hükmetmesi halinde, ICSID Sözleşmesi md. 42(1) birinci cümlesi çerçevesinde bir hukuk seçimi mevcuttur. Dolayısıyla ICSID Sözleşmesi bağlamında açık ve zımnî hukuk seçimi aynı niteliktedir.

ICSID Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarına göre tarafların açık hukuk seçimi zorunlu olmayıp, hakem heyeti taraflar arasındaki ilişkiye dair vakıalar ve koşullardan çıkarılan zımnî bir anlaşma ile de bağlı olabilir.<sup>215</sup> Hukuk seçimi kaydı bulunmayan bazı durumlarda ise, hakem heyeti iddiaların anlaşmaya dayanması olgusundan hareketle<sup>216</sup> zımnî bir hukuk seçiminin var olduğu yorumunu yapmaktadır.

Zımnî hukuk seçimine ilişkin hakem heyeti uygulamaları farklılıklar göstermektedir. Bazı kararlarda tarafların tahkim prosedürü sırasındaki yazılı beyanları veya diğer bazı eylemleri zımnî bir hukuk seçiminin delili kabul edilmiştir.<sup>217</sup> Bazı kararlarda ise bir adım daha ileri gidilerek bu gibi deliller dahi aranmamış; yatırımcının uluslararası yatırım anlaşmasına dayanan iddialarının varlığı

---

<sup>215</sup> **History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States**, Washington D. C., ICSID Publication, 1968, s. 570, para. 59.

<sup>216</sup> Dolzer, Schreuer, **Principles of International Investment Law**, s. 291.

<sup>217</sup> *AAPL v Sri Lanka*, Award; *Enron v Argentine*, Award.

tek başına bir hukuk seçiminin göstergesi kabul edilmiştir.<sup>218</sup> Aşağıda zımni hukuk seçimine ilişkin ICSID uygulamasından bazı örneklere yer verilecektir.

*AAPL v. Sri Lanka* kararı, görünürde taraflar arasında bir hukuk seçimi anlaşması olmamasına rağmen; tarafların bazı eylem ve işlemlerinden hareketle zımnen hukuk seçimi konusunda anlaşmalarına hükmedilen ICSID uygulaması örneklerinden biridir.

Söz konusu kararda hakem heyetinin yetkisi hukuk seçimi kaydı içermeyen iki taraflı bir yatırım anlaşmasına dayanmaktadır. Hakem heyeti taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının bulunmadığı, dolayısıyla uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce tarafların hukuk seçme haklarını kullanmadığını tespit ettikten sonra; bu özel koşullarda hukuk seçiminin ancak tarafların tahkim yargılaması sırasındaki eylemlerinin gözlemlenmesi ile ortaya çıkarılabileceğini belirtmiştir.<sup>219</sup>

Hakem heyeti yatırımcının temel iddialarını anlaşmaya dayandırmasının ev sahibi devlet tarafından itiraza konu olmadığını, ev sahibi devletin de ana argümanlarını iki taraflı yatırım anlaşmasına dayandırdığını ve yine ev sahibi devletin Sri Lanka Anayasası'nın uluslararası anlaşmaları Sri Lanka hukukunun bir parçası olarak kabul eden maddesini öne sürdüğünü tespit etmiştir. Buna göre, her iki taraf da aralarındaki yatırım anlaşmasının uygulanacak hukuk kuralları arasında birincil kaynak olduğunu gösterecek biçimde davranmıştır.<sup>220</sup>

Kısacası öncelikli olarak uygulanacak hukuk iki taraflı yatırım anlaşmasıdır. Ancak anlaşma tek başına ve doğrudan kaynaklık etme kapasitesi sınırlı bir kaynak olarak değerlendirilmiştir. Hakem heyeti anlaşmanın diğer hukuk düzenlerinden ayrı

---

<sup>218</sup> *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000, para. 78, 79 *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, para. 288-91; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 85, 97-98 *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, 30 June 2009, para. 99; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, para. 109, 110; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, para. 86; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para. 67.

<sup>219</sup> *AAPL v. Sri Lanka*, Award, para.18-20.

<sup>220</sup> *Ibid.*, para. 20.

“bağımsız ve ve kapalı bir hukuk sistemi” (*self-contained closed legal system*) olmadığını ve açıkça veya zımni olarak anlaşmaya eklenilen diğer kaynaklar dahil olmak üzere daha geniş bir hukuki çerçevede düşünülmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kaynaklar iç hukuk veya uluslararası hukuk karakteri taşıyabilir.<sup>221</sup>

Tarafların iradesi de hakem heyetinin tamamlayıcı hukuk kuralları olarak iç hukuk ve genel uluslararası hukukun uygulanması yönündeki yukarıdaki değerlendirmesini destekler niteliktedir: Aralarındaki iki taraflı yatırım anlaşmasının “en çok gözetilen ulus kaydı” ve “zararların tazmini”ne ilişkin maddeleri<sup>222</sup> ile tarafların tebliğleri belirli meselelerde uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ile Sri Lanka hukukunun tamamlayıcı hukuk kuralları olarak uygulanması konusunda bir anlaşmayı işaret etmektedir. Kararında bu durumu göz önünde bulunduran hakem heyeti, tamamlayıcı kurallar olarak uluslararası hukuk ve iç hukuk kurallarını uygulanabilir bulmuştur.<sup>223</sup>

Sonuç olarak, hakem heyeti anlaşma hükümlerinden ve tarafların iki taraflı yatırım anlaşmasının uygulanması yönündeki iradelerinden hareketle hukuk seçiminin varlığına hükmetmiştir. Anlaşmanın uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi kaçınılmaz olarak uluslararası teamül hukuku kurallarının da tamamlayıcı hukuk olması sonucunu doğurmuştur. Ayrıca taraf iradeleri de hem uluslararası hukuk hem de iç hukukun tamamlayıcı rolünü desteklemektedir.

<sup>221</sup> *Ibid.*, para. 21.

<sup>222</sup> 1980 tarihli Birleşik Krallık/Sri Lanka İki Taraflı Yatırım Anlaşması md. 3'te “en çok gözetilen ulus kaydı” yer almaktadır. Buna göre; hiçbir Akit Taraf kendi ülkesinde, diğer Akit Tarafın uyruklarına ait yatırım ve kazançlarını kendisi veya üçüncü bir devletin uyruklarına ait yatırım ve kazançlarına tanınandan daha az elverişli bir muameleye tabi tutmayacaktır. (md.3(1))

Yine hiçbir Akit Taraf kendi ülkesinde diğer Akit Tarafın uyruklarına yatırımlarının idaresi, kullanımı ve tasarrufu konusunda daha az elverişli muamelede bulunmaz. (md.3(2))

Yine ilgili anlaşmada hiçbir Akit Tarafın diğer Akit Tarafın uyuğundaki yatırımcının savaş, silahlı çatışma vb. sebeplerle uğrayacağı zararın onarım ve tazmini konusunda daha az elverişli muameleye tabi tutulamayacağı hüküm altında alınmıştır. (md. 4)

Birleşik Krallık/Sri Lanka İki Taraflı Yatırım Anlaşması metni için Bkz. (Çevrimiçi, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2293>, 10.05.2018) Ayrıca bkz. *AAPL v. Sri Lanka*, Award, para. 21.

İlgili maddelerden anlaşılacağı üzere, en çok gözetilen ulus kaydı üçüncü bir devletle yapılan anlaşmalardaki veya ev sahibi devletin hukukundaki en elverişli düzenlemelere atıf yapmakta olup, taraflar arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasından başka bir anlaşmadaki hükümleri uygulanacak hukuk haline getirmektedir. Dolayısıyla, en çok gözetilen ulus kaydının varlığı tek başına, taraflar arasındaki iki taraflı yatırım anlaşması dışındaki belirli kaynakların uygulanmasını öngören bir hukuk seçimi kaydı işlevi görmektedir.

<sup>223</sup> *AAPL v. Sri Lanka*, Award, para. 21-22.

*Enron Corp. v. Argentine* kararına konu uyuşmazlıkta da taraflar arasında hukuk seçimi konusunda bir anlaşma yoktur. Bu halde, hukuk seçimi yokluğunda uygulanacak tamamlayıcı kural olan md. 42 (1) ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu olmuştur. Bu durumda taraf iradelerinden bağımsız olarak, md. 42 (1) ikinci cümlesinde yer alan kuralın “uluslararası anlaşmaların yorumlanmasına dair kurallar” çerçevesinde yorumlanması beklenebileceken; hakem heyeti tarafların dilekçelerindeki ifadelerinden yola çıkarak uygulanacak hukuk konusundaki iradelerini de dikkate almıştır: Taraflar tahkim prosedürü içerisinde iddialarını özellikle doğalgaz hukukuna ilişkin kurallar olmak üzere, Anayasa, Medeni Kanun, mahkeme kararları gibi Arjantin hukuk sistemine ait kurallara, iki taraflı yatırım anlaşmasına, diğer uluslararası anlaşmalara ve uluslararası teamül hukukuna dayandırmıştır.<sup>224</sup>

Bu durumu göz önüne alan hakem heyeti md. 42 (1) ikinci cümlesi çerçevesinde ev sahibi devlet hukuku ve uluslararası hukuka tanıyacağı rolü tarafların iradeleri uyarınca belirlemiş ve uyuşmazlığın çözümünde iddialara uygun ve ilgili olduğu ölçüde Arjantin hukuku ve uluslararası hukuku birlikte uygulamaya karar vermiştir.<sup>225</sup>

Bazı ICSID kararlarında ise, uyuşmazlık konusu iddiaların uluslararası yatırım anlaşmasına dayandırılması zımni bir hukuk seçiminin var olduğu şeklinde yorumlanmıştır. İki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan yatırımcı-devlet tahkimi kayıtlarında, söz konusu anlaşmadan doğan yatırım uyuşmazlıklarının tahkime götürülebileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla yatırımcının anlaşmaya dayanan bu iddialarının ilgili anlaşma ve o anlaşmanın tabi olduğu hukuk olan uluslararası hukuka uygun olarak çözümlenmesi gerekir. Bu durum bazı hakem heyetlerini tarafların bu yöndeki rızasını aramaya yöneltmiştir.

*ADC Affiliate v. Hungary* kararına göre taraflar iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan ve “bir akit devlet ile diğer akit devletin yatırımcısı arasında

<sup>224</sup> *Enron v. Argentine*, Award, para. 206, 207.

<sup>225</sup> *Ibid.*, para. 209.

Belirtmek gerekir ki, tarafların iradesi her ne kadar ev sahibi devlet hukuku ve uluslararası hukukun rolünün belirlenmesinde dikkate alınmış ise de, hakem heyeti uygulanacak hukuka ilişkin zımni bir hukuk seçiminin varlığına hükmetmemiştir.

yatırımın kamulaştırılması ile ilgili herhangi bir uyuşmazlık” için öngörülen yatırımcı-devlet tahkimi kaydını kabul etmekle, anlaşma hükümlerinin uygulanmasına da rıza göstermişlerdir.<sup>226</sup> Hakem heyeti bu rızanın ICSID Sözleşmesi md. 42(1) birinci cümlesi kapsamına girdiğini belirtmiştir. Yani taraflar arasında bir hukuk seçimi olduğu yorumunda bulunmuştur. Rıza ayrıca anlaşma hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması ile ilgili olduğu ölçüde uluslararası teamül hukuku dahil olmak üzere, genel uluslararası hukukun uygulanması konusunda bir anlaşma olarak kabul edilmelidir.<sup>227</sup> İç hukuka yapılan atıf ise yalnızca kamulaştırma için ödenecek tazminat konusu ile sınırlı olduğundan, diğer meselelerin iki taraflı yatırım anlaşması hükümlerine tabi olduğu –ki nihai olarak o da uluslararası hukuka tabidir – kabul edilmelidir.<sup>228</sup>

*MTD Equity v. Republic of Chile* kararında da hakem heyeti, uyuşmazlığın iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanmasının, tarafların uyuşmazlığın esasına uluslararası hukukun uygulanacağı konusunda anlaşmış oldukları anlamına geldiğini belirtmiştir.<sup>229</sup>

*Azurix v. Argentine Republic* kararında ise iddiaların iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanması sebebiyle; hakem heyeti incelemenin ICSID Sözleşmesi, iki taraflı yatırım anlaşması ve uygulanabilir uluslararası hukuk kurallarına tabi olacağını, ev sahibi devlet hukuku olan Arjantin hukukunun ise, uyuşmazlık konusu iddiaların anlaşma kaynaklı olması sebebiyle incelemenin bir unsurunu oluşturmaktan fazlası olmadığını ifade etmiştir.<sup>230</sup>

---

<sup>226</sup> *ADC Affiliate v. Hungary*, Award, para. 290.

<sup>227</sup> **Ibid.**

<sup>228</sup> **Ibid.**, para. 292. İki taraflı yatırım anlaşması md. 4(3) uyarınca kamulaştırma nedeniyle verilecek tazminatın miktarı kamulaştırmanın yapıldığı devlet hukukuna göre belirlenecektir. Anlaşmada ev sahibi devlet hukukuna yalnızca bu konu ile sınırlı olmak üzere atıfta bulunulduğundan; bunun dışında kalan diğer tüm meselelerin anlaşma hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir. Anlaşma ise uluslararası hukuka tabi olacaktır.

<sup>229</sup> *MTD Equity v. Republic of Chile*, Award, para. 86.

<sup>230</sup> *Azurix v. Argentine Republic*, Award, para. 67. İddiaların anlaşma temelli olması nedeniyle uygulanacak hukukun ilgili iki taraflı yatırım anlaşması ve uluslararası hukuk olarak belirlendiği diğer davalar için bkz. Örneğin *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, para. 8.12; *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Award, 27 October 2006, para. 39-40.



## 2. Hukuk Seçiminin Yokluğunda Esasa Uygulanacak Hukuk (Tamamlayıcı Kurallar)

Taraflar arasında açık veya zımni, herhangi bir hukuk seçimi bulunmaması halinde tamamlayıcı kurallar devreye girmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi ICSID Sözleşmesi md.42(1) ikinci cümlesinde tarafların hukuk seçimi bulunmayan hallerde uyuşmazlığa ev sahibi devletin hukuku ile uluslararası hukukun birlikte uygulanması öngörülmüştür. Bu iki sisteminde konuya ilişkin öngörülen kuralların aynı yönde olması halinde, birinin diğerine tercih edilmesi gerekmeceğinden ikisinin birlikte uygulanması mümkündür. Bu bakımdan zorluk yaratacak durum uluslararası hukuk ile ev sahibi devlet hukukunun birbiri ile çatışan düzenlemeler öngörmesidir.

ICSID Sözleşmesi md.42(1) ikinci cümlesi hükmünde öngörülen kuralın ne anlama geldiği ve nasıl uygulanacağı konusunda hakem heyeti içtihatları farklılıklar göstermektedir. Geniş kabul gören bir teoriye göre ilgili kural uyarınca uluslararası hukuk, ev sahibi devletin hukuku karşısında tamamlayıcı ve düzeltici (*supplemental and corrective*) bir fonksiyona sahiptir. Bu görüşe göre md.42(1) uyarınca öncelikle ev sahibi devletin hukuku uygulanır. Uluslararası hukuka ise ev sahibi devlet hukukunda bir boşluk varsa bunun giderilmesi için (tamamlayıcı rol) ve ev sahibi devletin hukuku uluslararası hukuka aykırı ise uluslararası hukuka üstünlük tanınarak bu aykırılığın giderilmesi için (düzeltici rol) başvurulur.

Özellikle eski tarihli ICSID kararlarında rastlanan bu yaklaşımın önemli bir örneği 1986 tarihli *Amco v. Indonesia* ad hoc iptal komitesi kararıdır<sup>231</sup>. Karara göre:

“Madde 42(1) ikinci cümlesi ICSID hakem heyetinin uluslararası hukuk kurallarını uygulamasına yalnızca uygulanacak iç hukukta bulunan bir boşluğun (lacuane) doldurulması ve iç hukukun uluslararası hukuk normları ile çatışması halinde, uluslararası hukuka üstünlük tanınması hallerinde cevaz verir.”<sup>232</sup>

<sup>231</sup> *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Annulment, 16 May 1986.

<sup>232</sup> *Ibid.*, para. 20.

Her ne kadar uluslararası hukuka tanınan rol bakımından yapılan tamamlayıcı ve düzeltici işlev ayırımının pratikte bir farklılık yaratmadığı ifade edilmiş ise de<sup>233</sup>, bu görüşün ilk ortaya atıldığı ve uygulandığı *Klöckner v Cameroon* iptal komitesi kararında<sup>234</sup>, uluslararası hukuka tanınan bu sınırlı rol nedeniyle, **hakemlerin kararlarını tek başına “uluslararası hukuk prensiplerine” veya “kurallarına” dayandıramayacağı**, madde 42(1) düzenlemesinin buna cevaz vermediği belirtilmiştir.<sup>235</sup> Bu kararı takip eden sonraki bazı hakem mahkemesi kararlarında, her ne kadar uluslararası hukuka iç hukuk karşısında tamamlayıcı ve düzeltici bir işlev tanındığı görüşü benimsenmiş ise de, *Klöckner v Cameroon* iptal komitesi kararında olduğu gibi uluslararası hukukun tek başına bir kararın esasını oluşturmayacağı fikri tekrar edilmemiştir.<sup>236</sup> Bu kararlarda vurgulanan husus, iç hukuk ile çatışma olması halinde uluslararası hukuka üstünlük tanınacağıdır. Bu bakımdan ilgili kararın bu yönüyle radikal ve istisnai bir örnek oluşturduğu söylenebilir.

Uluslararası hukukun tamamlayıcı ve düzeltici rolünü savunan görüş her ne kadar bazı ICSID kararlarında uygulanmış olsa da; bunların hiçbirinde iddiaların dayanağı bir yatırım anlaşmasının ihlali olmayıp iddialar devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmeye dayanmaktadır.<sup>237</sup> Sözleşmenin tâbi olduğu hukukun ev sahibi devlet hukuku olması dolayısıyla ev sahibi devlet hukuku lehine yorum yapılarak

<sup>233</sup> 1990 yılında uyuşmazlığı yeniden ele alan hakem heyeti, uluslararası hukuka “tamamlayıcı ve düzeltici” bir rol tanınması şeklinde yapılan ayırımın aslında bir farklılık içermediğini şöyle ifade etmiştir:

“*Heyet, md. 42(1)’in ev sahibi devlet hukuku ve uluslararası hukukun uygulanmasını öngördüğünü kaydeder. Eğer ev sahibi devlet hukukunda belirli bir meseleye ilişkin kural bulunmuyorsa, ilgili uluslararası hukuk kuralları araştırılmalıdır. Ayrıca, ev sahibi devlet hukukunda uygulanacak kural bulunduğu takdirde, bunların uluslararası hukuk kuralları ile karşılaştırılması ve çatışma halinde uluslararası hukuka üstünlük tanınması gerekir. Dolayısıyla uluslararası hukuk tümüyle uygulanabilir ve rolünün ‘yalnızca’ tamamlayıcı ve düzeltici olarak sınıflandırılması fark yaratmayan bir ayırım gibi görünmektedir.*” Bkz. *Amco v. Indonesia*, Resubmitted Case: Award, 5 June 1990, para. 40.

<sup>234</sup> *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment, 16 May 1986.

<sup>235</sup> *Ibid.*, para. 67-69.

<sup>236</sup> *Amco v. Indonesia*, Decision on Annulment, para. 20; aynı yönde bkz. *Klöckner v Cameroon*, Decision on Annulment, para. 69; *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31 March 1986, **International Legal Materials**, Vol. 26, No. 3, 1987, ss. 647-679, s 658, *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000, **ICSID Review Foreign Investment Law Journal**, Vol. 15, No.1, 2000, ss. 169-204, s. 191.

<sup>237</sup> Parra, “Applicable Law in Investor-State Arbitration”, s. 6

uluslararası hukuka sınırlı bir rol tanınması anlaşılabilir bir durumdur. Bu görüşün yaklaşık yirmi yıl boyunca ağırlığını koruduğu ve farklı görüşlerin azınlıkta kaldığı ifade edilmektedir.<sup>238</sup> Bugün ise ICSID önündeki davaların çoğu yatırım anlaşmalarına dayanmaktadır.<sup>239</sup>

Diğer yandan hakem mahkemelerinin uluslararası hukuka yardımcı veya ikincil nitelikte bir rolden daha fazlasını tanıdığı belirtilmektedir.<sup>240</sup> Bu rolü açıklayan ve ICSID uygulamasında benimsenen diğer bir teoriye göre ise md.42(1)'den uluslararası hukukun tamamlayıcı ve düzeltici bir rol taşıdığı anlamı çıkarılamaz. ICSID Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları ve geçmişinin de uluslararası hukukun böyle sınırlı bir biçimde tanınmasını desteklemediği belirtilmektedir.<sup>241</sup> Buna göre ICSID Sözleşmesi madde 42(1)'de uluslararası hukuk da ev sahibi devlet hukuku gibi doğrudan ve tek başına uygulanabilir hukuku oluşturur. Yani tamamlayıcı ve düzeltici fonksiyon ile sınırlı kalmaksızın; hem ev sahibi devlet hukuku hem de uluslararası hukuk hakem heyetince uyuşmazlığa uygulanacaktır.

Bu konuda hakem mahkemesine doğrudan uluslararası hukuka başvurma özgürlüğü tanınması bakımından *Wena Hotels v Egypt* ad hoc iptal komitesi kararında<sup>242</sup> benimsenen anlayışın bir dönüm noktası olduğu belirtilmektedir.<sup>243</sup>

Kararın iptali için başvurulmasının gerekçesi taraflar arasındaki kira sözleşmesine bu sözleşmenin tabi olduğu hukuk olan Mısır hukuku yerine, iki taraflı yatırım anlaşmasının uygulandığı iddiasıdır. Mısır devleti kira sözleşmesi ile yatırım anlaşması arasında uygulanacak hukuk bakımından bir ayırım yapılması gerektiğini iddia etmiştir. İptal komitesi ise kira sözleşmesinin konusu ile ICSID tahkimine taşınan ve yatırım anlaşmasına dayanan uyuşmazlığın konusunun birbirinden farklı olduğunu belirtmiştir.<sup>244</sup> Bu bakımdan kira sözleşmesinde bulunan hukuk seçimi kaydı, yatırım anlaşması bakımından da bir hukuk seçimi olduğu anlamına

---

<sup>238</sup> Gaillard, Banifatemi, "The Role of International Law", s. 403.

<sup>239</sup> Parra, "Applicable Law in Investor-State Arbitration", s. 7.

<sup>240</sup> Dolzer, Schreuer, **Principles of International Investment Law**, s. 292.

<sup>241</sup> Gaillard, Banifatemi, "The Role of International Law", s. 383.

<sup>242</sup> *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment, 5 February 2002.

<sup>243</sup> Gaillard, Banifatemi, "The Role of International Law", s. 408.

<sup>244</sup> *Wena Hotels v Egypt*, Decision on Annulment, para. 36.

gelmemektedir.<sup>245</sup> Dolayısıyla ICSID Sözleşmesi madde 42(1) ikinci cümlesi uyarınca esasa uygulanacak hukuk belirlenecektir.

Bu minvalde, iptal komitesi şu yorumu yapmıştır:

“Bu tartışma madde 42(1) bağlamında uluslararası hukukun rolüne ilişkin farklı görüşleri gündeme getirmektedir. Akademik görüşler, yetkin hukukçuların yazıları ve bazı ICSID kararları bu mesele ile meşgul olmuştur. Bazı görüşler, uluslararası hukuka anlaşmalarda düzenlenen kuralların ötesinde Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38(1)'de tanımlanan daha fazla kaynağı içerecek biçimde daha geniş bir rol tanınmasını savunmuşlardır. Diğer görüşler ise uluslararası hukuka, boşluk bulunması halinde iç hukuku tamamlamak üzere başvurulacağını ifade etmiştir. Klöckner I ad hoc komitesi uluslararası hukuku, boşluk bulunması halinde uygulanacak iç hukukun tamamlayıcısı olarak ve uygulanacak iç hukukun uluslararası hukuk prensipleri ile bütün noktalarda uyumlu olmadığına düzeltici olarak ele almıştır. Ayrıca iç hukuk ile uluslararası hukukun jus cogens kavramında vücut bulan temel normları arasında çatışma bulunduğu ölçüde, uluslararası hukuk iç hukuku kontrol edici bir fonksiyona sahip olacağı şeklinde bir görüş de vardır.

Bu görüşlerin bazılarının ortak özelliği uluslararası hukukun rolünün sınırlanmasını ve ev sahibi devlet hukukunun vurgulanmasını amaçlamalarıdır. Bunun tersine olarak, uluslararası hukukun daha geniş biçimde uygulanmasını savunan görüş ev sahibi devlet hukukunun rolünü sınırlamayı amaçlamaktadır. Bu yaklaşımlardan hangisinin doğru olduğunun tek bir yanıtı yok gibi görünmektedir. Her olayın koşulları çözümlerden biri ya da diğerini haklı kılabılır. Ancak Komite'nin görevi bu mesele hakkında kesin sonuçlar ortaya koymak değil, yalnızca heyetin ICSID Sözleşmesi madde 42(1) uyarınca yetkilerini açıkça aşıp aşmadığına karar vermektir. Ayrıca bu hükmün ikinci cümlesinde ‘uygulanabilir’ sözcüğünün kullanılması göstermektedir ki Sözleşme uluslararası ve iç hukuk ayırımına ilişkin olarak kesin bir çizgi çizmemekte ve heyete belirli bir yorum payı ve yetkisi tanımaktadır.

Şu çok açıktır ki madde 42(1) ikinci cümlesine yol açan müzakerelerin anlam ve içeriği, her iki hukuk düzeninin de bir rolünün olmasına izin vermektedir. Eğer böylesi haklı ise ev sahibi devlet hukuku uluslararası hukuk ile bir arada uygulanabilir. Eğer uygun kural uluslararası hukuk sahasında bulunuyor ise uluslararası hukukun tek başına uygulanması da mümkündür.<sup>246</sup>

Ayrıca mahkeme, uluslararası anlaşmaların Mısır Anayasasına göre kanun kuvvetinde olduğunu, bazı durumlarda Mısır mahkemelerinin anlaşmanın önceki tarihli kanunlardan üstün olduğunu yanı sıra, sonraki tarihli kanunların da üzerinde olduğuna karar verdiğini vurgulamıştır.<sup>247</sup>

---

<sup>245</sup> **Ibid.**

<sup>246</sup> **Ibid.**, para. 38-40.

<sup>247</sup> **Ibid.**, para. 42.

Görüldüğü üzere *Wena Hotels v Egypt* iptal komitesi kararı uygulanacak hukuk konusunda hakem mahkemesine son derece geniş bir takdir marjı bırakmakta ve uluslararası hukuka tamamlayıcı ve düzeltici bir rol tanıyan yaklaşımın tam zıddını yansıtmaktadır. Buna göre hakem mahkemesi her iki hukuk sisteminde eşit şekilde uygulanabilir kurallar bulabilir ve davanın koşullarına göre bir boşluk ya da aykırılık tespiti gerekmeksizin doğrudan uluslararası hukuku uygulamaya karar verebilir.<sup>248</sup> Yine de bu geniş takdir yetkisinin bir kaygıya yol açmaması gerektiği, çünkü bunun sınırsız bir yetki olmayıp kararda her durumda uygulamanın meşruiyetinin sağlanması ve her kuralın kendi alanına uygulanmasının öngörüldüğü belirtilmektedir.<sup>249</sup>

*Wena Hotels v Egypt* iptal komitesi kararına benzer bir uygulamaya *CMS v Argentine* kararında da yer verilmiştir. Mahkeme ICSID Sözleşmesi madde 42(1) ikinci cümlesi hükmünü, birinin diğerine üstün olması gerekmeksizin hem iç hukuk hem de uluslararası hukukun uygulanmasına cevaz verdiği biçiminde yorumlamıştır.<sup>250</sup> Buna göre mahkeme önündeki meselede iç hukuk düzenlemeleri, anlaşma hükümleri ve uluslararası örf ve adet hukuku kuralları çok yakın ilişki içerisinde olup ayrılamaz (*inseperable*) ve bunların hepsi haklı olduğu ölçüde hakem mahkemesi tarafından uygulanır.<sup>251</sup> Mahkeme ayrıca Arjantin hukukuna göre çatışma halinde anlaşma hükümlerinin iç hukuk kurallarından üstün olduğunu, ancak önündeki meselede bir çatışma bulunmadığını belirtmiştir.<sup>252</sup>

Yalnızca ev sahibi devlet hukuku ile uluslararası hukuk arasında bir çatışma bulunması halinde, hakem mahkemesi hangisinin üstün olduğuna karar vermek zorundadır.<sup>253</sup> *LG&E v Argentine* kararında nihai olarak uluslararası hukukun üstün olduğuna karar verilmiştir. Buna göre: “Çatışma halinde uluslararası hukuk iç

---

<sup>248</sup> Gaillard, Banifatemi, “The Role of International Law”, s. 407.

<sup>249</sup> Parra, “Applicable Law in Investor-State Arbitration”, s. 12.

<sup>250</sup> *CMS v Argentine*, Award, para. 116.

<sup>251</sup> *Ibid.*, para. 117.

<sup>252</sup> *Ibid.*, para. 120-121.

<sup>253</sup> Dolzer, Schreuer, **Principles of International Investment Law**, s. 293.

hukuka üstündür; çünkü bir devlet iç hukukunun hükümlerini öne sürerek uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranmayı haklı kılamaz.”<sup>254</sup>

### **C. Güncel Uygulama Çerçevesinde Yatırım İhtilaflarında Uluslararası Hukukun Rolünün Genel Değerlendirmesi**

İncelediğimiz hakem mahkemesi ve iptal komitesi kararları göstermektedir ki taraflar arasında açık veya zımni bir hukuk seçimi bulunsa da bulunmasa da yatırım ihtilaflarının neredeyse tamamında uygulanacak hukuk ev sahibi devlet hukuku ile uluslararası hukuktan oluşmaktadır. Ancak son tahlilde uluslararası hukukun belirleyici ve üstün olduğunu vurgulamak gerekir. Elbette bu durum sayıları giderek artan iki taraflı yatırım anlaşmaları ve ICSID önündeki uyuşmazlıkların çoğunluğunu oluşturan yatırım anlaşmasına dayanan iddialar bakımından geçerlidir. Geçmiş dönemde devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmeye dayanan uyuşmazlıklar bakımından asıl belirleyici olanın sözleşmenin tâbi olduğu hukuk olan ev sahibi devlet hukuku olması ve uluslararası hukukun rolünün sözleşmeye dayanan iddialar bakımından sınırlanması doğal bir sonuçtur. Günümüzde ise uluslararası yatırım hukuku giderek, iki veya çok taraflı yatırım anlaşmalarına dayanan tahkim (*investment treaty arbitration*) olarak anlaşılmaya başlanmıştır. Bunun sebebi elbette, yatırım anlaşmalarının sayısı ve önemindeki beklenmedik artış ve yatırım ihtilaflarının büyük çoğunluğunun yatırım anlaşması temelinde dava konusu yapılmasıdır.<sup>255</sup> İhtilafın temelini uluslararası yatırım anlaşması ve bu anlaşmadan kaynaklanan yükümlülükler olması uygulanacak hukukun bu anlaşma ve onun tâbi olduğu uluslararası hukuk kuralları olmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan

<sup>254</sup> *LG&E v Argentine*, Decision on Liability, para. 94.

<sup>255</sup> Bkz. İnci Ataman Fıganmeşe, “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, *MHB*, C. 31, no. 1, 2011, ss. 91-152, s. 132: “Günümüzde yatırım ihtilaflarının % 85’lere kadar varan büyük çoğunluğu ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasında akdedilmiş ‘Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri’ne aykırılık iddiasıyla açılıyorsa da, halâ yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akde (mesela imtiyaz sözleşmesine) aykırılık iddiasıyla da açılan davalar görülmekte olup, bazı davaların da hem iki taraflı ‘Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesi’ne aykırılık hem de yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki akde aykırılık iddiasıyla açıldığı görülmektedir”. (referanslar göz ardı edilmiştir.) [Bundan sonra “Yatırım Tahkimi”]

taraflar arasında hukuk seçimi bulunup bulunmadığından bağımsız olarak, yatırım anlaşmasına dayanan tüm iddialar uluslararası hukuka tâbidir.

Diğer yandan uluslararası hukukun baskın niteliği, devlet sözleşmelerinin öneminin ortadan kalktığı biçiminde yorumlanmamalıdır. Artık çok sık rastlanmasa da doğrudan sözleşmeye dayanan ihtilaflar bakımından tahkim yolu öngörülebilmektedir veya çeşitli şekillerde (örneğin şemsiye kaydı marifetiyle) sözleşmeye dayanan iddialar da hakem mahkemeleri önünde yatırım anlaşması temelinde görülebilmektedir. Bu durumların hiçbiri olmasa dahi bazı meselelerin çözümü doğrudan ev sahibi devletin iç hukukunu ilgilendirdiğinden, bunlar için iç hukuka başvurmak gerekir.

*Douglas* yatırım tahkiminde esasa uygulanacak hukuk hakkında şöyle yazmıştır:

“ICSID Sözleşmesi tarafından yaratılan yatırımcı/devlet sorumluluk rejimi uygulanacak hukuk bakımından büyük çeşitliliğe sebep olan çok sayıda hukuki ilişkiyi içermektedir. Yatırımcı çoğunlukla bir akit devletin iç hukuku uyarınca kurulan bir tüzel kişi iken, yatırım genellikle farklı bir akit devletin hukuku uyarınca sahip olunan haklar demetidir. Kamu hukuku veya yatırıma ev sahipliği yapan akit devletin uluslararası düzenleyici yükümlülükleri bu özel hukuk haklarını etkileyebilir ve akit devletin kamusal eylemleri yatırım anlaşmalarında ve uluslararası örf ve adet hukukunda yer alan asgari standartların ihlali sebebiyle onun uluslararası sorumluluğuna yol açabilir. Bu nedenle uluslararası hukukun münhasır bir rol oynadığı ve iç hukuka dair meselelerin vakıaya dair sayıldığı devlet/devlet rejiminden farklı olarak, yatırımcı/devlet rejimi uygulanacak farklı hukuklardan oluşan bir çiçek dürbününe davetiye çıkarır.”<sup>256</sup>

*Douglas* yatırım hukukunda uygulanacak hukuku bir çiçek dürbününe benzeterek, bu alandaki hukuki ilişkilerin çokluğu nedeniyle farklı meselelere farklı hukukların uygulanmasını ifade etmektedir. Her meselenin taşıdığı iç hukuk ya da uluslararası hukuk karakteri bakımından sınıflandırılarak uygun olan hukukun

---

<sup>256</sup> Zachary Douglas, “Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID”, **The Law of International Responsibility**, ed. By James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, ss. 815-842, s. 832. (Bundan sonra “Specific Regimes of Responsibility”. Yazarın benzer açıklamalara yer verdiği bir başka eseri için bkz. Zachary Douglas, **The International Law of Investment Claims**, New York, Cambridge University Press, 2009, s. 40.

belirlenmesine “*proper law of the issue*” (*proper law* doktrini) denmektedir.<sup>257</sup> Bu yaklaşım dayanağını yukarıda incelediğimiz ve hakem mahkemelerinin iç hukuk ya da uluslararası hukuku uygulama noktasında geniş takdir hakkına sahip olduğunu kabul ettiği kararlardan almaktadır.

*Proper law* doktrini çerçevesinde uygulanacak hukuka ilişkin bazı belirlemeler yapılmıştır. Bu belirlemeler kısaca şöyle özetlenebilir:

- (1) Bir yatırım anlaşması hakem mahkemesi uyuşmazlıktaki meseleleri nitelendirme bunlara uygulanacak hukukları belirleme yetkisine kendiliğinden sahiptir.
- (2) Yatırımı oluşturan mülkiyet haklarının mevcudiyeti veya kapsamına ilişkin meselelerde uygulanacak hukuk, uluslararası özel hukuk kuralları dahil olmak üzere ev sahibi devlet hukukudur.
- (3) Davacının mülkiyet haklarının korunan bir yatırım teşkil edip etmediği meselesine uygulanacak hukuk yatırım anlaşmasının kendisidir.
- (4) Hakem mahkemesinin yetkisi ve iddialar ile karşı iddiaların kabul edilebilirliği meselelerine uygulanacak hukuk yatırım anlaşması ve ilgili olduğu takdirde ICSID Sözleşmesi’dir.
- (5) Davacının bir akit devlet vatandaşı olup olmadığı meselesine uygulanacak hukuk yatırım anlaşması ve o akit devletin iç hukukudur.
- (6) Bir tüzel kişinin yatırım hakem mahkemesi önünde iddia öne sürebilmeye ehil olup olmadığı meselesine uygulanacak hukuk *lex societatis*’tir.
- (7) Ev sahibi devletin, iddia karşısında uygun davalı olup olmadığı meselesine uygulanacak hukuk iddianın temelini oluşturan yükümlülüğün tabi olduğu hukuktur.
- (8) Yatırım anlaşmasından kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlali iddiası nedeniyle sorumluluk meselesine uygulanacak hukuk, genel uluslararası hukukun da katkısıyla yatırım anlaşmasıdır.
- (9) Sözleşmesel bir yükümlülüğe, bir haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara, veya bunlara bağlı tali meselelere uygulanacak hukuk; uluslararası özel hukukun genel kabul gören prensipleri uyarınca sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün tabi olduğu hukuktur.
- (10) Ev sahibi devletin yatırım anlaşmasından kaynaklanan bir yükümlülüğü ihlal etmesinin neticelerine ilişkin bir mesele, *sui generis* bir rejim olan devletin yatırım anlaşmalarından sorumluluğu rejiminde bulunacaktır.
- (11) Tahkim usulüne ilişkin bir meselede uygulanacak hukuk, yatırım anlaşması, uygulanabilir tahkim kuralları ve bazı durumlarda tahkim yeri hukukudur.

---

<sup>257</sup> Douglas, “Specific Regimes of Responsibility”, s. 833.



(12) Burada yer verilen hukuk seçimi kuralları ICSID Sözleşmesi madde 42(1)'e uygundur.<sup>258</sup>

Elbette yukarıdaki kuralların belirli bir yaklaşımı yansıttığını ve bağlayıcı bir kaynaktan ziyade bu yaklaşımın uygulanması neticesinde elde edilen kurallar olduğunu vurgulamak gerekir. Hukuk seçimi kayıtlarında sayılan kaynaklar arasında hiyerarşik bir sıralama öngörülmesi mutad bir uygulama olmadığından ve ICSID Sözleşmesi madde 42(1) ikinci paragrafı hükmünde de ev sahibi devlet hukuku ile uluslararası hukukun birlikte uygulanmasının öngörülmesinin ötesinde böyle bir hiyerarşi kurulmadığından bu hukuk kurallarının somut uyuşmazlığa nasıl uygulanacağını belirleme görevi hakem mahkemelerine düşmektedir. Dolayısıyla uygulanacak hukuk konusundaki belirlemeler hakem mahkemesinin benimsediği yaklaşıma göre farklılıklar gösterebilmektedir.

Ancak tüm bu incelemeler neticesinde vurgulanması gereken husus yatırım tahkimi davalarının neredeyse tüm aşamalarında uluslararası hukukun uygulama alanı bulması ve diğer tahkim türlerinden örneğin ticari tahkimden farklı olarak yatırım tahkiminin ayırt edici ve karakteristik özelliklerinden birinin uluslararası hukukun yoğun tatbiki olmasıdır.<sup>259</sup> Yukarıda belirtilen kurallardan da anlaşıldığı gibi, uluslararası hukuk yatırımının tahkiminin (i) tahkim sözleşmesi (veya tahkim şartının) yorumlanması aşamasında, (ii) tahkim yargılamasında izlenen usulde, (iii) ihtilafın esasına uygulanacak hukukta tatbik edilmesi söz konusudur.<sup>260</sup> Bu bakımdan uluslararası hukukun baskın rolünün yatırım tahkiminin hemen her aşamasına sirayet ettiğini söylemek mümkündür.

Şüphesiz uluslararası hukukun yatırım tahkiminde yoğun bir biçimde tatbik edilmesi, devletin uluslararası sorumluluğu hukukunu oluşturan ILC Maddeleri'nin önemini de ortaya koymaktadır. Hakem mahkemeleri tarafından uygulanacak hukuk konusunda hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin, yatırım anlaşmasına dayanan iddialardan sorumluluğun uluslararası hukuka ve bu çerçevede sorumluluğa ilişkin

<sup>258</sup> Söz konusu kuralların listesi ve ayrıntılı incelemesi için bkz. Douglas, **The International Law of Investment Claims**, s. 39-125.

<sup>259</sup> Ataman Figanmeşe, "Yatırım Tahkimi", s. 101-102.

<sup>260</sup> **Ibid.**, s. 103-104.

kurallara tabi olacağı aşıkardır. Diğer yandan yatırım anlaşmasına dayanan aykırılık iddiaları ile yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmeye dayanan iddiaların iki ayrı konu olduğu<sup>261</sup> ve sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşmenin tâbi olduğu hukuk olacağı biçimindeki klasik anlayışın aksine uygulamalar da görülmektedir. Öyle ki, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmenin ihlâli iddiası ile açılan davalarda da, sözleşmenin tâbi olduğu hukuk yerine, giderek daha sık bir biçimde uluslararası hukukun uygulandığı görülmektedir.<sup>262</sup>

Konu yukarıda olduğu taraflar arasında hukuk seçimi bulunan haller ile bulunmayan haller arasında bir ayırım yapılarak incelenecek olursa, tarafların iradeleri ile sözleşmeyi uluslararası hukuk kurallarına tabi kılmaları veya hukuk seçimi bulunmadığı hallerde sözleşmeye uluslararası hukukun uygulanması imkanı bulunup bulunmadığı sorularının cevaplanması gerekir.

Öncelikle, yatırım tahkimi alanında tam irade serbestisi prensibi benimsendiğine göre, tarafların bir iç hukuk sözleşmesini uluslararası hukuk kurallarına tâbi kılmaları mümkündür. ICSID Sözleşmesi madde 42(1)'de hakem mahkemesinin ihtilafı tarafların üzerinde anlaştıkları hukuk kurallarına göre çözümleneceği belirtilmiştir. Taraflara tam bir irade serbestisi tanıdıktan sonra, bu serbestiyi seçilen hukukun mahiyeti sebebiyle sadece mahalli hukuk sistemleri ile sınırlandırmak için haklı sebepler mevcut değildir.<sup>263</sup> Hatta devlet veya devlet kuruluşları ile özel kişiler arasındaki sözleşmeler ile farklı siyasi veya ekonomik sistemlerden gelen taraflar arasındaki sözleşmelerde, milli olmayan, tarafsız hukuk kural veya sistemlerinin seçiminin akdi ilişkinin mahiyetine oldukça uygun düştüğü ve uluslararası ticari ilişkiler bakımından büyük bir ihtiyacı karşıladığı belirtilmektedir.<sup>264</sup>

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir husus uluslararası hukukun kaynaklarından biri olan genel hukuk prensipleridir. Sözleşmelerde, uygulanacak

---

<sup>261</sup> *Compania de Aguas del Aconquijya and Vivendi Universal v. the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, para. 96-113.

<sup>262</sup> Ataman Figanmeşe, "Yatırım Tahkimi", s. 133.

<sup>263</sup> Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s. 144. (Bundan sonra "Esasa Uygulanacak Hukuk")

<sup>264</sup> *Ibid.*, s. 144.

hukuk olarak sık sık genel hukuk prensiplerine atıf yapılmaktadır. Taraflardan birinin devlet veya devlet kuruluşu olduğu sözleşmelerde ise devletin egemenlik hakkından kaynaklı haksız bir müdahale ile karşılaşılabilceği kaygısı ile tarafsız hukuk kuralları olarak genel hukuk prensiplerine daha sık yer verilmektedir. Özellikle Libya'ya karşı petrol arama ve işletme faaliyetlerine ilişkin bazı imtiyaz sözleşmeleri temelinde açılan birçok tahkim davasında, hukuk seçimi kaydında yer alan genel hukuk prensipleri belirleyici olmuş ve bundan hareketle genel hukuk prensipleri veya diğer uluslararası hukuk kurallarının özel hukuk sözleşmelerini düzenlemekte yetersiz kalacağı şeklindeki itirazların gerçeği yansıtmadığı savunulmuştur.<sup>265</sup>

Taraflar arasında bir hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde bu tarz bir uygulamaya ilişkin olarak ise ICSID Sözleşmesi madde 42(1) ikinci cümlesi hükmünün sözleşmelere ev sahibi devlet hukukunun yanı sıra uluslararası hukukun uygulanmasını yasaklamaması gerekçe gösterilmektedir.<sup>266</sup> Bu noktada USAD tarafından görülen *Serbian Loans* davasını<sup>267</sup> zikretmek gerekir. Bu davada USAD, devletler arasında akdedilmiş bir uluslararası anlaşma niteliği taşımayan her sözleşmenin zorunlu olarak bir milli hukuka tabi olması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>268</sup> Ancak “sözleşmelerin uluslararasılaşması” olarak adlandırılan ve iç hukuk sözleşmelerine giderek artan biçimde uluslararası hukukun uygulanması yönündeki eğilim, USAD hükmünün tersine uygulamaların da var olduğunu göstermektedir.

Taraflar arasında bir hukuk seçimi bulunan hallerde olduğu gibi, hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda da genel hukuk prensiplerinin önemi vurgulanmaktadır. Genel hukuk prensipleri “iyiniyet”, “ahde vefa”, “kazanılmış haklara saygı”, “hakkın kötüye kullanılmaması”, “kimsenin sahip olduğu haklardan fazlasını devredemeyeceği”, “verilen zararların tazmini” gibi hem uluslararası hukuk hem de iç hukuklarda ortak olarak bulunan prensiplerden oluşmaktadır.<sup>269</sup> Böylece

<sup>265</sup> Söz konusu davalar ve sözleşmelere genel hukuk prensiplerinin uygulanması hakkında detaylı bilgi için bkz. *Ibid.*, s. 155-163.

<sup>266</sup> *Ibid.*, s. 301-302; Ataman Figanmeşe, “Yatırım Tahkimi”, s. 134-135

<sup>267</sup> Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, PICJ, Judgment of 12 July 1929, Se. A, No. 20/21

<sup>268</sup> *Serbian Loans*, s. 41: “Any contract which is not a contract between States in their capacity as subjects of international law is based on the municipal law of some country.”

<sup>269</sup> Çelik, *Milletlerarası Hukuk*, s. 165; Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, C. I, s. 102. Genel hukuk prensipleri kavramının içerisine, iç hukuk ve uluslararası hukuk düzenlerinde ortak olarak

USAD'ın her iç hukuk sözleşmesinin bir milli hukuka tabi olması gerektiği biçimindeki içtihadı kabul edilse dahi, hem uluslararası hukuk hem de iç hukuklarda ortak olarak bulunan genel hukuk prensiplerinin, mahalli hukuk adı altında tahkim konusu ilişkinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde hakemlerce uygulanma imkanı bulacağı ve iki görüş arasında pratikte bir fark bulunmayacağı belirtilmektedir.<sup>270</sup> Özellikle taraflar arasındaki ihtilafın ilgili sözleşme hükümlerine istinaden çözülemediği pek çok durumda ihtilafın çözümü için yalnızca bir “anahtar prensip”e ihtiyaç duyulduğu göz önünde bulundurulursa<sup>271</sup>, genel hukuk prensiplerinin bu vazifeyi görmek bakımından önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Sonuç olarak hakem mahkemesi uygulamaları göstermektedir ki, uluslararası hukuk giderek müstakil biçimde uygulanacak hukuk haline gelmekte ve bazı durumlarda ihtilafın esasının uluslararası anlaşma veya sözleşmeye dayanması arasındaki ayırım dahi ortadan kalkmaktadır. Hakem mahkemesi kararları uygulanacak hukuk bakımından incelendiğinde, uluslararası hukukun rolünün tarihsel bakımından değişikliğe uğradığı göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla geçmiş uygulamalar karşısında günümüzdeki yaklaşım uluslararası hukukun rolü bakımından daha liberal bir anlayışı temsil etmektedir. Bu bağlamda hem iki taraflı yatırım anlaşmalarının ortaya çıkması ve sayılarının giderek artması hem de “sözleşmelerin uluslararasılaşması” biçimindeki yaklaşımlar, yatırım tahkiminde uluslararası hukukun tek başına esasa uygulanacak hukuk haline gelmesi bakımından dönüm noktaları olarak kabul edilebilir.

ILC Maddeleri uygulaması bakımından ise vurgulanması gereken husus şudur: Her ne kadar bir sözleşme ihlalinin, devletlerin uluslararası sorumluluğuna yol açmayacağı kabul edilse de, sözleşmenin uluslararası hukuka tâbi kılınması halinde ILC Maddeleri'nin ihtilafın esasına uygulanması bakımından bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir sözleşme ihlalinin devletin sorumluluğunu doğurmaması ile, ICSID gibi bir tahkim mekanizması önünde sözleşmeye esasa

---

bulunan prensiplerin yanı sıra, uluslararası hukuk düzenine ait olan “uluslararası hukukun üstünlüğü”, “devletin sürekliliği”, “iç başvuru yollarının tüketilmesi” gibi prensiplerin dahil olduğu belirtilmektedir.

<sup>270</sup> Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s. 303.

<sup>271</sup> **Ibid.**, s. 300.

uygulanacak hukuk çerçevesinde ILC Maddeleri'nde yer alan kuralların uygulanması konularını birbirinden ayırmak gerekir. Diğer yandan günümüzde devlet sözleşmelerinin tâbi olacağı hukuk konusunda açık bir biçimde belirlenmiş kurallar bulunmamaktadır ve mesele her somut olay bazında ayrı ayrı değerlendirilmektedir.<sup>272</sup>

## **VIII. ILC Maddeleri'nin Yatırım İhtilaflarına Uygulanmasının Kapsamı**

ILC Maddeleri uluslararası hukukta devletin hukuka aykırı eylemlerinden genel sorumluluğunu düzenler. Daha önce vurgulandığı üzere devletin ihlal ettiği uluslararası yükümlülüğünün kaynağı bakımından bir ayırım gözetilmemiştir. Yükümlülüğün kaynağı bir örf ve adet hukuku kuralı olabileceği gibi herhangi bir uluslararası anlaşma da olabilir. Dolayısıyla 1969 Viyana Sözleşmesi kapsamında devletler arasında akdedilmiş uluslararası anlaşmalar olan iki ya da çok taraflı yatırım anlaşmaların ihlali halinde ILC Maddeleri'nin uygulanması konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, ILC Maddeleri'nin bir kısmı yalnızca devletler arası ilişkilerde uygulanmak üzere kaleme alınmıştır. Dolayısıyla bunların yatırımcı ile devlet arasında yatırım anlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanmaları mümkün değildir.

Uluslararası hukukta bireylerin bir uluslararası anlaşmanın ihlali nedeniyle devleti doğrudan dava edebilmesi oldukça yeni ve istisnai bir durumdur. Klasik olarak uluslararası hukukun kişileri devletler ve sınırlı olarak da uluslararası örgütlerdir. Bireylerin uluslararası hukuk kişiliği tam olarak tanınmış değildir. Özellikle uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası yatırım ve ticaret hukuku gibi alanlarda meydana gelen gelişmeler ve devletlerin aralarında akdettikleri anlaşmalar ile doğrudan bireylerin uluslararası mekanizmalara başvurarak devleti

---

<sup>272</sup> Irmgard Marboe, August Reinisch, "Contracts Between States and Foreign Private Law Persons", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, para. 44. (Çevrimiçi) <http://opil.ouplaw.com/>, 15.04.2019.

dava edebilmelerine cevaz vermeleri bireylerin uluslararası hukuk alanında belirli işlemlerde bulunma kabiliyetine sahip olmalarını sağlamıştır. Artık bireyler de belirttiğimiz hukuk alanlarında devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlalini öne sürebilmektedirler. Dolayısıyla devletin uluslararası hukuka aykırı olan her eyleminin o devletin uluslararası sorumluluğuna yol açacağını belirten ILC Maddeleri, md. 1 çerçevesinde bir bireyin uluslararası yatırım anlaşmasından kaynaklanan bir hakkının ihlali halinde ILC Maddeleri'nin uygulanması söz konusu olacaktır.

ILC Maddeleri her ne kadar bir bütün olarak devletin uluslararası sorumluluğu hukukuna vücut verse de; yatırım uyuşmazlıkları çerçevesinde ortaya çıkabilecek devletin sorumluluğuna ilişkin meselelere ancak kısmi olarak uygulanabilir.<sup>273</sup> Bu bağlamda ILC Maddeleri'nin çeşitli kısımları arasında bir ayırım yapılabilir.

Dört kısımdan oluşan ILC Maddeleri'nin birinci kısmı “Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemi” başlığını taşımaktadır ve devletin uluslararası sorumluluğuna yol açabilecek bir eyleminin taşınması gereken özellikler, bu eylemin devlete atfedilebilmesi, devletin bir başka devletin eylemiyle bağlantılı sorumluluğu ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller konularını düzenlemektedir. Bu kısım temel olarak devlete ait ve uluslararası hukuka aykırı sayılan eyleminin koşullarını ortaya koymaktadır. Bu kısımda yer alan kurallar sorumlu sayılacak devletin uluslararası yükümlülüklerine atıfta bulunurken, bu yükümlülüklerin kime karşı olduğu ile ilgili bir ifadeye yer verilmemiştir.<sup>274</sup>

Bunun bilinçli bir tercih olduğu ILC Maddeleri'nin açıklamasından anlaşılmaktadır. Bu açıklamaya göre ILC Maddeleri; “yükümlülüğün bir ya da daha çok devlete; bir bireye ya da gruba, yahut bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olup olmadığına bakılmaksızın devletlerin uluslararası yükümlülükleri alanının bütününe uygulanır.”<sup>275</sup> Devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminin unsurlarını

<sup>273</sup> James Crawford, Simon Olleson, “The Application of the Rules of State Responsibility”, **International Investment Law: A Handbook**, Beck/Hart/Nomos, 2015, ss. 411-441; s. 416.

<sup>274</sup> **Ibid.**

<sup>275</sup> **ILC Commentaries**, General Commentary, para. 5

düzenleyen ILC Maddeleri, md. 2 açısından da devletin uluslararası sorumluluğuna yol açan eyleminin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlalini oluşturması ve devlete atfedilebilmesi yeterlidir. İhlal edilen uluslararası yükümlülük ve içeriği birincil kurallar ile belirlenmekte olup, ancak bu yükümlülüğün ihlali halinde uygulama alanı bulan ve ikincil kurallar olarak adlandırılan ILC Maddeleri yükümlülüğünün kaynağı ve içeriği ile ilgilenmemektedir.<sup>276</sup> Buna uygun olarak birinci kısımda yer alan kurallarda yalnızca devletin ihlal ettiği öne sürülen birincil yükümlülüklerinden söz edilmiş, yükümlülüğün kime karşı olduğuna ilişkin bir referans verilmemiştir.<sup>277</sup>

Dolayısıyla ILC Maddeleri birinci kısmın yatırımcı-devlet arasındaki uyumsuzluklara ya da bireylerle devlet arasındaki diğer uyumsuzluklara uygulanması bakımından sınırlayıcı bir kural öngörmemektedir. Ancak hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden biri olan meşru müdafaa gibi durumlar daha çok kuvvet kullanmayı ve kuvvet kullanılan devletin ülkesine yönelik bir operasyonu ilgilendirdiğinden yatırımcı - ev sahibi devlet ilişkisinde gündeme gelme olasılığı düşüktür.

Devletin uluslararası sorumluluğunun sonuçları ise ILC Maddeleri'nin "Devletin Uluslararası Sorumluluğunun İçeriği" başlığını taşıyan ikinci kısımda düzenlenmektedir. Bu kısmın lafzında da devletin sorumluluk sonucunda ortaya çıkan yükümlülüklerinden söz edilmekte; bu yükümlülüğün yalnızca bir devlete mi yoksa aynı zamanda devlet dışındaki kişilere mi yönelik olduğuna yer verilmemiştir. Ancak bu kısımda yer alan md. 33(2) hükmü ve ILC yorumundan bu kısmın uygulanacağı alanın sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır.

ILC Maddeleri, md. 33 hükmü şu şekildedir:

#### **Bu Kısımda Yer Verilen Uluslararası Yükümlülüklerin Kapsamı**

1. Sorumlu devletin bu kısımda yer verilen yükümlülükleri ... başka bir devlete, başka devletlere ya da bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olabilir.
2. Bu kısım, bir devletin uluslararası sorumluluğundan kaynaklanan, devlet dışındaki bir kişi veya birimin doğrudan sahip olabileceği herhangi bir hakka hanel getirmez.

<sup>276</sup> Birincil ve ikincil kurallar hakkında bkz. **ILC Commentaries**, General Commentary, para. 1, 2.

<sup>277</sup> Crawford, Olleson, "The Application of the Rules of State Responsibility", s. 416.

Bu konuda ILC'nin yapmış olduğu açıklama ise şu şekildedir:

“... madde 33 hem yükümlülüklerin kendisine yönelik olduğu devletler bakımından; hem de doğrudan devlet dışındaki kişi veya birimlere yönelik olan ve bu nedenle Maddeler'in İkinci ve Üçüncü Kısım dışında kalmakta olan belirli hukuki neticeler bakımından bu kısmın kapsamını belirlemektedir.”<sup>278</sup>

ILC Maddeleri, md. 28'e ilişkin açıklamanın bir bölümünde ise ILC, İkinci Kısımın uygulanacağı alanı sınırlama niyetinde olduklarını açıkça ifade etmiştir. Bu madde “Uluslararası hukuka aykırı bir eylemin hukuki sonuçları” başlığını taşımaktadır:

“Madde 28, hukuka aykırı bir eylemin, bu eylemden sorumlu devlet ile devlet dışındaki kişi ve birimler arasındaki ilişkiler bakımından hukuki sonuçlar içerebileceği ihtimalini göz ardı etmemektedir. Bu, bir devletin yalnızca diğer devletlere karşı olan değil; tüm uluslararası yükümlülüklerini kapsamına alan madde 1'den anlaşılmaktadır. Bundan dolayı devletin sorumluluğu örneğin, insan hakları ihlallerine ve yükümlülükten birincil olarak yararlananın bir devlet olmadığı diğer uluslararası hukuk ihlallerine genişletilebilir. Ancak, Birinci Kısım devlet tarafından uluslararası hukuka aykırı bir eylemin işlendiği her duruma uygulanabilirken, İkinci Kısım'ın kapsamı daha sınırlıdır. Bu Kısım devlet dışındaki bir kişi veya birime karşı ortaya çıkan ve bunlar tarafından ileri sürülen onarım yükümlülüklerine uygulanmaz. Başka bir deyişle, İkinci Kısım hükümleri, bir devletin uluslararası sorumluluğundan kaynaklanan, devlet dışındaki bir kişi veya birimin doğrudan sahip olabileceği herhangi bir hakka hanel getirmez ve madde 33 bunu açıkça ortaya koymaktadır.”<sup>279</sup>

Yukarıda yer verdiğimiz madde 33 hükmü ve ILC açıklamalarından yola çıkılarak ILC Maddeleri İkinci Kısım'ın yalnızca devletler arasındaki sorumluluk konularına hasredildiği; bu kısımda yer alan hükümlerin yatırımcı-devlet tahkimi çerçevesinde sorumluluğun içeriğine ilişkin meselelere doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadığı değerlendirilmiştir.<sup>280</sup>

Kanaatimizce md. 33(2) hükmü ve ILC'nin konuya ilişkin açıklamaları İkinci Kısım'ın uygulanacağı alanı sınırlı tutmak amacıyla olsa da bunu

<sup>278</sup> ILC Commentaries, Part Two, Chapter One, para. 1

<sup>279</sup> Ibid., Art. 28, para. 3.

<sup>280</sup> Crawford, Olleson, “The Application of the Rules of State Responsibility”, s. 417.



yasaklamamaktadır. Öncelikle md. 33(2); İkinci kısımda yer verilen ve devletin sorumluluğu sonucu ortaya çıkan yükümlülüklerin, devlet dışındaki kişi veya birimlerin sahip olabileceği haklara “halel getirmeyeceğini” ifade etmektedir. Eğer İkinci Kısım’ın bu durumlara uygulanmasının yasaklanması amaçlansa idi; madde İkinci Kısımın söz konusu durumlara “uygulanamayacağı” şeklinde kaleme alınabilirdi.

Burada ifade edilmek istenen, devlet dışındaki birimlere özel bir düzenleme ile tanınmış olabilecek başkaca onarım biçimlerinin ILC Maddeleri İkinci Kısım’da yer alan düzenlemelerden zarar görmeyeceğidir. Yani madde düzenlemesi ilgili kısmın devlet ile devlet dışındaki birimler arasındaki sorumluluk ilişkilerine uygulanmasını yasaklamamakta; örneğin insan hakları hukukunda öngörülen özel nitelikli onarım biçimlerinin öncelikli olarak uygulanabileceği ihtimalini göz önünde bulundurmaktadır.

Tezimizi destekleyen bir diğer husus da md. 33(1)’de yükümlülüğün başka devletlere ya da uluslararası topluma yönelik *olabileceği* yönündeki emredici olmaktan uzak dildir. Kanaatimizce hem bu durum, hem de II. Kısımda yer alan maddelerde yalnızca sorumlu devletten bahsedilerek, sorumluluğun kime karşı olduğuna yönelik bir ifadeden kaçınılması (zarar gören “devlet”ten söz edilmemesi)<sup>281</sup> maddelerin devlet ile devlet dışı aktör arasındaki sorumluluk ilişkisine uygulanma ihtimalinin tanındığını göstermektedir. Yani ILC Maddeleri’nde özel düzenlemelerle doğrudan bireylere haklar tanınabileceği öngörülerek bu haklara halel gelmeyeceği düzenlenirken, böyle bir düzenleme olmadığı takdirde ve olmadığı ölçüde ILC Maddeleri II. Kısım düzenlemelerinin uygulanması da mümkün kılınmıştır. Böylelikle yatırımcı-devlet tahkiminde olduğu gibi, devlet dışı birimlerin özel anlaşmalar sayesinde sorumluluğu öne sürebilmesi biçiminde gelişen uluslararası uygulama ile uyumlu bir yaklaşım benimsenmiştir.<sup>282</sup>

Konuya ilişkin ILC açıklamalarına gelinecek olursa, yine yorumlardan kısım ikinin yatırımcı-devlet arasındaki ilişkilere uygulanmasının yasaklandığı sonucunun

<sup>281</sup> Her ne kadar ILC Maddeleri, md. 39’da zarar gören devletten söz edilse de, bunun yanı sıra devlet dışı kişi veya birimlere de yer verilmiştir.

<sup>282</sup> Weiss, “Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century”, s. 816.

çıkarılamayacağı kanaatindeyiz. Örneğin yukarıda alıntıladığımız “*Bu Kısım devlet dışındaki bir kişi veya birime karşı ortaya çıkan ve bunlar tarafından ileri sürülen onarım yükümlülüklerine uygulanmaz.*” denildikten sonra bu cümle şu şekilde açıklanmıştır: “*Başka bir deyişle, İkinci Kısım hükümleri, bir devletin uluslararası sorumluluğundan kaynaklanan, devlet dışındaki bir kişi veya birimin doğrudan sahip olabileceği herhangi bir hakka hanel getirmez.*” Yani onarım konusunun taraflar arasında özel olarak kararlaştırılmadığı ölçüde ILC Maddeleri’nde sorumluluğun sonucu olarak öngörülen yükümlülüklerin yatırımcı-devlet arasında da uygulanmasının mümkün olduğu görüşündeyiz.

Kaldı ki, ILC Maddeleri bağlayıcı bir yazılı enstrüman olmadığı için örf ve adet hukuku kurallarını ve genel hukuk ilkelerini yansıttığı ölçüde uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla ILC Maddeleri’nde bu biçimde bir kısıtlayıcı hükmün yer aldığı varsayılsa dahi, içerdiği maddeler örf ve adet ile genel ilkeleri yansıttığı ölçüde madde metninin bütününe uygulanması gerekmeksizin kısmi olarak uygulanabilecektir.

*Micula et al v Romania*<sup>283</sup> kararında hakem mahkemesi, ILC Maddeleri’nin İkinci Kısımının devlet dışındaki kişilerin ve birimlerin söz konusu olduğu yatırım uyuşmazlıklarına uygulanamayacağını belirttikten sonra, ILC Maddeleri’nin devletin sorumluluğu konusunda uluslararası örf ve adet hukukunu yansıttığını; bir meselenin taraflar arasındaki anlaşmalar ile düzenlenmediği ölçüde ve koşullar aksini gerektirmedikçe, hakemlik ILC Maddeleri’ne yol gösterici olarak başvuracağını ifade etmiştir.<sup>284</sup>

Diğer hakemlik kararları da ILC Maddeleri Kısım İki’de yer alan onarıma ilişkin kuralların ve özellikle tazminatın yatırım tahkimi alanında sıklıkla uygulandığını göstermektedir. *Crawford* ve *Olleson* İkinci Kısımın yatırım uyuşmazlıklarına doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadığını belirtseler de, söz konusu uygulamaların bir problem teşkil etmediğini; çünkü devletler arasındaki

<sup>283</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013.

<sup>284</sup> *Micula et al Romania*, Award, para. 916, dn. 172.

sorumluluğun içeriği ile yatırımcıya karşı olan sorumluluğun içeriğinin açıkça birbirlerinden farklı olmadıklarını ifade etmektedirler.<sup>285</sup>

ILC Maddeleri'nin "Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Uygulanması" başlıklı Üçüncü Kısım'ı yukarıda ele aldığımız ilk iki kısımdan farklı olarak "zarar gören devlet"ten söz etmektedir ve bu kısımda yer alan birinci bölüm yalnızca devletler arasındaki iddiaları ilgilendirmektedir. Dolayısıyla yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlıklara uygulanması ihtimali yoktur.

Aynı kısımda yer alan ikinci bölüm ise "karşı önlemler"e ilişkindir ve zarar gören bir devlet tarafından geçerli bir karşı önleme başvuru olabilmenin koşullarını düzenlemektedir. Karşı önlemler her ne kadar devletler arasındaki ilişkileri ilgilendirmekte ise de; yarattığı sonuçlar karşı önlemin alındığı devletin uyruklarını da etkileyebilmektedir. Ev sahibi devletin, ülkesinde bulunan yabancı yatırımcıların uyruğunda bulunduğu devlete yönelik karşı önlemlere başvurusu gerekli şartlara uyulmuş ise bu eylemleri hukuka uygun hale getirmektedir. Ancak bu çerçevede yatırımcıların da zarar görmesi, bu zararların da karşı önlemler çerçevesinde kabul edilip edilemeyeceği ve devletin yatırımcılara verdiği zararın mazur görülüp görülemeyeceği meselesini gündeme getirmiştir. Bu konuya ilişkin tartışmalara aşağıda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller başlığı altında "karşı önlemler" konusu incelenirken yer verilecektir.

---

<sup>285</sup> Crawford, Olleson, "The Application of the Rules of State Responsibility", s. 418.

## İKİNCİ BÖLÜM

### YATIRIM İHTİLAFLARINDA DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI ve SORUMLULUĞUN DEVLETE ATFEDİLMESİ

#### I. Genel Olarak Devletin Sorumluluğunun Koşulları

##### A. Uluslararası Hukukta Devletin Sorumluluğunun Koşulları

Uluslararası hukukta devletin sorumluluğuna ilişkin temel kurallar ILC Maddeleri I. Kısım I. Bölüm'de yer alan "Genel Prensipler" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu bölüm üç maddeden ibaret olup devletin sorumluluğunun koşullarını tespit etmektedir. Buna göre;

##### Madde 1

##### Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu

Bir devletin her uluslararası hukuka aykırı eylemi, o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur.

##### Madde 2

##### Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Eyleminin Unsurları

Şu hallerde devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi söz konusudur: Eğer icra veya ihmalden oluşan tasarruf,

- Uluslararası hukuk uyarınca devlete atfedilebiliyorsa; ve
- Devletin uluslararası bir yükümlüğünün ihlali oluşturuyorsa.

##### Madde 3

##### Devletin Eyleminin Uluslararası Hukuka Aykırı Olarak Nitelendirilmesi

Devletin bir eyleminin uluslararası hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi uluslararası hukuk tarafından düzenlenir. Bu nitelendirme aynı eylemin iç hukuk uyarınca hukuka uygun nitelendirilmesinden etkilenmez.

ILC Maddelerinde yer alan temel prensiplere göre bir anlaşmadan, uluslararası örf ve adet hukuku kuralından yahut genel hukuk prensiplerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın uluslararası hukuka aykırı nitelikteki her eylemi devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracaktır. ILC Maddeleri'nde benimsenen terminolojiye göre “uluslararası hukuka aykırı eylem” teknik bir kavram olup, iki unsurdan oluşmaktadır: a) *uluslararası bir yükümlülüğün ihlali* ve b) *bu ihlalin devlete atfedilebilmesi*.<sup>286</sup>

“Tasarruf” ifadesi yalnızca “iş” veya “oluş” biçimindeki icrai nitelikteki fiilleri değil; hareketsizlik anlamına gelen ihmali nitelikteki fiilleri de kapsamaktadır. Dolayısıyla devletin olumlu bir edimde bulunma yükümlülüğü taşıdığı durumlarda hareketsiz kalması sorumluluğunu doğuracaktır. Önemli olan nokta, sorumluluğu gerektirecek davranış ile devlet arasında bir ilişkinin kurulabilmesidir.<sup>287</sup> Yani ilgili davranışın devlete atfedilebilmesi gerekir. Diğer önemli olan bir nokta ise ihlal edilen yükümlülüğün kaynağını uluslararası hukuktan alması; yani bir uluslararası yükümlülük olmasıdır. Bu durum eylemin herhangi bir iç hukuka aykırılığının, kendi başına uluslararası sorumluluk doğurmasına yeterli olmayacağı anlamına gelir.<sup>288</sup>

Devletin uluslararası sorumluluğuna yol açabilecek eylemlerinin yalnızca kendi ülkesinde gerçekleştirdiği eylemler ile sınırlı olmadığını da belirtmek gerekir. Buna göre, devletin egemenlik haklarını kullandığı örneğin işgal ettiği coğrafyalar

---

<sup>286</sup> Her ne kadar madde 2'de uluslararası hukuka aykırı eylemin unsurları arasında sayılmasa da, üçüncü bir unsur olarak somut olayda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden birinin mevcut olmaması da belirtilebilir. Devletin uluslararası hukuka aykırı eylemini mazur kılabilen hallerden biri mevcut ise, eylemin hukuka aykırılığı ortadan kalktığından bir onarım yükümlülüğü de doğmayacaktır. Ancak, yine de bu unsur sorumluluğun koşullarından biri olarak sayılmamıştır. Bunun nedeni, madde 27(b)'ye göre hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal mevcut olsa bile, hakkaniyet gereği tazminata hükmedilebilmesinin mümkün olması olabilir.

<sup>287</sup> Aksar, **Uluslararası Hukuk II**, s. 197

<sup>288</sup> Pazarıcı, **III. Kitap**, s. 153.

üzerinde gerçekleştirdiği eylemler veya devlet görevlilerinin yurt dışında gerçekleştirdiği eylemler de devletin uluslararası sorumluluğunu doğurabilir.<sup>289</sup>

## B. Kusurun Sorumluluğun Koşulu Olup Olmadığı Meselesi

Bir devletin eyleminden sorumlu tutulabilmesi için o olayda kusurlu hareket etmiş olmasının aranıp aranmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Özellikle uluslararası hukukun klasik döneminde, kusur devletin sorumluluğunun bir koşulu olarak kabul edilmekte idi. Kusurun sorumluluğun bir koşulu olarak görülmesi kaynağını Roma hukukundan ve iç hukuklardan alan bir düşüncedir.<sup>290</sup> Bu düşünce, Grotius tarafından da savunulmuş ve 20. yüzyıl başlarına dek kusur, uluslararası sorumluluğun en temel ögesi olarak kabul görmüştür.<sup>291</sup>

Ancak ILC Maddeleri'nde kusur sorumluluğunun doğmasının koşullarından biri olarak öngörülmediğinden ve bunun bilinçli bir tercih olduğu belirtildiğinden, günümüzde bu görüşün ağırlığını kaybettiğini söylemek mümkündür.<sup>292</sup> ILC, kusur unsurunun ilgili anlaşmanın konu ve amacı veya yükümlülüğün kendisi tarafından belirlenmesi gerektiğini; ILC Maddeleri'nde kusurun aranması konusunda bir ön kabulden kaçınıldığını belirtmiştir.<sup>293</sup> Kısacası sorumluluğun doğması açısından kusurun kurucu bir unsur olup olmadığının belirlenmesinde, devletin ihlal ettiği yükümlülüğün içeriğine bakılmalıdır. Dolayısıyla bu mesele, anlaşmaların

<sup>289</sup> Aksar, "Uluslararası Hukukta Devletin Sorumluluğu: Libya Örneği", s. 55.

<sup>290</sup> Pazarıcı, **III. Kitap**, s. 154; Enver Bozkurt, Selcen Erdal, Yasin Poyraz, **Devletler Hukuku**, 9. bs. Ankara, Yetkin Yay., 2017, s. 309; Uzun, **op. cit.**, s. 47.

<sup>291</sup> Pazarıcı, **III. Kitap**, s. 154.

<sup>292</sup> Bozkurt, Erdal, Poyraz, **Devletler Hukuku**, s. 308-310; Uzun, **op. cit.**, s. 47-48; Erkiner, **op. cit.**, s. 115. Karş. Pazarıcı, ILC Maddeleri'nde devletin hukuka aykırı eylemlerinden doğan sorumluluğu "kusurlu sorumluluk" olarak tanımlamakta ve bir fiilin uluslararası sorumluluğa yer verebilmesi için şu iki ana öğrenin bulunması gerektiğini belirtmektedir: i. uluslararası hukuka aykırı olma, ii. Bir kusur sonucu doğmuş olma. Pazarıcı, **III. Kitap**, s. 152-153; Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 17. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 444-445.

Aksar, sorumluluğun doğması için kusurlu davranışın gerekip gerekmediği meselesinin tartışmalı olduğunu, ancak uygulamanın kusurun aranmayacağı fikrini desteklediğini belirtmiştir. Ancak yazara göre konu ile ilgili genel bir kural bulunmamaktadır ve ILC Maddeleri'nin her iki biçimde de uygulanması mümkündür. Çözüm için, her olayın kendi özellikleri içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Bkz. Aksar, **Uluslararası Hukuk II**, s. 204-205.

<sup>293</sup> **ILC Commentaries**, Article 2, para. 3.

yorumlanması çerçevesinde çözülmeli ve her somut olay açısından ayrıca değerlendirilmelidir.<sup>294</sup>

### **C. Zararın Sorumluluğun Koşulu Olup Olmadığı Meselesi**

Uluslararası bir yükümlülüğün ihlali pek çok durumda maddi veya manevi bir zarara yol açsa da; zararın meydana gelmesi ILC Maddeleri'nde sorumluluğun doğmasının koşullarından biri olarak öngörülmemiştir. Esasen bu anlayış, bir devlet ile başka bir devlet arasındaki sorumluluk ilişkisinde zararın meydana gelmediği durumları açıklamak üzere kabul edilmiştir.<sup>295</sup>

Yatırım ihtilafları bakımından ise yatırımcı, devletin hukuka aykırı eylemi veya eylemleri sebebiyle uğramış olduğu zararın onarımını, bir hakem mahkemesi önünde talep etmektedir. Dolayısıyla devletler arasındaki sorumluluk ilişkisi bakımından geçerli olan bu özelliğin yatırım ihtilafları bakımından geçerli olmadığını söylemek mümkündür.

## **II. Yatırım İhtilafları Açısından Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Koşulları**

### **A. Yükümlülüğün İhlalinin Devlete Atfedilmesi**

Devletin uluslararası hukuka aykırı bir eylem nedeniyle sorumlu olabilmesinin en önemli koşullarından biri, eylemin devlete atfedilebilmesidir. ILC Maddeleri bu konuyu oldukça detaylı maddeler ile ele almıştır. ILC Maddeleri'nde atfedilebilme konusuna ilişkin özel düzenlemelere yer verilmeden önce “Uluslararası

---

<sup>294</sup> **Ibid.**

<sup>295</sup> Örneğin ihlal edilen uluslararası yükümlülük bir bütün olarak uluslararası topluma yönelikse, zarara uğrayan devletten başka bir devlet devletin sorumluluğunu ileri sürme hakkına sahiptir. Bkz. ILC Maddeleri, md. 48(1)(b).

hukuka aykırı eylemlerin unsurları” başlıklı 2. maddede iki temel unsurdan biri olarak eylemin devletin uluslararası bir yükümlülüğünü ihlal etmesi, diğer unsur olarak ise eylemin uluslararası hukuka göre devlete atfedilebilmesi sayılmıştır.

İki veya çok taraflı yatırım anlaşmaları ile yatırım hukukuna ilişkin düzenlemeler içeren serbest ticaret anlaşmalarına bakıldığında genellikle atfedilebilme konusunun taraflarca düzenlenmediği görülmektedir. NAFTA 11. ve 15. Bölümleri bunun önemli bir istisnasıdır.

ILC Maddeleri’nin her biri açısından geçerli olan ve *lex specialis*’in varlığı halinde bu maddelerin uygulanamayacağı prensibi, uygulamada 4. madde açısından da gündeme gelmiştir. Daha sonra detaylı olarak incelenecek olmakla birlikte, *United Parcel Services v. Canada* davasında NAFTA 11. ve 15. bölümlerinde yer alan atfedilmeye ilişkin özel hükümler dolayısıyla, madde 4’ün uygulanamayacağına karar verilmiştir.<sup>296</sup> Yani ancak taraflarca anlaşma ile hüküm altına alınmayan durumlarda genel uluslararası hukuka başvurulmaktadır.

Uygulamada ağırlıklı olarak yapılan anlaşmalarda atfedilmeye ilişkin hükümlere yer verilmemesi nedeniyle, uluslararası hukukta bir eylemin devlete atfedilmesini düzenleyen ILC Maddeleri’ne hakem heyetlerince sıklıkla başvurulmaktadır. Atfedilmeye ilişkin söz konusu kuralların örf ve adet hukukunun kodifikasyonu olduğu genel olarak kabul görmektedir. ILC Maddelerinin I. Kısım II. Bölümü “Eylemin Devlete Atfedilmesi” konusuna ayrılmıştır. 4-11. maddeler, yani toplam sekiz madde atfedilme konusuna hasredilmiştir. Her madde farklı bir kural getirmekle birlikte, özetlemek gerekirse atfedilme üç ana ilkeye göre şekillenmektedir: (i) Devletin organlarının eylemlerini düzenleyen 4. madde, (ii) Kamu gücü kullanma yetkisiyle donatılmış kişi veya birimlerin eylemlerini düzenleyen 5. madde ve (iii) Devletin yönlendirme veya kontrolü altında hareket eden özel kişi veya kişilerin eylemlerini düzenleyen 8. madde.<sup>297</sup>

<sup>296</sup> *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on the Merits, 24 May 2007, para. 58-59.

<sup>297</sup> James Crawford, “Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility”, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, Vol. 25, No. 1, 2010, ss. 127–199, s. 133.



Bunlar dışında devlet tarafından başka bir devletin emrine verilen organların eylemleri (6. madde), resmi organların yokluğunda veya yetersizliğinde bulunulan eylemler (9. madde), isyancı bir hareketin eylemleri (10. madde) ve devlet tarafından onaylanan veya kabul edilen eylemlerin (11. madde) varlığı gibi özel durumlarda devlete atfedilme konusu düzenlenmiştir. Ancak bu özellik arz eden durumlar haricinde, hem genel uygulama hem de yatırım tahkimi uygulaması, atfedilme konusunda temel hükümler olarak kabul edilen 4., 5. ve 8. maddeler çerçevesinde değerlendirme yapıldığını göstermektedir. Dolayısıyla aşağıdaki incelemelerimiz bu temel hükümlere ilişkindir.

## **1. Devletin Organlarının Eylemleri**

### **a. Genel Olarak**

Devlet bir tüzel kişi olup eylemlerini organları eliyle gerçekleştirmektedir. Bunun doğal sonucu olarak uluslararası hukuka göre, devletin organlarının yerine getirdiği eylemler, devletin eylemleri olarak kabul edilmektedir. Kuşkusuz, devletin organı niteliği taşımayan kişi veya kuruluşların eylemlerinin de belirli koşullar altında devlete atfedilmesi ve devletin bu eylemler nedeniyle sorumlu olması mümkündür. Bu durumlar ILC Maddeleri'nin diğerlerinde düzenlenmiştir. Ancak atfedilmeye ilişkin her uyuşmazlık için 4. madde doğru bir başlangıç ve hareket noktasıdır<sup>298</sup>. Çünkü uluslararası hukukta kural olarak devletin kendi organlarının eylemleri nedeniyle sorumlu olması esastır. 4. madde ile de bu ana ilke ortaya konularak devletin kendi organlarının eylemleri nedeniyle sorumlu olacağı belirlenmiştir. Diğer maddelerin bunun istisnası olan durumları düzenlediği söylenebilir.

<sup>298</sup> ILC Commentaries, Art. 4, para.2

## b. Devlet Organı Kavramı ve Niteliği

“Devlet organı” ifadesi devlet organizasyonunu oluşturan ve devlet adına hareket eden bireyleri veya bireylerden oluşan yapıların tümünü kapsamaktadır. Diğer bir deyişle, uluslararası alanda devlet adına hareket edebilecek ve eylemleriyle devletin uluslararası sorumluluğuna yol açabilecek şekilde özel olarak yetkilendirilmiş bir kişi/kişiler grubu söz konusu değildir. Eylemin, merkezi hükümetin eylemi olması yahut devleti dış ilişkilerde temsil etmekle görevli kişilerin ya da üst düzey devlet görevlilerinin eylemi olması gerekmemektedir. Kuşkusuz, görev tanımı bakımından örneğin yerel yöneticiler veya diğer görevliler sınırlı yetkilere sahiptir ve nihai kararı verme yetkileri olmayabilir. Ancak her halükarda yetkili oldukları alandaki eylemleri ile devletin uluslararası sorumluluğuna yol açmaları mümkündür .

Madde 4(1)'e göre ayrıca, *bu organın devlet organizasyonu içerisindeki pozisyonuna veya merkezi hükümetin bir organı mı yoksa devletin bölgesel idaresinin bir organı olarak mı kabul edildiğine bakılmayacaktır*. Bu düzenleme özellikle federal devlet ile federe devletler arasındaki ilişki bakımından önemlidir. Madde yorumuna göre, söz konusu bölgesel idarenin, federal devleti oluşturan birimlerden biri mi yoksa bir özel otonom bölge mi olduğunun atfedilme açısından bir önemi yoktur. Benzer şekilde, federal parlamentonun iç hukuk uyarınca ilgili birimi devletin uluslararası yükümlülüklerine uygun davranmaya zorlamak gibi bir yetkisinin olması da aranmamaktadır.<sup>299</sup>

Fransa-Meksika Talepler Mahkemesi (*The French-Mexican Claims Commission*) tarafından görülmüş olan *Pellat* davasında da bu kural açıkça tanınarak, federal devletin kendisini oluşturan ayrı devletlerin eylemleri nedeniyle sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Hatta federal anayasa tarafından, merkezi hükümetin söz konusu devletler üzerinde kontrol hakkı veya onları uluslararası hukuk kurallarına uymaya zorlama hakkı tanınmadığı durumlarda bile bu sorumluluğun devam edeceğine hükmedilmiştir.<sup>300</sup> Bu durumun istisnası taraflar arasında *lex specialis* bir

<sup>299</sup> *Ibid.*, para 9.

<sup>300</sup> *Pellat Case*, UNRIAA, vol V (Sales No. 1952 V. 3), p. 534, at p. 536 (1929)

düzenlemenin varlığıdır. Madde yorumu bunlara örnek olarak şu durumları göstermektedir: Federe devletin tek başına anlaşma akdetme yetkisine sahip olması<sup>301</sup> ve bir ihlal halinde yalnızca kendisine, yani federe devlete karşı iddiada bulunulabileceği yönünde diğer tarafla anlaşmış olması durumunda federal devletin sorumluluğuna başvurulamayacaktır. Yine, federal devletin sorumluluğu ilgili anlaşmaya konan bir kayıt ile kısıtlanmış olabilir.<sup>302</sup>

Devletin kendi organlarının eylemlerinden dolayı sorumlu kabul edileceğine ilişkin kural, hakem kararlarında “yerleşmiş kural” (*well-established rule*) olarak tanımlanmakta ve 4. maddenin bu kuralın kodlaştırması olduğu belirtilmektedir.<sup>303</sup> Gerçekten de kural sıklıkla hakem mahkemesi kararlarında uygulanmış, devlet içerisindeki yerel yönetimlerin veya federal devlet içerisindeki farklı birimlerin eylemlerinin devlete atfedilmesinde pek fazla itirazla karşılaşmadan kabul edilmiştir.

*Mondev International Ltd. v United States of America* davasında ABD, NAFTA'nın uygulanması bakımından, yerel idarelerin (örneğin Boston şehri) eylemlerinin ve federal olmayan Massachusetts mahkemelerinin kararlarının kendisine atfedilmesine karşı çıkmamakla birlikte, NAFTA'nın yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1994 tarihi öncesindeki eylemlerinin NAFTA'nın ihlali sayılabileceği iddiasına itiraz etmiştir.<sup>304</sup> Yine kendisine karşı açılan bir başka davada da kendisini oluşturan

---

<sup>301</sup> İsviçre Konfederasyonu Anayasası md. 56(3), md. 172 (3)

<sup>302</sup> Örneğin, *Dünya Kültür ve Doğa Mirasının Korunması Sözleşmesi* 34. maddesinde, Sözleşmenin uygulanmasında federal veya merkezi yasama organının yetkisine giren hükümler bakımından, ilgili hükümetlerin yükümlülüklerinin federal devlet niteliği taşımayan diğer taraf devletlerle aynı olduğu belirtildikten sonra; federasyonun anayasal sistemi uyarınca yasama önlemi almak zorunluluğunda olmayan birimler bakımından (kurucu devlet, devletler, eyalet veya kantonlar) Federal hükümetin yükümlülüğünün yalnızca bu birimleri bilgilendirmek ve yasama konusunda tavsiyelerde bulunmaktan ibaret olduğu belirtilmiştir. Sözleşme : <http://whc.unesco.org/en/conventiontext/> ; **ILC Commentaries**, Art. 4, para 10.

<sup>303</sup> *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, para. 89; *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, para. 147-148; *Eureko BV v Poland* kararında kural aynı anlama gelecek şekilde “a well settled rule” olarak nitelendirilmiştir. Bkz. *Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award, 19 August 2005*, para. 127. *Azurix Corp. v. Argentine*, Award, para. 50: “is well accepted” olarak ifade edilmiştir.

<sup>304</sup> *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para.67.

farklı devletlerin eylemleri nedeniyle NAFTA uyarınca uluslararası sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmiştir.<sup>305</sup>

Tucumán eyaleti dahil olmak üzere federal olmayan birimlerin (*sub-federal entities*) eylemleri nedeniyle Arjantin'in sorumluluğunun öne sürüldüğü bir yatırım uyuşmazlığında hakem heyeti, uluslararası hukuka göre federal bir devletin siyasi alt birimlerinin eylemlerinin merkezi hükümete atfedilmesinin yerleşmiş bir kural olduğunu belirtmiştir.<sup>306</sup> Görüldüğü gibi kural, hakem heyetlerince tutarlı bir biçimde uygulanmaktadır.

Madde 4(2)'de yer verilen kurala göre organ, devletin iç hukukuna göre bu statüye sahip olan her kişi veya birimi içermektedir. Bu ifade bir önceki kuralı daraltıcı değil genişletici bir ifadedir. Yani, bir organın iç hukuk uyarınca devlet organı olarak kabul edilmesi halinde başka bir araştırmaya gerek kalmadan devletin sorumluluğuna gidilebilir.<sup>307</sup> Diğer yandan, iç hukuk uyarınca devlet organı sayılma bir şart değildir. Madde yorumunda bunun gerekçesi olarak bazı hukuk sistemlerinde farklı birimlerin statü ve görevlerinin hukukun yanı sıra uygulama ile de belirlenmesi ve yalnızca hukuka başvurulmasının yanıltıcı sonuçlara yol açabileceği belirtilmiştir. Yine ilgili devletin iç hukukunda “organ” ifadesi özel bir anlama sahip olabilir ve maddede amaçlandığından daha dar biçimde anlaşılabilir.<sup>308</sup> Bu nedenle yalnızca devletin iç hukukuna bakarak bu belirlemenin yapılması doğru bulunmamaktadır. Ancak bu noktada madde 4 ve kamu gücü unsurları kullanan kişi veya kuruluşların eylemlerini düzenleyen madde 5 arasındaki ayrım bulanıklaşmaktadır. İlgili birim iç

<sup>305</sup> Bu yükümlülük öncelikle *lex specialis* hüküm olan NAFTA madde 5'ten kaynaklanmaktadır. İlgili düzenlemeye göre: “Taraflar bu anlaşmanın hükümlerinin yürürlüğe konması için, anlaşmada aksi belirtilmedikçe, devletlerin ve eyalet hükümetlerinin bu hükümlere uymasını sağlamak dahil tüm gereken önlemlerin alınmasını temin eder.” Hakem heyeti daha sonra, ILC Maddeleri 4'e ve madde açıklamasının bir bölümüne de ayrıca gönderme yapmıştır. Bkz. *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL, Decision on Objections to Jurisdiction, 20 July 2006, para. 1 , dn 1. Yine bölgesel veya yerel yönetimlerin anlaşma kurallarına riayet etmesini sağlama yükümlülüğünü devlete yükleyen bir özel hüküm için bkz. Enerji Şartı Analşması md 23(1). İlgili düzenlemeler yeni bir kural getirmemekte, atfedilmeye ilişkin örf ve adet kuralını tekrarlamaktadırlar.

<sup>306</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 21 November 2000, para. 49.

<sup>307</sup> Aynı yönde bkz. *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009, para. 45: “Lübnan iç hukukunun CEDP ve/veya CDR'yi ... devlet organları olarak tanınması durumunda, uluslararası hukuka göre bunlar tartışmaya mahal vermeyecek biçimde devlet organı statüsüne sahiptirler.”

<sup>308</sup> **ILC Commentaries**, Art. 4, para. 11.

hukuk uyarınca devlet organı olarak nitelenmese bile, kamu gücü unsurları kullanmasından hareketle madde 5 uyarınca eylemin devlete atfedilmesi her zaman için mümkündür. Uygulamada da yatırım hukuku hakem heyetlerinin madde 4'ü yalnızca ilgili birimin *de jure* devlet organı olup olmadığının araştırılması biçiminde yorumlayıp uyguladığı görülmektedir.<sup>309</sup>

İç hukuk uyarınca devletin organı olarak nitelendirilmese de, taşıdığı nitelikler ile devlet adına hareket ettiğinin tespit edildiği durumlarda da madde 4'ün uygulanmasından kaçınıldığı ve madde 5'e başvurulduğu görülmektedir. Örneğin *Helnan International Hotels v. Republic of Egypt* davasında yetkiye ilişkin kararında hakem heyeti, Mısır Turizm ve Oteller Şirketi'nin (*Egyptian Company for Tourism and Hotels*) turizm endüstrisinin özelleştirilmesinde Mısır hükümeti adına hareket ettiğini tespit etmekle birlikte, ilgili eylemleri kamu gücü kullanıldığından hareketle madde 5 uyarınca Mısır'a atfetmiştir.<sup>310</sup> Gerçekten de madde 4 ve 5'in sınırları arasında bu açıdan bir belirsizlik bulunmakta, ancak kanımızca bu durum sonuca etki eden bir nitelik taşımadığından teorik tartışmaların ötesinde bir önem arz etmemektedir.

### c. Devlet Organının Fonksiyonu

4. madde 1. paragrafta herhangi bir devlet organının eyleminin, o organın yasama, yürütme, yargı veya başka bir fonksiyonu yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın devletin eylemi olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla,

---

<sup>309</sup> *Toto Construzioni v Lebanon* davasında ilgili kurumların Lübnan iç hukukuna göre devlet organı sayılmaması halinde, heyetin görevinin bu kurumların Lübnan Cumhuriyeti adına yürütme veya başkaca bir yetki kullanıp kullanmadığının araştırılması olduğu ve kamu gücü fonksiyonlarının bazılarının kullanıldığının tespit edilmesi halinde ILC Maddeleri madde 5 uyarınca icra veya ihmallerin Lübnan'a atfedilebileceği belirtilmiştir. *Toto Construzioni v Lebanon, Decision on Jurisdiction*, para. 26; para. 47. Ayrıca bkz. *Jan de Nul v Egypt*, Decision on Jurisdiction, para. 89; *Saipem v Bangladesh*, Decision on Jurisdiction, para. 147-148; *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11 , Award, 12 October 2005, para. 69: “Bu kural, yetkilerinin sınırları dahilinde devlet adına hareket etmekle görevlendirilen *de jure* organların eylemlerinin atfedilmesini düzenlemektedir.”

<sup>310</sup> *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision on Jurisdiction, 17 October 2006, para. 93.

elinde bulundurduğu güce veya görev ve yetkilerine bakılmaksızın devletin her biriminin ve her devlet görevlisinin eylemi devlete atfedilebilir nitelikte eylemlerdir.

Madde 4'ün uluslararası hukuka aykırı eylemlerin tespit edilmesinin ötesinde, örneğin hukuka uygun olan bir eylemin devlete atfedilmesinde de kullanıldığı görülmüştür. *Waguih Elie George Siag v Republic of Egypt* davasında davacı, devletin organlarının eylemlerinin devletin eylemleri sayılmasının uluslararası hukuka aykırı eylemlerin devlete atfedilmesi ile sınırlı olmadığını bunun uluslararası hukukun bir genel prensibi olduğunu öne sürmüştü ve Mısır mahkemelerinin hukuka aykırı olmayan kararlarının da Mısır devletinin eylemi sayılmasını talep etmiştir.<sup>311</sup> Hakem heyeti davacının bu iddialarını haklı bulmuş<sup>312</sup> söz konusu genel prensip uyarınca ilgili Mahkeme kararlarının Mısır'a ait olduğuna ve Mısır devletinin kendi eylemlerinden haberdar olmadığını öne süremeyeceğine, hükmetmiştir.

## **2. Kamu Gücü Kullanma Yetkisi Olan Kişi ve Birimlerin Eylemleri**

### **a. Genel Olarak**

Esas ilkenin, devletin kendi organlarının eylemlerinden dolayı sorumlu olması olduğunu bir önceki bölümde açıklamıştık. Ancak devlet organı niteliği taşımamakla birlikte, kamu gücü kullanmakla yetkilendirilmiş gerçek veya tüzel kişilerin eylemlerinin de devlete atfedilmesi mümkündür. ILC Maddeleri 5'te yer alan düzenlemeye göre,

“Madde 4 uyarınca devlet organı sayılmayan ancak ilgili devletin iç hukuku uyarınca kamu gücü unsurlarını kullanmakla yetkilendirilmiş ve somut olayda bu nitelikte hareket eden kişi veya birimlerin eylemleri devletin eylemi olarak kabul edilir.”

<sup>311</sup> *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009, para. 194-195.

<sup>312</sup> *Ibid.*, para. 197.

Bir eylemin 5. madde uyarınca devlete atfedilebilmesi için, o eylemi gerçekleştiren kişi veya kuruluşun (i) İç hukuk tarafından kamu gücü kullanmakla yetkilendirilmiş olması ve (ii) Somut olayda bu yetkiyi kullanarak hareket etmiş olması aranır.

Söz konusu madde ile, tipik olarak bir devlet organı sayılmayacak, ancak bu organlar yerine kamu gücü kullanma yetkisiyle donatılmış kişi veya birimlerin ve özelleştirilmiş olan ancak hala bazı kamusal ve düzenleyici yetkiler kullanan eski devlet şirketlerinin (*state corporation*) durumunun düzenlenmesi amaçlanmıştır.<sup>313</sup> Böylelikle kamusal şirketler, yarı-kamusal kuruluşlar, farklı türlerdeki kamusal birimler ve hatta bazı durumlarda özel şirketlerin eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğu gündeme gelmektedir.<sup>314</sup> Madde yorumunda belirtilen amaca paralel şekilde, yatırım uyuşmazlıklarına bakıldığında madde 5'in özellikle kamu iktisadi teşebbüslerinin (*state-owned entities*) eylemlerinin devlete atfedilmesine uygulandığı görülmektedir. Ev sahibi devletin iç hukukuna göre genellikle özel hukuk kişisi sayılan ve dolayısıyla devletten ayrı bir kişiliğe sahip olan kamu iktisadi teşebbüslerinin eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğuna gidilebilmesi, atfedilmeye ilişkin en önemli konulardan biridir ve pek çok tartışmayı içermektedir. Dolayısıyla kamu iktisadi teşebbüslerinin durumu ve bu konudaki tahkim uygulamaları aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

## **b. İç Hukuk Uyarınca Kamu Gücü Kullanma Yetkisi Tanınması**

Bir eylemin 5. madde kapsamında devlete atfedilebilmesi için, o eylemi gerçekleştiren kişi veya kuruluşun iç hukuk uyarınca kamu gücü kullanma yetkisini haiz olmasının yanı sıra, somut olayda da bu yetkiyi kullanarak hareket etmiş olması gereklidir.

<sup>313</sup> ILC Commentaries, Art. 5, para. 1.

<sup>314</sup> Ibid., para. 2.

Bir devletin organlarını oluşturan kişi veya kuruluşlar genellikle o devletin iç hukukuna bakılarak anlaşılabilir. İç hukukta tanınmış bu kişiler 4. madde çerçevesinde o devletin *de jure* organlarıdır. 5. madde ise bu organlar dışında kalan kişi veya birimlerin eylemleri ile ilgilenmektedir.

5. maddeye rengini veren unsur “*kamu gücü unsurlarını kullanmak*”tır. Ayrıca kamu gücü kullanma yetkisinin ilgili devletin iç hukuku uyarınca tanınmış olması ve somut olayda da söz konusu yetkiye dayanılarak hareket edilmiş olması zorunludur. Madde unsurları arasında yetkinin iç hukuk uyarınca devlet tarafından tanınmış olması gibi ek bir daraltıcı şart getirilmesinin nedeni, devlet organı olmayan birimlerin eylemlerinin devlete atfedilmesinin meşru zeminini sağlamaktır.<sup>315</sup> Burada yetki bizzat devlet tarafından bahsedilmiş olduğundan, ilgili eylem nedeniyle devletin sorumlu olduğu öne sürülebilmektedir.

Öyleyse, kamu gücünün kullanılmasından ne anlaşılması gerekir? Hangi tür faaliyetler kamu gücü kullanılarak yerine getirilmektedir? Madde metninde kamu gücünün kullanılması ile ilgili bir tanım vermekten kaçınılmıştır. Yine ne gibi faaliyetlerin kamu gücü kullanılmasını içerdiğine ilişkin bir ipucuna yer verilmemiştir. Bunun bilinçli bir kaçınma olduğu, madde açıklamasından anlaşılmaktadır: Belirli bir aşamadan sonra neyin “kamusal” olduğu, her topluma ve onun tarih ve geleneklerine göre değişmektedir.<sup>316</sup> Her topluma uyan bir tanımın verilmesindeki zorluktan ötürü madde genel ifadelerle kaleme alınmıştır. Ancak faaliyetin niteliğinden hareketle bir belirleme yapılabilir: 5. maddede *somut olayda kamu gücü kullanma yetkisine dayanarak hareket etmek* arandığından, bir eylemin devlete atfedilebilmesi için muhakkak *kamusal bir faaliyetle ilgili olması, özel veya ticari bir faaliyete ilişkin olmaması gerekir*.<sup>317</sup> Dolayısıyla somut olayda, faaliyetin özel veya ticari nitelikli olup olmadığı incelenerek işe başlanabilir.

Örneğin bir demiryolu şirketinin bilet satılması veya demiryolu taşıtları satın alınması gibi ticari nitelikteki eylemlerinin devlete atfedilmesi mümkün değilken;

---

<sup>315</sup> **Ibid.**, para. 5.

<sup>316</sup> **Ibid.**, para. 6.

<sup>317</sup> **Ibid.**, para. 5.



ilgili birimin kendisine verilen kamu gücü yetkilerini kullanarak bulunduğu eylem devletin eylemi olarak kabul edilir.<sup>318</sup>

ILC tarafından ayrıca kamu gücünün kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesinde yalnızca verilen yetkinin içeriğinin önemli olmadığı belirtilmekte; bunun bir birime verilme şekline, hangi amaçlarla kullanılmak üzere verildiğine ve birimin söz konusu yetkilerin kullanılması ile ilgili olarak hükümete karşı ne ölçüde sorumlu olduğuna bakılması önerilmektedir. Ancak bu öneriler yol gösterici nitelikte olmalarına rağmen, madde lafzının kapsamını aşan unsurlar içermektedir.

İran-Birleşik Devletler Talepler Mahkemesi'nin gördüğü bir davada, devlet tarafından kurulmuş bağımsız bir vakıf hayır amacıyla bir taşınmaza el koymuştur. Vakfın sahip olduğu yetkiler arasında el konulacak taşınmazın belirlenmesi de vardır. Bu nedenle söz konusu taşınmaza ilişkin uygulamaları bakımından vakfın özel değil kamusal kuruluş olduğu ve dolayısıyla konunun hakem mahkemesinin yargısal yetkisinde olduğuna karar verilmiştir.<sup>319</sup>

### **c. Eylemin Kamu Gücü Kullanma Yetkisine Dayanılarak İfa Edilmesi**

5. maddenin bir diğer önemli unsuru iç hukuk uyarınca kamu gücü kullanma yetkisine sahip olan kişi veya birimin uyuşmazlık konusu olayda bu yetkisini kullanarak hareket etmiş olmasıdır. Öyleyse mahkeme, önündeki uyuşmazlıkta bir birimin de jure anlamda devlet organı olmasa da bazı kamu gücü yetkilerine sahip olduğunu tespit etse dahi; devletin 5. madde anlamında bir sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, muhakkak şikayet konusu eylemin kamu gücü kullanılarak yerine getirildiğinin de belirlenmiş olması gerekir. Kısacası bir kişi veya birimin genel olarak bazı kamu gücü yetkilerinin olması veya kamusal faaliyetler görmesi, onun her eyleminin 5. madde kapsamında devlete atfedileceği anlamına gelmemektedir.

---

<sup>318</sup> **Ibid.**

<sup>319</sup> *Hyatt International Corporation et al v Iran, Iran-US Claims Tribunal, Award no. ITL 54-134-1, 17 September 1985, p. 72, pp. 88-94.*

### 3. Devlet Tarafından Yönlendirilen veya Kontrol Edilen Kişilerin Eylemleri

#### a. Genel Olarak

Uluslararası hukukta temel ilke devletin özel kişilerin eylemlerinden dolayı herhangi bir sorumluluğunun olmamasıdır. Ancak bu ilkenin istisnası, ILC Maddeleri 8. maddesinde düzenlenen, devletin talimatı (*instruction*), yönlendirmesi (*direction*) veya kontrolü (*control*) altında ifa edilen eylemlerin devlete atfedilebilmesine imkan veren kuraldır. Özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilebilmesinin istisnai niteliğinin göz ardı edilmemesi gerekir. Bu husus, yani 8. maddenin istisnai nitelikte bir kural olduğu *EDF v. Romania* kararında da vurgulanmıştır.<sup>320</sup> Bu nedenle, eylemi gerçekleştiren kişi veya birim ile devlet aygıtı arasında gerçek bir bağlantının (*a real link*) aranması gerektiği belirtilmiştir.<sup>321</sup>

Maddede eylemin niteliğine ilişkin özel bir şart aranmamıştır. Yani 5. maddede olduğu gibi eylemin bir kamu gücü kullanımını içermesi veya başka özel bir şartı yerine getiriyor olması gerekmemektedir. Özel kişi veya kişi topluluklarının<sup>322</sup> herhangi bir eyleminin devlete atfedilebilmesi mümkündür. En çok rastlanan durumlardan biri, devletin kendi polis teşkilatı veya silahlı kuvvetleri dışında, özel kişileri görevlendirerek çeşitli faaliyetler yürütmek üzere diğer ülkelere göndermesidir.<sup>323</sup> Bu halde, eylem devlet görevlisi olmayan kişiler tarafından ifa edilse de, devletle bu kişiler arasındaki özel ilişkiden ötürü devletin sorumluluğu

<sup>320</sup> *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para. 200.

<sup>321</sup> **ILC Commentaries**, Art. 8, para. 1.

<sup>322</sup> “Kişi toplulukları” ifadesi ile hukuk kişiliğine sahip olmayan, ancak kolektif olarak hareket eden kişilerin de madde kapsamına alınması amaçlanmıştır. Buna göre devlete, şirket gibi hukuk kişiliğini haiz bir birimin eylemi atfedilebileceği gibi, bireylerin veya grupların eylemleri de atfedilebilir. Bkz. **Ibid.**, para. 9.

<sup>323</sup> **Ibid.**, para. 2.

doğmaktadır. Dolayısıyla örneğin özel kişilerin silahlı kuvvet kullanımı adeta devletin eylemi gibi muamele görebilmektedir.

## **b. Uluslararası Hukukta Devletin Eylem Üzerindeki Kontrolünün Tespitinde Etkin Kontrol ve Genel Kontrol Kriteri**

Özel kişilerin kuvvet kullanımı nedeniyle devletin “dolaylı biçimde”<sup>324</sup> kuvvet kullandığına karar verilen tipik örnek, *Nicaragua* davasıdır. Davada kontralar tarafından Nikaragua’da gerçekleştirilen paramiliter faaliyetler ve insancıl hukuk ihlallerinin ABD’ye atfedilip edilemeyeceği incelenmiştir. Sonuç olarak ABD’nin Amerikan vatandaşı kişiler aracılığıyla kontralara verdiği “planlama, yönlendirme, destek” şeklindeki eylemler nedeniyle sorumlu olduğuna karar verilirken<sup>325</sup>, ABD’nin kontralar tarafından gerçekleştirilen insan hakları hukuku ve insancıl hukuka aykırı eylemler üzerinde kontrolü olduğu ve kontraların eylemlerinin tümünden sorumlu olması gerektiği iddiası ise eylemler üzerinde “*etkin kontrol*” (*effective control*) şartının sağlanmaması nedeniyle reddedilmiştir:

“...Bu tasarrufun Birleşik Devletler’in hukuki sorumluluğuna yol açması için, ilkesel olarak, öne sürülen ihlallerin gerçekleştiği militer ve paramiliter faaliyetler üzerinde Devletin etkin kontrol sahibi olduğunun kanıtlanması zorunludur.”<sup>326</sup>

<sup>324</sup> Kuvvet kullanma, uluslararası hukukta BM Şartı madde 2(4) ile belirli istisnalar dışında kesin bir biçimde yasaklanmıştır. Maddede kuvvet kullanmanın “doğrudan” veya “dolaylı” olması arasında bir ayırım yapılmamış, her iki türdeki kuvvet kullanma da yasak kapsamına alınmıştır. BM Genel Kurulu’nun saldırı kavramını tanımadığı 1974 tarihli XXIX sayılı “Saldırının Tanımı” kararı madde 1’e göre “Saldırı”: Bir devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya BM Şartı ile bağdaşmayan tarzda herhangi bir biçimde kuvvet kullanılmasıdır. 5. maddede saldırı fiili niteliğindeki eylemler liste olarak düzenlenmiştir. 5. Madde (g) paragrafına göre bir devlet tarafından veya bir devlet adına diğer bir devlete karşı (silahlı kuvvetlerin gerçekleştirdiği saldırı fiili ağırlığına varan) silahlı kuvvet fiillerini icra eden silahlı çetelerin, grupların, gayri nizami askerlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi veya bu gibi fiillere önemli ölçüde müdahil olunması da saldırı fiili niteliği taşır. Genel Kurul’un 1974 Saldırının Tanımı kararı için bkz. Gündüz, **op. cit.**, ss. 120-121.

Buna göre (g) paragrafında belirtilen saldırı biçimi, *Nicaragua* davasında dolaylı kuvvet kullanma olarak nitelendirilmiştir. Bir devletin silahlı kuvvetleri aracılığıyla başka bir devlete uyguladığı kuvvet kullanma “doğrudan” kuvvet kullanma olarak kabul edilirken, devletin başka bir ülkedeki kişi veya grupları kullanarak uyguladığı kuvvet kullanma, “dolaylı” kuvvet kullanma olarak kabul edilmektedir. Burada doğrudan bir devlet organı ya da görevlisinin eylemi söz konusu olmadığından, devletin özel kişilerin eylemleri üzerindeki etkisinin ne ölçüde olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

<sup>325</sup> *Nicaragua Case*, para. 86.

<sup>326</sup> *Ibid.*, para. 115.

*Nicaragua* kararında UAD tarafından sorumluluğun şartı olarak görülen etkin kontrol kriteri, devletin ihlal konusu eylemler üzerindeki kontrolünün derecesine ilişkindir. Örneğin bu kararda ABD'nin kontralara sağladığı parasal yardım, eğitim ve lojistik destek, kontraların gerçekleştirdiği tüm eylemler üzerinde etkin kontrol sahibi olduğu biçiminde yorumlanmamıştır.<sup>327</sup> Bu bakımdan UAD, ABD'nin bu eylemler üzerinde daha fazla kontrolünün olmasını aramıştır. Devletin eylemlerden sorumlu olabilmesi için eylemler üzerindeki kontrolünün “etkin kontrol” denebilecek seviyeye ulaşmış olması gerekir.

UAD tarafından görülen Bosna-Hersek ile Sırbistan arasındaki *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması*<sup>328</sup> (*Genocide Case*) davasında da devletin özel kişilerin eylemlerinden sorumlu tutulabilmesi için etkin kontrolün varlığı aranmıştır. Sırbistan soykırım suçunun işlenmesinin önlenmesi bakımından sorumlu tutulmuş ise de<sup>329</sup>; silahlı oluşumların işlemiş olduğu ve soykırım suçuna vücut veren eylemler bakımından bu eylemlerin Sırbistan'a etkin kontrol testi uyarınca atfedilememesi nedeniyle sorumlu tutulmamıştır.<sup>330</sup>

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından görülen *Tadic* davasında ise “*genel kontrol*” (*overall control*) kriteri kullanılmış ve daha düşük düzeyde bir kontrol yeterli görülmüştür:

“Uluslararası hukuk, özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilebilmesi için devletin bu kişiler üzerinde kontrolünü kullanmasını gerekli görmektedir. Ancak kontrolün derecesi her olayın vakıalarına göre değişebilir. Yüksek Daire (Appeals Chamber) uluslararası hukukun neden her bir durumda ve her koşulda kontrol testi için yüksek bir eşik araması gerektiğine anlam verememektedir.”<sup>331</sup>

Kararda Sırbistan'ın Bosna-Hersek'teki silahlı oluşumlar üzerinde genel bir kontrolünün var olduğuna ve bu oluşumların Sırbistan'ın *de facto* organları olarak hareket ettiklerine karar verilmiştir.<sup>332</sup> Yüksek Daire, uluslararası hukukun silahlı

---

<sup>327</sup> **Ibid.**

<sup>328</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, s. 43.

<sup>329</sup> **Ibid.**, para. 432.

<sup>330</sup> **Ibid.**, para. 390-395.

<sup>331</sup> Prosecutor v. Dusko Tadic, International Tribunal for the Former Yugoslavia, **ILM**, vol. 38, no. 6, s. 1541, para. 117. (Bundan sonra “*Tadic Case*”)

<sup>332</sup> **Ibid.**, para. 162.

çatışmanın “uluslararası nitelikte” sayılması için aradığı kontrol düzeyini şu şekilde ifade etmiştir:

“Yugoslavya otoritelerinin silahlı kuvvetler üzerinde yalnızca finansman ve teçhizat sağlamanın ötesine geçen ve askeri operasyonların planlanması ve denetlenmesinde rol almayı da içeren genel kontrole sahip olması gerekir.”<sup>333</sup>

Elbette *Tadic* davası ve *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması* davası arasında birinin bireysel cezai sorumluluğa, diğerinin ise bireylerin eylemlerinden dolayı devletin sorumluluğuna ilişkin olması bakımından bir farklılık bulunmaktadır.<sup>334</sup> UAD'a göre, genel kontrol testi devletin sorumluluğunu “bir devletin kendi eylemlerinden; yani kendi adına hareket eden kişilerin eylemlerinden sorumlu olması” şeklindeki temel prensiplere aykırı bir biçimde aşırı genişletmektedir.<sup>335</sup> Madde 8 uyarınca özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilebilmesi için, devletin bir organının hukuka aykırı eylemi işleyen faille talimat vermesi veya onları yönlendirmesi ya da eylemin işlendiği sırada eylem üzerinde etkin kontrol kullanmış olması gerekir.<sup>336</sup>

Bu bakımdan genel kontrol testinin, özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi bakımından uygun olmayan bir yöntem olduğuna karar verilmiştir.<sup>337</sup> Böylece etkin kontrol ölçütü ile *Tadic* davasındaki genel kontrol ölçütüne nazaran daha yüksek bir eşik aranarak Sırbistan ilgili eylemler üzerinde yeterince kontrol sahibi olmadığı gerekçesiyle sorumlu tutulmamıştır.<sup>338 339</sup>

<sup>333</sup> **Ibid.**, para. 145.

<sup>334</sup> **ILC Commentaries**, Art. 8, para. 5

<sup>335</sup> *Genocide Case*, para. 406.

<sup>336</sup> **Ibid.**

<sup>337</sup> UAD'a göre *Tadic* davasındaki genel kontrol ölçütünün, *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması* davasında uygulanmamasının sebebi bu ölçütün bir devletin başka bir devletin ülkesindeki silahlı çatışmalara ne ölçüde dahil olduğu, yani silahlı çatışmanın uluslararası nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde uygun bir ölçüt olması; ancak silahlı çatışma sırasında işlenen belirli bir eylemden devletin sorumlu tutulması bakımından uygun bir ölçüt olmamasıdır. (**Ibid.**, para. 405)

<sup>338</sup> *Soykırım davasında UAD tarafından genel kontrol ölçütünün uygulanmamasının eleştirisi için bkz. Aksar, Uluslararası Hukuk II*, s. 200 vd. Yazara göre, “uluslararası nitelikteki bir yargı kuruluşunun genel kontrol ölçütü temelinde bir silahlı çatışmayı uluslararası nitelikte kabul etmesi, bu yöntemin bir başka mahkeme (Divan) tarafından silahlı çatışmanın niteliğini tespit etmekte doğru olduğunu belirtmesi, fakat, devletin sorumluluğu açısından uygun olmadığına karar vermesi izah edilebilir bir durum değildir.”(s. 202); “Uluslararası Adalet Divanı kararındaki gerçek sorun, devletin

### c. Yatırım İhtilaflarında Eylemin Devlete Atfedilebilmesi İçin Aranan Kontrol Düzeyi

Yatırım tahkimi alanına gelindiğinde ILC Maddeleri, 8. maddenin özellikle devletin sahip olduğu veya devlet tarafından kontrol edilen şirketler bakımından uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Aşağıda detaylı biçimde incelenecek olan *Bayındır v. Pakistan* kararında, bir devlet teşebbüsünün eyleminin 8. madde uyarınca devlete atfedilebilmesi için aranan devlet kontrolünün düzeyi düşüktür. Bu kararda (UAD'ın *Nicaragua ve Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması* davalarındaki içtihadından ayrılan ve mahkeme önündeki hukuki meseleye göre farklı kontrol düzeylerinin aranabileceği savunan *Tadic* kararına benzer biçimde) uluslararası hukukun farklı alanlarında farklı kontrol düzeylerinin aranabileceği belirtilmiştir.<sup>340</sup> Bu nedenle yatırım hukuku alanına “etkin kontrol” gibi bir kriter uygulanmamış; teşebbüsün aldığı kararlara devlet tarafından cevaz verilmesi atfedilebilme için yeterli sayılmıştır.<sup>341</sup>

Madde açıklamasına göre iç hukuk düzeyinde şirketlerin ayrı hukuk kişiliğine sahip olmasına uluslararası hukuk da saygı göstermekte ve devletin yalnızca bir şirkete sahip olup bu anlamda şirket üzerinde kontrol sahibi olmasını tek başına bir atfedilme gerekçesi saymamaktadır. Buna karşılık, eğer şirket kamu gücü kullanıyorsa (md. 5) veya özel bir sonuca ulaşmak amacıyla sermayedeki payını kullanıyorsa eylemin devlete atfedilmesi söz konusu olabilmektedir.<sup>342</sup> Bu yorumdan hareketle *EDF v. Romania* kararında, Ulaştırma Bakanlığı vasıtasıyla devlet teşebbüsleri üzerinde, “yatırımcı ile yapılan sözleşmeyi sona erdirmeye” özel amacına

---

*sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, gerçekçi olmayan çok yüksek bir standardın etkin kontrol adıyla aranmasıdır. Buna göre Sırbistan'ın sorumlu tutulmasını sağlayabilecek unsurlar arasında, Sırbistan yetkililerinin Bosnalı Sırlara ve silahlı gruplarına soykırım suçunun işlenmesi için aleni emirler, talimatlar göndermesi ve bunların belgelenmesi gereklidir.” (s. 203)*

<sup>339</sup> Atfedilebilme konusunun gündeme geldiği diğer bazı davalar için bkz. *Yeager v. Islamic Republic of Iran*, Iran-US Claims Tribunal, AWD 324-10199-1, 2 November 1987, p. 103; *Starrett Housing Corporation v. Islamic Republic of Iran*, Iran-US Claims Tribunal, ITC 32-24-1, 19 December 1983, p. 143 .

<sup>340</sup> *Bayındır v. Pakistan*, Award, para. 130.

<sup>341</sup> *Ibid.*, para. 125.

<sup>342</sup> *ILC Commentaries*, Art. 8, para. 6.

yönelik talimat verildiği gerekçesiyle<sup>343</sup> eylemin devlete atfedilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Son olarak, kişilerin devletin hukuka uygun talimat veya yönlendirmesinin ötesinde bir eylemde bulunması halinde bu eylem devlete atfedilebilecek midir? Bu konuda da eğer eylem devletin etkin kontrolü altında gerçekleştirilmişse, talimatlara tam olarak uyulmasa bile eylemin devlete atfedilebileceği belirtilmiştir.<sup>344</sup>

#### **4. Yatırım Tahkiminde Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Eylemlerinin Devlete Atfedilmesi**

##### **a. Genel Olarak**

Yatırım tahkiminde 5. ve 8. maddelerin en önemli uygulama alanı, devlet eliyle yürütülen girişimler olan kamu iktisadi teşebbüslerinin eylemlerinin devlete atfedilmesidir. Devletten ayrı bir hukuki kişilik taşımaları ve çoğunlukla iç hukukta özel hukuka tabi olarak kurulmalarına rağmen, kamu iktisadi teşebbüslerinin eylemleri devletin uluslararası sorumluluğuna yol açabilmektedir. Bunun nedeni uluslararası hukukta yerleşik olan, devletin kendi iç hukukunu öne sürerek sorumluluktan kaçınamayacağına ilişkin kuraldır.<sup>345</sup> Ayrıca devlet, bazı hukuka aykırı eylemleri kamu iktisadi teşebbüslerinin söz konusu karakteri ardına gizleyerek yerine getirebilir ve böylece sorumluluktan kaçınmaya çalışabilir. Dolayısıyla uluslararası sorumluluk söz konusu olduğunda, iç hukukta yapılan ayırım otomatik olarak kabul edilmemekte, devlet ve söz konusu şirket arasındaki ilişkinin araştırılması gerekmektedir. Devletin şirketin özel bir şirket olduğunu veya faaliyetlerinin ticari nitelikte olduğunu öne sürmesi onu sorumluluktan kurtarmaz.

<sup>343</sup> *EDF v. Romania*, Award, para. 201.

<sup>344</sup> *ILC Commentaries*, Art. 8, para. 8.

<sup>345</sup> *ILC Maddeleri*, madde 3.

Yatırım tahkiminde bir özel şirketin eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğunun doğmasına iyi bir örnek, *Maffezini v. Kingdom of Spain*<sup>346</sup> davasıdır.

## **b. Eylemin Devlete Atfedilmesine İlişkin Yatırım Tahkimi Uygulamaları**

### **i. Genel Olarak**

Atfedilmeye ilişkin kuralların bir yatırım uyuşmazlığına uygulanmasına klasik örnek olarak *Maffezini v. Kingdom of Spain* davası verilmektedir. Bu dava bir özel şirketin eyleminin devlete atfedilip atfedilemeyeceğinin detaylı biçimde incelendiği ve gerçekten de ICSID uygulamasını temsil eden bir örnek olmakla birlikte, esasen ICSID içtihadının yalnızca bir yönünü yansıtmaktadır. Çünkü diğer davalar da incelendiğinde ICSID hakem heyetlerinin, atfedilmeye ilişkin sorunların çözümü bakımından iki farklı yaklaşım içerisinde oldukları görülmektedir.

Atfedilmeye ilişkin ILC Maddeleri'nin oldukça detaylı ve birbirinden farklı teknik unsurlar içerdiği yukarıdaki madde incelemelerinden anlaşılmaktadır. Her bir kuralın farklı bir hukuki esası vardır. Dolayısıyla, yatırım hakem heyetlerince de bu ayrıma uyularak söz konusu kuralların tek tek uygulanıp, somut olayda unsurlarının araştırılacağı beklenmelidir. Ancak bu beklentinin tersine, bazı hakem heyetleri her kuralın “eylemin devlete atfedilmesi” ortak sonucuna varacağı düşüncesiyle bunları olaya ayrı ayrı uygulamak yerine birlikte değerlendirmeyi tercih etmişlerdir. Bu durum kuşkusuz bazı keyfiliklere ve uygulamada tutarsızlıklara yol açmıştır. Çünkü ILC Maddeleri'nin her biri farklı esasa dayanan kurallar ile tek tek değerlendirme gerektirecek biçimde tasarlanmıştır. Diğer bazı hakem heyetleri ise ILC Maddeleri'nin ardında yatan mantıkla daha uyumlu bir biçimde, her bir kuralı tek tek uygulayarak, vakıaları her bir kural özelinde ayrı ayrı değerlendirme yoluna

---

<sup>346</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000; ayrıca bkz. *Maffezini v Spain*, Award.



gitmiştir. İşte bu iki farklı uygulama biçimi, ICSID içtihadı bakımından iki ayrı yaklaşımı temsil etmektedir.

Birinci yaklaşım incelendiğinde, ICSID’in kendi terminolojisini kullanarak ILC Maddeleri’ni uyguladığı görülmektedir. Buna göre, eylemin devlete atfedilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda “**yapısal değerlendirme**” (*structural test*) ve “**görevsel değerlendirme**” (*functional test*) adı verilen bir kombinasyon uygulanmaktadır. Yapısal değerlendirme devlet organlarının eylemlerinin devlete atfedilmesini düzenleyen 4. maddeye karşılık gelirken; görevsel değerlendirme kamu gücü kullanma yetkisine sahip kişi veya kuruluşların eylemlerinin devlete atfedilmesini düzenleyen 5. maddeye karşılık gelmektedir.

Yapısal değerlendirmede, uluslararası hukuka aykırı eylemi gerçekleştirdiği öne sürülen birimin devlet yapısı içerisindeki yerine bakılarak söz konusu eylemden devletin sorumlu tutulup tutulamayacağı belirlenmektedir. Görevsel değerlendirmede ise aynı eylemin kamusal bir faaliyet olup olmadığı, yani devletten alınan kamu gücü kullanma yetkisine dayanılarak yapılıp yapılmadığı değerlendirilmektedir. Kısacası görevin niteliği incelenmektedir. Özellikle hem kamusal hem de ticari faaliyetlerde bulunma yetkisi olan kamu iktisadi teşebbüsleri söz konusu olduğunda, görevsel değerlendirme eylemin devlete atfedilmesinde büyük önem taşımaktadır.

Değerlendirmeyi bir kombinasyon olarak nitelendirmemizin nedeni ise, yalnızca 4. madde veya yalnızca 5. maddede yer alan kurallardan birinin koşullarının sağlanması halinde, bunun eylemin devlete atfedilmesine yeter bulunmamasıdır. Yapısal-görevsel değerlendirme birlikte yapılarak her ikisinin sonucunun ortak değerlendirilmesi neticesinde karar verilmektedir.

## **ii. Birinci Yaklaşım**

Klasik bir örnek olduğunu belirttiğimiz *Maffezini v. Kingdom of Spain* davası, atfedilmeye ilişkin kuralların tek potada eritilerek birlikte uygulanmasına dayanan birinci yaklaşımı temsil etmektedir. Kararda, bir İspanyol kuruluş olan *Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia* (“**SODIGA**”)’nın eylemlerinin İspanya’ya

atfedilip atfedilemeyeceği meselesi incelenmiş ve özellikle görevsel değerlendirme anlamında son derece detaylı bir analize yer verilmiştir. Dolayısıyla karar, 5. maddenin somut bir yatırım uyuşmazlığına uygulanmasında yol gösterici bir örnektir.

Dava konusu olayların özeti şu şekildedir: Arjantin vatandaşı olan Emilio Augustin Maffezini, İspanya’da kimyasal ürünler endüstrisinde yatırım yapmak üzere *Emilio A. Maffezini S. A.* (“EAMSA”) isimli bir şirket kurmuştur. Bu şirket İspanya iç hukukuna göre ve SODIGA’nın ortaklığı ile kurulmuştur. Proje başarısız olmuş ve Maffezini bu başarısızlığın SODIGA’nın eylemlerinden kaynaklandığını öne sürmüştür. Bu iddialara göre SODIGA proje masrafları ile ilgili olarak hatalı bilgi vermiş ve yatırımın çevresel etki değerlendirme raporu tamamlanmadan yapılmasına sebep olarak ek masraflara yol açmıştır. Ayrıca Maffezini EAMSA’ya borç vermeyi kabul etmemesine rağmen kendi kişisel hesabından EAMSA’ya para transferi yapılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, SODIGA’nın hukuki statüsü konusu hakem heyeti tarafından yetkiye ilişkin karar ve esasa ilişkin kararda olmak üzere iki kez ele alınmıştır. Davalı yetkiye ilişkin itirazda bulunarak uyuşmazlığın İspanya devleti ve davacı arasında değil; bir özel şirket olan SODIGA ile davacı arasında olduğunu öne sürmüştür. Söz konusu itiraz incelenirken heyet iki sorunun yanıtlanması gerektiği kanaatine varmıştır: (1) ICSID ve hakem heyetinin yetkisinin belirlenmesi açısından SODIGA’nın bir devlet kuruluşu olup olmadığı, (2) Davacı tarafından şikayet edilen eylem ve ihmallerin devlete atfedilip atfedilemeyeceği.

Birinci sorunun yetki safhasında yanıtlanmasına karar verilirken, ikinci sorunun ancak uyuşmazlığın esasının incelenmesini sırasında yanıtlanabileceği belirtilmiştir.<sup>347</sup>

Heyet, yetkiye ilişkin karar verirken hem yapısal hem de görevsel değerlendirmeyi uygulamıştır. Yapısal değerlendirme çerçevesinde heyet tarafından

---

<sup>347</sup> *Maffezini v Kingdom of Spain*, Decision on Jurisdiction, para. 75.

iki konunun değerlendirmeye alındığı görülmektedir. Bunlar (1) şirketin kurulmasında devletin rolü ve (2) şirket sermayesine devletin sahip olup olmadığıdır.

SODIGA'nın bir Sanayi Bakanlığı kararnamesi ile kurulmuş olduğu, bir özel ticari şirket olarak kurulmakla birlikte sermayesinin en az %51'inin bir devlet ajansı olan Ulusal Sanayi Enstitüsü'ne ait olduğu ve 1990 yılı sonu itibariyle hükümetin sahip olduğu sermayenin %88'e ulaştığı belirtilmiştir.<sup>348</sup> Ancak bir devletin yalnızca bir özel şirketin sermayesine sahip olması, o şirketin bir devlet organı olarak nitelendirilmesi için yeterli görülmemiş ve görevsel değerlendirme de bu aşamada gündeme gelmiştir. Buna göre, SODIGA'nın Sanayi Bakanlığı'nın teklifi ve Ekonomi Bakanlığı ile İspanya hükümetinin en üst siyasi organlarından biri olan Bakanlar Konseyi'nin onayları ile kurulmuş olması, kamusal görevler yürütmek amacıyla kurulmasının göstergesi olarak kabul edilmiştir.<sup>349</sup> Bu niyetin, ilgili bakanlık kararnamesinin önsözünde SODIGA'nın kuruluş amaçlarından birinin Galiçya'nın bölgesel endüstriyel kalkınması olduğunun belirtilmesinden anlaşılacağı; ayrıca SODIGA'nın görevleri arasında Galiçya'da yeni endüstrilerin hayata geçirilmesi konusunda çalışmaların yürütülmesi, bu yeni endüstrilerin araştırılması ve teşvik edilmesi, yeni girişimlere yatırım yapılması, resmi finansal kaynaklar ile kredi başvurularının incelenmesi, bu krediler için garanti sağlanması ve teknik yardımda bulunulması gibi unsurların yer aldığı ifade edilmiştir. Bunlar özü itibariyle kamusal görevler olup genellikle özel kuruluşlar tarafından yerine getirilmemekte ve ticari nitelikte kabul edilmemektedir.<sup>350</sup>

Sonuç olarak hakem heyeti SODIGA'nın hem yapısal hem de görevsel değerlendirmenin koşullarını sağladığına, ve SODIGA'nın İspanya adına hareket eden bir devlet kuruluşu olduğunun *prima facie* olarak belirlendiğine karar vermiştir.<sup>351</sup> Kısacası SODIGA'nın eylemleri nedeniyle İspanya devletine dava açılmasında yetki bakımından bir aykırılık yoktur. SODIGA yetki bakımından devlet kuruluşu kabul edilmiştir. Şikayet edilen eylemlerin kamusal veya ticari niteliği ve

---

<sup>348</sup> **Ibid.**, para. 83.

<sup>349</sup> **Ibid.**, para. 85.

<sup>350</sup> **Ibid.**, para. 86.

<sup>351</sup> **Ibid.**, para. 89.

bunların İspanya'ya atfedilip atfedilemeyeceği sorusuna ise davanın esasına ilişkin incelemede karar verilecektir.

Yetkiye ilişkin kararda uyuşmazlık konusu eylemler tek tek incelenmemiş; SODIGA'nın genel olarak görevleri incelenerek bir kanaate varılmıştır. Esasa ilişkin kararda ise şikayet konusu eylemlerin tek tek incelenerek bunların kamusal nitelikte olup olmadığına karar verildiği görülmektedir. Maffezini SODIGA'nın tüm eylem ve ihmallerinin bir kamu kuruluşu olması nedeniyle İspanya'ya atfedilmesi gerektiğini öne sürerken, İspanya SODIGA'nın özel bir şirket olduğu ve İspanya kamu idaresi içerisinde yer almadığı gerekçesiyle bu iddiaya karşı çıkmakta, yani bu eylem ve ihmallerin İspanya devletine atfedilemeyeceğini belirtmektedir.

Hakem heyeti, yapısal değerlendirme altında dahi, SODIGA gibi şirketlerin bütünüyle kamu idaresi dışında kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>352</sup> Ayrıca yapısal değerlendirme dikkate alınması gereken unsurlardan yalnızca bir tanesidir. Uluslararası hukuk, şirket üzerinde devlet veya devlet devlet kurumlarının kontrolü, şirketin kurulma amacı ve işlevleri gibi diğer hususları da göz önünde bulundurmaktır.<sup>353</sup>

Uyuşmazlığın konusu olarak öne sürülen SODIGA'nın proje maliyeti konusunda hatalı tavsiye vermesi, yatırımın çevresel etki değerlendirme raporundan önce yapılmasına yol açması ve Maffezi'nin kişisel hesabından EAMSA'ya para transferi yapılması eylemlerinin her birinin görevsel değerlendirmeye tabi tutulması ve bunların ayrı ayrı İspanya'ya atfedilip atfedilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmiştir.

Görevsel değerlendirmede heyet, eylemin özü itibarıyla kamusal mı yoksa ticari nitelikte mi olduğu ayrımını temel almıştır. Buna göre ticari nitelikte eylemler İspanya devletine atfedilemezken, kamusal eylemler atfedilebilecektir.<sup>354</sup>

SODIGA'nın proje maliyeti konusunda hatalı tavsiyede bulunduğu, yatırımın tahmin edilenden %300 daha maliyetli olarak tamamlandığı iddiasına ilişkin olarak,

---

<sup>352</sup> *Maffezini v Kingdom of Spain*, Award, para. 48.

<sup>353</sup> *Ibid.*, para. 50.

<sup>354</sup> *Ibid.*, para. 52.

birçok ticari kuruluşun müşterilerine bu gibi bilgiler sağladığı, bunun bir yardımdan ibaret olduğu ve kamusal bir faaliyetin ifası niteliğinde olmadığına karar verilmiştir.<sup>355</sup> Yapılan fizibilite çalışmasının, hatalı olsun ya da olmasın yalnızca SODIGA'nın EAMSA sermayesine katılıp katılmayacağına ilişkin verilecek kararda kullanılmak niyetiyle yapıldığı yönündeki uzman ve tanık görüşlerine de atıfta bulunulmuştur.<sup>356</sup> Sonuç olarak söz konusu eylem İspanya devletine atfedilemeyecektir.

İkinci iddia, siyasi baskı neticesinde yatırımın çevresel etki değerlendirme raporunun tamamlanmasından önce gerçekleştirildiği ve bunun sonraki aşamalarda ek masraflara yol açtığıdır. Davalı, Maffezini'nin çevresel etki değerlendirme raporunun gerekliliklerinden haberdar olduğu, ayrıca projenin zehirli kimya sanayii ile ilişkili olması nedeniyle İspanya iç hukuku ve Avrupa Ekonomik Topluluğu hukuku hakkında özel olarak bilgilendirildiğini savunmuştur. Hakem heyeti de İspanya devleti ve SODIGA'nın söz konusu hukukun katı biçimde uygulanmasının ötesinde bir şey yapmadığına ve dolayısıyla davacının bu konudaki kararından sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.<sup>357</sup>

Üçüncü iddia, Maffezini'nin kişisel hesabından rızası olmadığı halde yapılan para transferine ilişkindir. Bu transfer borç verme amacıyla gerçekleştirilmiştir. İspanya bu iddiaya Maffezini'nin borç verme rızası olduğu, para transferi için yetki verdiği ve SODIGA'nın EAMSA nezdindeki temsilcisi olan Luis Soto Baños'a bu konuda talimat verdiğini öne sürerek karşı çıkmıştır. Yine İspanya'nın iddiasına göre, Baños bu işlemler bakımından Maffezini'nin kişisel temsilcisi olarak hareket ettiğinden söz konusu eylemler SODIGA'ya atfedilemez.

Hakem heyeti, Baños'un para transferi konusunu SODIGA'nın genel müdürü ile görüştüğünü ve genel müdür kendisini bu konuda yetkilendirirken benzeri bir yetkinin Maffezini'den talep edilmediğini tespit etmiştir. Dolayısıyla Baños'un olayda Maffezini'nin kişisel temsilcisi olarak değil, SODIGA'nın görevlisi olarak

---

<sup>355</sup> **Ibid.**, para 62.

<sup>356</sup> **Ibid.**, para. 63.

<sup>357</sup> **Ibid.**, para. 71.

hareket ettiğine karar verilmiştir.<sup>358</sup> Dolayısıyla eylemin SODIGA'nın eylemi olarak değerlendirilmesi gerekir.

Bundan sonraki adımda karar verilmesi gereken, söz konusu eylem ile SODIGA'nın kamusal mı yoksa ticari bir faaliyet mi yerine getirdiğidir. SODIGA daha önce belirtildiği gibi Galiçya'nın endüstriyel kalkınmasını sağlamak amacıyla belirli bir hükümet politikası yürütmekle görevlendirilmiştir. Bunlar normal koşullarda özel ticari şirketlerin yürüttüğü faaliyetler değildir. Katılımcı şirket olarak EAMSA'nın hesaplarının idaresi, ödemelerinin ve finansmanının yönetilmesi, İspanyol otoriteleri önünde EAMSA adına hareket edilmesi ve bu hizmetler için ödeme alınmaması SODIGA'nın kamusal doğasının göstergeleridir. Yine özel bankaların bu olayda borca ilişkin tutumu, SODIGA'nın Galiçya'da yürüttüğü kamusal faaliyet nedeniyle emir ve talimatlarına riayet etme çabası ile açıklanabilir.<sup>359</sup> Ayrıca hakem heyetine göre para transferi borç olarak nitelendirilmesine rağmen aslında yatırımın artırılması anlamına gelmektedir. Maffezini tarafından değil de Galiçya'nın sanayileşmesini desteklemekle görevlendirilmiş bir kuruluş tarafından verilmiş yatırımın artırılması kararı ticari faaliyet olarak kabul edilemez. Aksine, SODIGA'nın kamusal faaliyetinden kaynaklanmaktadır.<sup>360</sup> Sonuç olarak SODIGA'nın borca ilişkin eylemlerinin İspanya'ya atfedilmesi gerektiğine karar verilmiştir.<sup>361</sup>

Esasa ilişkin Maffezini kararı, bir kamu iktisadi teşebbüsünün kurulmasında devletin rolü ve hisse sahibi olmasının tek başına o kuruluşun eylemlerinden sorumlu tutulmasına yetmediğini ortaya koymaktadır. Olayda SODIGA'nın kuruluşunda devletin oynadığı rol ve sermayesindeki payı ortaya konulmasına rağmen ayrıca görevsel değerlendirmeye de başvurulmuştur. Yani devlet bir kamu iktisadi teşebbüsünün eylemlerinden otomatik olarak sorumlu değildir. Karar, ILC

---

<sup>358</sup> **Ibid.**, para. 76.

<sup>359</sup> **Ibid.**, para. 78.

<sup>360</sup> **Ibid.**, para. 79.

<sup>361</sup> **Ibid.**, para. 83.

Maddeleri, 5. maddesinde vücut bulan görevsel değerlendirilmenin her somut duruma ayrı ayrı (*case-by-case*) uygulanması gerektiğini açıkça göstermektedir.<sup>362</sup>

*Maffezini* kararındaki bu detaylı analizin aksine *Waste Management v. Mexico*<sup>363</sup> kararında hakem heyeti atfedilmeye ilişkin son derece şaşkırtıcı biçimde detaydan uzak, hatta üstün körü bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu davada uyuşmazlık konularından biri *Banobras* isimli, büyük oranda devlete ait kurumlar tarafından kontrol edilen ve kısmi olarak bunlara ait olan katılım bankasının eylemleridir. Hakem heyetince karar verilen konulardan biri Banobras'ın kredi anlaşması çerçevesinde talep edilen belirli ödemeleri yapmamasının devlete atfedilip atfedilemeyeceğidir.

Kararda atfedilmeye ilişkin değerlendirmeler, ilgili ILC Maddeleri açısından birkaç cümleden ibarettir: Öncelikle Banobras'ın ILC Maddeleri, md. 4 anlamında bir devlet organı olup olmadığının eldeki veriler ışığında şüpheli olduğu belirtilmiştir. Banobras'ın hisseleri kamu ve özel sektör arasında bölünmüş olup, çoğunluk hisseleri devlete aittir. Böyle ayrı bir kuruluşun, yalnızca çoğunluk hissesinin devlete ait olması ve büyük ölçüde devlet tarafından kontrol edilmesinin onu *ipso facto* bir devlet organı yapmayacağına hükmedilmiştir. Ayrıca devletle kredi anlaşması ile ilgili ilişkilerinde ILC Maddeleri md. 5 anlamında bir kamu gücü kullandığı da açık değildir. Bir diğer olasılık, Banobras'ın Meksika devletinin bir organı olmamakla birlikte ILC Maddeleri md. 8 anlamında devletin talimat veya kontrolü altında olmasıdır. Heyet bu durumun da kanıtlar ışığında aşıkâr olmaktan uzak olduğunu belirtmiş ve sonuç olarak Banobras'ın eylemlerinin şu veya bu şekilde ("*one way or another*") Meksika'ya atfedilebilir olduğuna hükmetmiştir.<sup>364</sup>

Kararda eleştirilecek pek çok nokta vardır. Ancak ilk göze çarpan, ne md. 4 ne md.5 ne de md. 8 açısından koşulların sağlandığına ilişkin heyette yeterli kanaat oluşmamasına rağmen Banobras'ın eylemlerinin "bir şekilde" Meksika'ya

---

<sup>362</sup> Michael Feit, "Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity", **Berkeley Journal of International Law**, ss. 142-176, s. 150. (Bundan sonra "Responsibility for the Breach of Contract")

<sup>363</sup> *Waste Management Inc. v. United Mexican States (II)*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004.

<sup>364</sup> **Ibid.**, para. 75.

atfedebileceği sonucuna ulaşılmasıdır. Karardan nasıl bir akıl yürütme neticesinde bu sonuca varıldığı anlaşılammaktadır. İkinci sorun hakem mahkemesince olaya ILC Maddeleri uygulanır gibi görünmesine rağmen, ilgili maddelerde yer alan ve yukarıda incelediğimiz koşulların araştırılmadan üstün körü bir biçimde sonuca varılmasıdır. ILC Maddeleri'nin içerisinde yer alan mantık ve sistematik olaya uygulanmadan, eldeki veriler ışığında hemen her bakımdan Banobras'ın statüsü belirsiz bulunmuştur. Heyet bir neticeye varmıştır ancak neticenin ardındaki akıl yürütme tatmin edici olmaktan uzaktır. Yine, “şu veya bu şekilde” eylemlerin devlete atfedebileceğinin belirtilmesi, ILC Maddeleri arasındaki ayrımın gözetilmediği ve topluca bir değerlendirme yapıldığı intibası uyandırmaktadır. **Oysa atfedilmeye ilişkin örf ve adet kuralları, ayrı unsurların üst üste eklenerek bir atfedilme sonucuna varılması için değil; açıkça birbirinden ayrı ve birbirinin alternatifi olan sebepler içerecek şekilde tasarlanmıştır.**<sup>365</sup>

*Waste Management v. Mexico* kararına benzer başka kararlar da mevcuttur. Örneğin Petroecuador isimli bir kamu iktisadi teşebbüsünün eyleminin devlete atfedilmesinin tartışıldığı *Encana v. Ecuador*<sup>366</sup> kararında, devlet başkanı gibi bazı üst düzey yetkililerin Petroecuador'a talimat verme veya sözleşmelerin yerine getirilmesi ve müzakere edilmesini denetleme gibi bazı yetkiler kullandığı tespit edilmiştir. Şikayet konusu eylem Petroecuador'un taraf olduğu sözleşmelerin yerine getirilmesine ilişkin olduğundan, açıklanan sebeple bu eylemin devlete atfedebileceğine karar verilmiştir. Bu sonucun ILC Maddeleri md. 5'ten mi yoksa md. 8'den mi kaynaklandığının bir önemi olmadığına, her iki durumda da sonucun aynı olduğuna hükmedilmiştir.<sup>367</sup> Görüldüğü üzere oldukça kısa bir değerlendirme ile, ilgili maddelerde aranan unsurlara değinilmeden, devlet yetkililerinin girişim üzerindeki yetkilerine dayanılarak eylemin Ekvador'a atfedebileceğine karar verilmiştir.

---

<sup>365</sup> Luca Schicho, “Attribution and State Entities: Diverging Approaches in Investment Arbitration”, **The Journal of World Investment & Trade**, vol. XII, no. 2, ss. 283-298, s. 297. (Bundan sonra “Attribution and State Entities”)

<sup>366</sup> *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL, Award, 3 February 2006.

<sup>367</sup> *Ibid.*, para. 154.



Yine devlete ait bir girişimin söz konusu olduğu *Nykomb v. Latvia*<sup>368</sup> kararında, Litvanya'nın sorumluluğunun uluslararası hukukun atfedilmeye ilişkin kuralları çerçevesinde değerlendirilmesine karar verilmiştir. Ülkedeki en büyük elektrik üreticilerinden biri ve tek elektrik dağıtım şirketi olan Latvenergo'nun davacı şirketten daha önce belirlenmiş bir tarife üzerinden elektrik satın almayı reddettiği uyuşmazlıkta, Latvenergo'nun statüsü incelenmiştir. Hakem heyetinin değerlendirmesine göre, Latvenergo'nun elektrik piyasasında bir devlet enstrümanı olarak faaliyet gösterdiği açıktır. Dahası, elektrik fiyatlarının müzakere edilmesi konusunda bir özgürlüğe sahip olmayıp yasama organı ve düzenleyici organların belirlediği fiyatlar ile bağlıdır. Dolayısıyla Latvenergo bağımsız ticari bir girişim olarak değerlendirilemez; elektrik piyasasındaki devlet organizasyonunun temel öğelerinden biridir ve Litvanya'nın elektrik fiyatına ilişkin kararlarının uygulanmasında bir araçtır.<sup>369</sup> Sonuç olarak Latvenergo'nun söz konusu eylemleri nedeniyle Litvanya'nın sorumlu olduğuna karar verilmiştir. Hakem heyetinin karardaki değerlendirmesi sonraki davalar açısından rehber niteliğinde olabileceken, varılan sonuç özel kurallardan birine dayandırılmadığından yol göstericilik açısından pek fazla sonuç elde edilememiştir.<sup>370</sup>

### iii. İkinci Yaklaşım

*Jan De Nul v. Egypt*<sup>371</sup> kararında, Suez Kanal Otoritesi'nin ve Başbakan, yerel mahkemeler, yabancı yatırımcılar için uyuşmazlık çözüm komitesi gibi diğer bazı aktörlerin eylemleri şikayet konusu edilmiştir. Hakem heyeti Suez Kanal Otoritesi'nin eylem ve ihmallerinin devlete atfedilip edilemeyeceğini detaylı biçimde inceledikten sonra, saydığımız diğer aktörlerin eylemleri nedeniyle atfedilme konusunu ele almıştır.

---

<sup>368</sup> *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, Stockholm Chamber of Commerce*, Award, 16 December 2003.

<sup>369</sup> *Ibid.*, para. 4.2

<sup>370</sup> Schicho, "Attribution and State Entities", s. 296.

<sup>371</sup> *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008.

Hakem heyetine göre öncelikli ve temel mesele, Suez Kanal Otoritesi'nin ILC Maddeleri md. 4 uyarınca bir devlet organı mı yoksa md. 5 uyarınca kamu gücü kullanan bir birim mi olduğudur. Çünkü md. 4 uyarınca devlet organlarının herhangi bir eyleminin devlete atfedilmesi mümkünken, md. 5 uyarınca bir birimin eyleminin devlete atfedilebilmesi için bunun kamu gücü unsurları kullanılarak yerine getirilmiş olması gerekmektedir.<sup>372</sup> Kanaatimizce de iki kural arasındaki bu ayrım son derece önemlidir ve hakem heyetlerinin atfedilme kurallarını uygularken neden ayrı ayrı değerlendirme yapması gerektiğini bir yönüyle açıklamaktadır.

ILC tarafından kodlaştırılan kuralların hukuki değerine ilişkin olarak, bunların bir devletin diğer devlete karşı sorumluluğunun belirlenmesi amacıyla atfedilme sorusuna cevap verdiği ve uluslararası örf ve adet hukukunun bir ifadesi olduğu belirtilmiştir. Söz konusu kurallar kıyas yoluyla, devletin özel kişilere karşı sorumluluğuna da uygulanabilir.<sup>373</sup>

Hakem heyeti öncelikle md. 4 uyarınca Suez Kanal Otoritesi'nin bir devlet organı olup olmadığının belirlenmesi ile işe başlamış; doğrudan ILC Maddeleri md. 4 metnine ve madde açıklamasına atıfta bulunmuştur. Buna göre, bir birimin devlet organı olup olmadığının belirlenmesi için öncelikle devletin iç hukukuna bakılmalıdır. Mısır hukukunda Suez Kanal Otoritesi bir devlet organı olarak nitelendirilmemiş; bağımsız bir hukuk kişiliğine sahip olduğu belirtilmiştir.<sup>374</sup> Görevsel bakış açısına göre Suez Kanal Otoritesi'nin genellikle kamusal faaliyetler yürüttüğü söylenebilir de, iç hukuktaki düzenlemelere göre yapısal açıdan Mısır devletinin bir parçası değildir. Bu düzenlemeler Suez Kanal Otoritesi'nin ayrı bir bütçesi olduğunu ve faaliyetlerinin ticari niteliğini açıkça belirtmektedirler.<sup>375</sup> Sonuç olarak Suez Kanal Otoritesi'nin bir devlet organı olmadığına ve eylemlerinin md. 4 uyarınca Mısır devletine atfedilemeyeceğine karar verilmiştir.

---

<sup>372</sup> **Ibid.**, para. 155.

<sup>373</sup> **Ibid.**, para. 156.

<sup>374</sup> **Ibid.**, para. 160.

<sup>375</sup> **Ibid.**, para. 161. Hakem heyetince dikkate alınan iç hukuk düzenlemelerinde Suez Kanal Otoritesi'nin kamusal koşullar ile bağlı olmaksızın ticari işletmeler nasılsa o şekilde yönetim ve işletme faaliyeti yürüteceği (Kanun No. 30/1975 md. 4); ticari işletmelerde kabul edilen kurallara uygun şekilde bağımsız bir bütçeye sahip olacağı (Kanun No. 30/1975 md. 5) ve sahip olduğu fonların özel fon olarak kabul edileceği (Kanun No. 30/1975 md. 10) hüküm altına alınmıştır.

Sonraki adımda ilgili eylemlerin, Suez Kanal Otoritesi'nin kamu gücü fonksiyonlarını kullanan bir birim olması (md. 5) nedeniyle Mısır'a atfedilip edilemeyeceği incelenmiştir. Burada da hakem heyetinin ILC madde metniyle bütünüyle bağlı kaldığını; daha önce belirttiğimiz ve maddede aranan iki kümülatif koşulu doğru bir biçimde ortaya koyduğunu görmekteyiz: Bunlar, eylemin kamu gücü unsurlarını kullanma yetkisi olan bir birim tarafından yapılmış olması ve eylemin kendisinin kamu gücü kullanılarak yapılmış olmasıdır.<sup>376</sup>

İlk koşul, yani Suez Kanal Otoritesi'nin kamu gücü unsurlarını kullanmakla yetkili olması, Mısır iç hukuku tarafından böyle bir yetkinin tanınmış olması halinde mümkündür. Kararda Suez Kanal Otoritesi'nin kamu gücü unsurlarını kullanmaya yetkili olduğu konusunda hiçbir şüphe bulunmadığı belirtilmiştir. Öncelikle davalı zaten bu hususu onaylamaktadır. Ayrıca Mısır iç hukukuna göre Suez Kanal Otoritesi “kanalda seyrüsefere ilişkin kararname yayınlamaya” ve “kanalda seyrüsefer ve kanaldan geçişi ücretlendirmek ve ücreti tahsil etmeye” yetkilidir.<sup>377</sup>

İkinci koşulun gerçekleşmesi için ise somut eylemin kamu gücü kullanılması niteliğinde olması gerekir. *Maffezini* kararına atıfta bulunan hakem heyeti, eylemin doğasına, yani ticari mi yoksa kamusal nitelikte mi olduğuna bakılacağını belirtmiştir. Davacı ile ihale sürecindeki eylemlerinde Suez Kanal Otoritesi'nin bir devlet kuruluşu gibi değil; almak istediği hizmetler için en iyi fiyatı elde etmeye çalışan herhangi bir sözleşme tarafı (*contractor*) gibi hareket ettiğine, aynı durumun sözleşmenin icrasına ilişkin eylemler bakımından da geçerli olduğuna hükmedilmiştir.<sup>378</sup>

Sözleşme, kamu ihalelerini düzenleyen hukuka uygun bir süreç sonunda yapılmıştır. Yine de bu durum tek başına, eylemlerin kamu otoritesi kullanılarak gerçekleştirildiğini göstermez. Önemli olan “*service public*” (kamu hizmeti) unsuru değil, “*prérogatives de puissance publique*” (kamu otoritesinin ayrıcalıkları) unsurudur. Oysa somut eylemde kamu otoritesinin ayrıcalıklarının kullanılması söz konusu değildir: İhale sürecinde süre uzatımı talebinin reddi herhangi bir özel

<sup>376</sup> *Jan de Nul v. Egypt*, Award, para. 163.

<sup>377</sup> *Ibid.*, para. 166.

<sup>378</sup> *Ibid.*, para. 168-169.

sözleşme tarafının benzer şekilde davranabileceği bir durumdur ve kamu gücünün kullanıldığını göstermez.<sup>379</sup> Sonuçta md. 5 bakımından birinci koşul sağlanmış olsa bile ikinci koşulun yokluğu nedeniyle eylemlerin Mısır'a atfedilemeyeceğine karar verilmiştir.

Hakem heyeti md. 8 bakımından Suez Kanal Otoritesi'nin eylemlerini Mısır'ın talimatları uyarınca yerine getirip getirmediğini incelerken, uluslararası içtihadın bu konuda oldukça talepkar olduğunu vurgulamış ve UAD tarafından görülen *Nicaragua* davasındaki “etkin kontrol testi”ne atıfta bulunmuştur.<sup>380</sup> Mısır'ın Suez Kanal Otoritesi'ne şikayet konusu olan eylem ve ihmaller bakımından herhangi bir talimat verdiğine ilişkin kanıt bulunamamıştır. Dolayısıyla eylemlerin md. 8 uyarınca da Mısır'a atfedilemeyeceğine karar verilmiştir.<sup>381</sup> Nihayet, üç maddeye göre yapılan tüm bu değerlendirmeler sonucunda Suez Kanal Otoritesi'nin şikayet konusu eylemlerinden Mısır'ın sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir.<sup>382</sup> Suez Kanal Otoritesi dışındaki diğer bazı aktörlerin eylemlerinin ise devlet organı olmaları gerekçesiyle Mısır'a atfedilebileceği sonucuna varılmıştır.<sup>383</sup>

*Bayındır v. Pakistan* kararında kanunla kurulmuş bir kamu şirketi olan Pakistan Ulusal Otoyol Otoritesi'nin eylemlerinin ILC md. 4, 5 ve 8 altında Pakistan'a atfedilebilirliği değerlendirilmiştir. Davacı Türkiye ve Pakistan arasındaki yatırım anlaşmasını ihlal eden bir dizi eylem olduğunu öne sürmüştür. Bunlar Bayındır'ın yapılması planlanan otoyol projesinden çıkarılması, Pakistan Ulusal Otoyol Otoritesi'nin Bayındır ile yapmış olduğu sözleşmeden doğan bazı yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve Pakistan'da görülen ulusal tahkimde 1 milyar Amerikan doları alacak öne sürmesidir.<sup>384</sup>

---

<sup>379</sup> **Ibid.**, para. 170.

<sup>380</sup> *Nicaragua Case*, para. 113, 115.

<sup>381</sup> *Jan de Nul v. Egypt*, Award, para. 173.

<sup>382</sup> **Ibid.**, para. 174.

<sup>383</sup> Bu aktörlerden Başbakan ve İsmailiye İdare Mahkemesi'nin eylemlerine ilişkin olarak, bunların açıkça md. 4 anlamında devlet organı oldukları belirtilmiştir. Bilirkişi heyetinin eylemlerinin ise her halükarda md. 4 veya 5 altında devlete atfedilebilir olduğu; yabancılar için uyumsuzluk çözüm komitesinin eylemlerinin atfedilebilirliğinin ise taraflar arasında tartışmalı olmadığı, dolayısıyla Mısır'a atfedilebileceği sonucuna varılmıştır. Bkz. **Ibid.**, para. 175.

<sup>384</sup> *Bayındır v Pakistan*, Award, para. 112.

Davacının iddiasına göre yatırım anlaşmasını ihlal eden eylemler Pakistan hükümetinin aldığı kararların ve Pakistan Ulusal Otoyol Otoritesi'nin bu kararları (akdi vasıtalar yoluyla) yerine getirmesinin sonucudur. Her ne kadar otoyol inşaatına ilişkin sözleşme Bayındır ve Pakistan Ulusal Otoyol Otoritesi arasında olsa da, Bayındır'ın otoyol projesindeki rolü ve projeden çıkarılmasına ilişkin önemli kararlar, Pakistan devlet başkanı dahil olmak üzere üst düzey hükümet temsilcileri tarafından alınmıştır.<sup>385</sup> Davacı ayrıca, bu iddialar hakem heyetince yerinde bulunmasa bile, davalının kendi kontrolündeki bir birim tarafından Bayındır'a uygulanan haksız kamulaştırma, ayrımcı ve haksız muameleye karşı herhangi bir önlem almadığını öne sürmüştür.<sup>386</sup>

Pakistan kanunlarına göre Pakistan Ulusal Otoyol Otoritesi ayrı bir hukuk kişiliğine sahiptir. Kendi adına davacı ve davalı olabilen bir tüzel kişidir. Hakem heyetine göre hükümet ile bazı bağlantılarının olması bunların aynı kişiliğe sahip olduğunu göstermez. Devlet kuruluşları kurumsal ve hukuki açıdan bir boşlukta hareket etmemektedir, hükümet ve diğer yönetim birimleri ile bağlantılıdır. Pakistan Ulusal Otoyol Otoritesi'ne tanınan ayrı hukuk kişiliği nedeniyle md. 4 uyarınca bir devlet organı sayılması mümkün görülmemiştir.<sup>387</sup>

ILC Maddeleri md. 5 uyarınca kamu gücü kullanan bir birim olma ihtimaline ilişkin olarak, Pakistan Ulusal Otoyol Otoritesi'nin genellikle kamu gücü unsurlarını kullanmaya yetkili olduğu konusunda bir tartışma bulunmadığı belirtilmiştir. İlgili kanunla gerekli gördüğü tedbirleri alma ve uygulama ve ulusal otoyollardan geçiş ücreti alma gibi konularda kendisine geniş yetkiler tanınmıştır. Ancak md. 5'te öngörülen koşullara uygun olarak, bu gibi genel yetkilere sahip olmanın atfedilme açısından yeterli olmadığı hakem heyetince ortaya konmuştur. Somut olayda da bir kamu gücü kullanılmış olması gerekir. Hatta madde açıklamasına atıf yapan hakem heyeti, bunun özel veya ticari bir faaliyete değil, kamusal bir faaliyete ilişkin olması gerektiğini belirtmiştir. Ancak yaptığı değerlendirme neticesinde Pakistan Ulusal

---

<sup>385</sup> **Ibid.**, para. 114.

<sup>386</sup> **Ibid.**, para. 115: Davacı bu iddiasını öne sürerken şu karara atıfta bulunmuştur: *Wena Hotels v Egypt*, Award, para. 99.

<sup>387</sup> *Bayındır v. Pakistan*, Award, para. 119.

Otoyol Otoritesi'nin eylemlerinin bu nitelikte olduğuna ilişkin yeterli kanaat oluşmadığından, eylemlerin md. 5 altında atfedilebilir olmadığına karar vermiştir.<sup>388</sup>

8. madde uyarınca Pakistan Ulusal Otoyol Otoritesi'nin, Pakistan'ın talimat, kontrol veya yönlendirmesi altında hareket edip etmediğini incelemeye geçen hakem heyeti, şikayet konusu eylemlerin hepsinin sözleşmenin sona erdirilmesi kararının doğrudan sonucu olduğunu belirtmiştir. Sözleşmenin sona erdirilmesi kararı ise Pakistan hükümetinin açıkça cevaz vermesi sonucunda alınmıştır. Diğer deliller yanında, bir toplantıda General Müşerref'in Pakistan Ulusal Otoyol Otoritesi başkanına sözleşmenin sona erdirilmesi dahil olmak üzere uygun akdi çözüm yollarına başvurmasına cevaz verdiği tespit edilmiştir. Yine Haberleşme Bakanı Qazi, sözleşmenin sona erdirilmesi kararının Pakistan hükümetinin üst düzey yetkililerinin yönlendirmesi olmaksızın alınamayacağını beyan etmiştir.<sup>389</sup> Bunlar, hükümet müdahalesi olarak değerlendirilmiş ve eylemin 8. madde uyarınca Pakistan'a atfedilebilir olduğuna karar verilmiştir.

Karar açısından öne çıkan iki husus vardır. Birincisi hakem heyeti, ILC yorumuna bağlı kalarak, md. 8'de eylemin kamusal mı yoksa ticari nitelikte mi olduğu gibi bir ayrımın gözetilmediği yorumunda bulunmuştur. 8. madde uyarınca atfedilebilme açısından eylemin ticari, *jure gestionis* veya sözleşmesel olması arasında bir fark yoktur.<sup>390</sup> 8. madde bu açıdan 5. maddeden ayrılmaktadır. Kararda öne çıkan ikinci husus ise, hakem heyetinin devlet kontrolüne ilişkin olarak, *Nicaragua* kararından daha düşük bir eşik aramış olmasıdır. Devletin karar alma sürecine müdahil olmasını ve farklı biçimde davranıp (örneğin karara izin vermeyi redderek) eylemi önleyebilecekken bunu yapmamasını yeterli bulmuştur.<sup>391</sup> Hakem heyeti bu tercihin gerekçesini şu şekilde açıklamaktadır: “***Silahlı müdahale veya uluslararası ceza sorumluluğu gibi diğer bağlamlarda md. 8'in uygulanması açısından aranacak kontrolün seviyesi farklı olabilir. Ancak uluslararası hukukun bu alanlarına uyarlanan bir yaklaşım her zaman uluslararası ekonomi***

<sup>388</sup> *Ibid.*, para. 121-123.

<sup>389</sup> *Ibid.*, para. 125, 128.

<sup>390</sup> *Ibid.*, para. 129. Kararda atıfta bulunulan ILC açıklaması için bkz. **ILC Commentaries**, Art. 8, para. 2.

<sup>391</sup> Schicho, “Attribution and State Entities”, s. 293.

*hukukunun gerçekleriyle örtüşmez ve bir yatırım uyumsuzluğunun unsurları öyle olmasını mazur kıldığı takdirde atfedilmeye engel olmamalıdır.*"<sup>392</sup>

*EDF v. Romania* kararında Romanya'nın iki taraflı yatırım anlaşmasını ihlal ettiği iddiaları, devlet organı oldukları öne sürülen kişi ve birimlerin eylemlerinin yanı sıra iki kamu iktisadi teşebbüsünün eylemlerine dayanmaktadır. İddiaya göre söz konusu iki teşebbüs Romanya devleti tarafından kontrol edilip ve yönlendirildiğinden şikayet konusu eylemler Romanya'ya atfedilmelidir. Söz konusu eylemler yatırımcının yatırımının elinden alınması için planlanan operasyonun bir parçasıdır. İki teşebbüse yapı, görevsel kriter ve kontrol kriteri açısından bakıldığında davacı EDF ile ilişkileri bakımından Romanya'nın temsilcisi olarak hareket ettiğinin görüleceği öne sürülmüştür.<sup>393</sup>

Hakem heyeti devlet organı oldukları aşıkâr olan birimlerin eylemlerinin devlete atfedilmesinde bir güçlükle karşılaşmamış, ancak devlet teşebbüslerinin eylemlerinin dikkatlice incelenmesi gerektiğini kaydetmiştir. Öncelikle md. 4 uyarınca bir birimin devlet organı olup olmadığının iç hukuk tarafından belirlendiği ve teşebbüslerin davacı ile ilişkileri bakımından devlet temsilcisi olarak hareket ettiği iddiasının yapısal değerlendirmeden ziyade görevsel değerlendirmeyi ilgilendirdiği belirtilmiştir. Hakem heyeti son tahlilde iki teşebbüsün Romanya hukukuna göre devletten ayrı ve farklı hukuk kişiliklerini haiz olmaları nedeniyle devlet organı sayılamayacaklarına hükmetmiştir.<sup>394</sup>

Md. 5'e ilişkin incelemede, hukuken bağımsız olan bir birimin eyleminin devlete atfedilebilmesi için, spesifik kamu gücü unsurlarının kullanılması konusunda yetkilendirilmiş olma aranmıştır.<sup>395</sup> Ne teşebbüslerden biri tarafından havaalanındaki ticari alanların açık artırmaya çıkarılması ne de teşebbüslerin sözleşmesel haklarını kullandığı diğer eylemler bu nitelikte görülmüştür. Hakem heyetine göre, bunlar kamu gücü unsurlarının kullanımını içermeyen, teşebbüsün özel mülkünü ve ticari

<sup>392</sup> *Bayındır v. Pakistan*, Award, para. 130.

<sup>393</sup> *EDF v. Romania*, Award, para. 102.

<sup>394</sup> *Ibid.*, para. 188-190.

<sup>395</sup> *Ibid.*, para. 193. Hakem heyeti madde açıklamasına atıfla bu değerlendirmeyi yapmıştır.

çıkarlarını ilgilendiren eylemlerdir.<sup>396</sup> Dolayısıyla, söz konusu eylemlerin md. 5 uyarınca Romanya'ya atfedilemeyeceğine karar verilmiştir.

Md. 8 uyarınca incelemeye geçen hakem heyetinin son derece detaylı bir değerlendirme yaptığı görülmektedir. Hakem heyeti ILC yorumuna atıfta bulunarak madde 8'e göre atfedilme için devletin şirketteki pay sahipliğini veya kontrol gücünü "özel bir sonuca ulaşmak üzere" kullanması gerektiğini belirtmiştir.<sup>397</sup> Deliller değerlendirildiğinde kamu teşebbüslerinin Romanya Ulaştırma Bakanlığı vasıtasıyla devletten birçok talimat aldığı ve yönlendirildiği tespit edilmiştir. Ayrıca "özel bir sonuca ulaşma" unsurunun da bulunduğu; somut olayda hedeflenen sonucun davacı ile olan akdi ilişkileri sonlandırmak olduğu belirlenmiştir.<sup>398</sup>

Davalı ise söz konusu müdahalelerin ne *de jure* ne de *de facto* olarak şirkete gönderilmiş bir emir sayılamayacağını, bunların şirketin Bakanlığa sunduğu teklifleri onaylamak amacıyla çıkarıldığını ve hukuken bağlayıcı olmadığını savunmuştur.<sup>399</sup> Buna karşılık hakem heyeti, gönderilen emirlerde kullanılan dilin şirket organlarına bağımsız karar alma özgürlüğü tanımadığını, şirket çıkarları açısından tamamen özerk olması gereken yönetim kurulu üyelerine yönelik olduğunu değerlendirerek savunmayı yerinde bulmamıştır. Ayrıca *de facto* açıdan da, örneğin akdin süresinin uzatılmasına ilişkin bir karar alınması gerektiğinde, Ulaştırma Bakanlığı'ndan talimat beklenmesi; yine Ulaştırma Bakanlığı'nın EDF ile ilişkilerin belirli bir süreyle uzatılmasına ilişkin aldığı kararı şirketlerin yönetim kurulu ve genel kurullarına göndermesi; bir ihale düzenlenmesi talimatı vermesi gibi durumlar savunma aleyhinedir.<sup>400</sup> Sonuç olarak, kamu teşebbüsleri devletin kontrol ve yönlendirmesi altında hareket ettiğinden şikayet konusu eylemlerin md. 8 uyarınca Romanya'ya atfedilmesine karar verilmiştir.

---

<sup>396</sup> *Ibid.*, para. 196-197.

<sup>397</sup> *Ibid.*, para. 200. ILC açıklaması için bkz. *ILC Commentaries*, Art 8, para 6.

<sup>398</sup> *EDF v. Romania*, Award, para. 201.

<sup>399</sup> *Ibid.*, para. 203.

<sup>400</sup> *Ibid.*, para. 205-208.



## 5. Yetkinin Aşılması veya Talimatlara Aykırı Hareket Edilmesi (*Ultra Vires* Eylemler)

Bir devlet organı veya kamu gücü kullanma yetkisiyle donatılmış kişi veya birim eğer ilgili olayda bu sıfatlarına dayanarak hareket ediyorsa, yetkisini aşması veya talimatlara aykırı hareket etmesi halinde dahi eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğuna yol açabilir. Md. 7’de bu durum açıkça düzenlenmiş olup ilgili organ, kişi veya birimin eyleminin devletin eylemi sayılacağı açıkça belirtilmiştir. Burada aranan temel koşul somut olayda devlet organı veya kamu gücü kullanma yetkisiyle donatılmış kişi veya birim sıfatıyla; yani resmi sıfatla hareket edilmiş olmasıdır.<sup>401</sup>

Bu durum söz konusu organ veya birimin açıkça hukuka aykırı olan eylemler ve aleni biçimde yetkisini aştığı hallerde dahi geçerlidir.<sup>402</sup> Esasen bu kuralın arkasında yatan neden, bir eylemin uluslararası hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinin aynı eylemin iç hukukta hukuka uygun sayılmasından etkilenmeyeceği yönündeki kuraldır (md. 3). Çünkü bir devletin kendi organının iç hukukta ona verilen yetkiye aykırı ettiği, bu nedenle eylemin kendisine atfedilemeyeceği biçimindeki savunmasına geçerlilik tanımak, iç hukuka dayanılarak yükümlülükten kaçınmaya cevaz vermekle aynı anlama gelecektir.

Yetkinin aşılması halinde dahi eylemin devlete atfedilmesi yönündeki kurala diğer uluslararası hukuk metinlerinde de rastlamak mümkündür. Örneğin 1949 Cenevre Sözleşmeleri’ne Ek *Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması’na ilişkin I Numaralı Protokol*<sup>403</sup> md. 91’de: “*Bir uyumsuzluk tarafı ... silahlı kuvvetlerinin bir parçasını oluşturan kişiler tarafından işlenen eylemlerin tamamından sorumludur*” hükmü yer almaktadır. “Eylemlerin tamamından

<sup>401</sup> Özel Raportör Garcia Amador 1961 tarihli gözden geçirilmiş taslakta “resmi sıfatla hareket edilmesi”nden (*acting in their official capacity*) söz etmektedir. (Yearbook, 1961, vol. II, p. 53.)

Madde açıklamasında da aynı ifadeye yer verilerek (“*whether the conduct was performed by the body in an official capacity or not*”), kast edilenin resmi sıfatla hareket edilmesi olduğu açıkça ortaya konmuştur. Bkz. **ILC Commentaries**, Art. 7, para. 7.

Her ne kadar 2001 tarihli nihai metinde bu şekilde ifade edilmese de ilgili kişi veya birimin hangi nitelikte hareket ettiği değerlendirilirken bu ifadenin yorumda dikkate alınması kanaatimizce yerinde olacaktır. Bu ifadenin nihai metne aykırı olmadığı, belirtilmek istenen hususun daha açık bir ifadesi olduğu görüşündeyiz.

<sup>402</sup> **ILC Commentaries**, Art. 7, para. 2.

<sup>403</sup> Protokol’ün orijinal metni için bkz. (Çevrimiçi) [https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc\\_002\\_0321.pdf](https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0321.pdf), 22.05.2019

sorumludur” ifadesinin açıkça emir ve talimatlara aykırı eylemleri de kapsadığı belirtilmektedir.<sup>404</sup>

Kuralın açıkça tanındığı önemli bir dava olarak *Caire* davası örnek gösterilmektedir. Dava rüşvet vermeyi reddeden bir Fransız vatandaşının iki Meksikalı devlet görevlisi tarafından öldürülmesine ilişkindir. Komisyon, iki Meksikalı görevlinin yetkileri dışında hareket ettiğinin ve üstlerinin emirlerine aykırı davrandığının kabul edilmesi halinde dahi devletin sorumluluğunun söz konusu olacağını; çünkü olayda devlet görevlisi statüsü altında hareket ettiklerini ve bu statü dolayısıyla sahip oldukları vasıtaları kullandıklarını belirtmiştir.<sup>405</sup>

Kural insan hakları hukuku alanında da tanınmıştır. *Velasquez Rodriguez* davasında Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin ihlalinin organ veya görevlinin iç hukuka aykırı davranıp davranmadığı veya yetkisinin sınırlarını aşip aşmadığından etkilenmediğini; uluslararası hukukta bir devletin temsilcilerinin resmi sıfatları dahilinde yerine getirdikleri eylemlerden sorumlu olduğu; temsilcilerin yetkileri aşması veya iç hukuku ihlal etmesi halinde dahi bu durumun geçerli olduğunu belirtmiştir.<sup>406</sup>

Maddede aranan temel koşulun eylemi yerine getirirken, devlet organı sıfatıyla veya kamu gücü kullanmaya yetkili kişi veya birim sıfatıyla hareket etmek olduğunu belirtmiştik. Görevli eğer açıkça resmi sıfatına veya otoritesine dayanarak hareket etmişse, eylemleri devlete atfedilecektir.<sup>407</sup> Bu durum kişinin resmi görevli sıfatıyla ve özel kişi sıfatıyla yaptığı eylemler arasında ayırım yapılmasını gerektirmektedir. Özel kişi sıfatıyla yerine getirilen eylemler devlete atfedilemeyecektir. *Caire* davasında yalnızca resmi görevle hiçbir bağlantısı olmayan ve yalnızca özel bir kişinin eylemi olan durumlarda devletin sorumlu olmayacağı belirtilmiştir.<sup>408</sup>

---

<sup>404</sup> **ILC Commentaries**, Art. 7, para. 4.

<sup>405</sup> *Caire Case*, UNRIIAA, vol. V (Sales No. 1952.V.3), p. 516, at p. 531 (1929).

<sup>406</sup> *Velásquez Rodríguez v. Honduras case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 4, para. 170 (1988).

<sup>407</sup> **ILC Commentaries**, Art. 4 , para. 13. Ayrıca bkz. **ILC Commentaries**, Art 7, para. 8: “Sorun kısaca, açıkça otoriteye dayanılarak hareket edilip edilmediğidir.”

<sup>408</sup> *Caire Case*, p. 531.

Bu noktada önemli bir husus, yetkisiz ancak yine de resmi sıfatla yerine getirilme özelliği taşıyan eylem ile özel eylemin ayırt edilmesidir. İlk durumda kişi yetkisinin sınırlarını aşmakla birlikte halen devlet adına hareket etmektedir.<sup>409</sup>

Md. 7 Kapsamında devlete atfedilebilecek *ultra vires* bir eyleme devlet görevlisinin rüşvet alması örnek gösterilebilir.<sup>410</sup> Burada kişinin yetkisiz ve hukuka aykırı bir eylemde bulunduğu açık olmakla birlikte resmi sıfatla hareket etmekte ve açıkça görevinden kaynaklanan otoriteye dayanmaktadır. Rüşvet ve yolsuzluk konusu özellikle yatırım tahkimi alanında son derece önemlidir.

Md. 7 metninden yalnızca md. 4 uyarınca devlet organı sayılan ve md. 5 uyarınca kamu gücü unsurlarını kullanan kişi veya birimler açısından uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Atfedilmeye ilişkin diğer maddeler bakımından yetki aşımı konusunun ilgili maddelerin ayrıca uygulanması ile çözülmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>411</sup>

## 6. Şemsiye Kaydı ve Atfedilme

ILC Maddeleri uyarınca devletin sorumluluğunun doğması için koşullardan birinin uluslararası bir yükümlülüğün ihlali olduğu belirtilmişti. Bu koşul yatırımcı-devlet arasındaki sorumluluk ilişkisi bakımından, devletler arasında akdedilen yatırım anlaşmaları ile özel kişi olan yatırımcı ile devlet arasında akdedilen sözleşmeler bakımından bir ayırım yapılmasını gerektirmektedir. Kısaca ifade edersek, bir yatırım anlaşmasının ihlali devletin uluslararası sorumluluğuna yol açabilirken, iç hukuka tabi olan yatırım sözleşmesinin ihlali *tek başına* uluslararası anlamda bir sorumluluk doğurmayacaktır. Yatırım sözleşmesinin ihlali ancak bir yatırım anlaşması ihlaline vücut verdiği; yani bir uluslararası anlaşma ihlali sayıldığı

<sup>409</sup> ILC Commentaries, Art. 4 , para. 13.

<sup>410</sup> Ayrıca bir devletin resmi bir eylemde bulunması için diğer devletin organına rüşvet vermesi halinde, ILC Maddeleri, md. 8 veya md. 17 altında sorumlu olabileceği belirtilmiştir. Görevlisi rüşvet alan devletin ise nadiren üçüncü kişilere karşı sorumlu olması gibi durumların ortaya çıkabileceği, bu takdirde atfedilmesi konusunun md. 7 uyarınca çözüleceği ifade edilmiştir. Bkz. **Ibid.**, Art. 7, para. 8, dn 150.

<sup>411</sup> **Ibid.**, para. 9

takdirde uluslararası anlamda sorumluluk doğuracaktır. Bu konuda aşağıda detaylı olarak inceleneceğinden bu başlıkta yalnızca konunun atfedilmeyi ilgilendiren kısmı üzerinde duracağız.

Bir anlaşmada şemsiye kaydına yer verilmiş olması, sözleşme ihlalinin bir anlaşma ihlali olarak değerlendirildiği durumlardan birini oluşturmaktadır. Şemsiye kaydı kapsamında, bir devlet anlaşmanın diğer tarafı olan devlet vatandaşı yatırımcılara veya yatırımlarına ilişkin *herhangi* bir taahhüdüne uygun davranmayı yükümlendiğinden, bu yükümlülüğün kapsamına yatırımcı ile devlet adına hareket eden bir birim arasında akdedilmiş bir sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin de dahil olduğu kabul edilmektedir. Şemsiye kaydı sayesinde bir sözleşmenin ihlali yatırım anlaşmasının ihlali haline gelmekte; yani sözleşmeye dayanan iddialar anlaşmaya dayanan iddialara dönüşmektedir.<sup>412</sup>

Çoğu şemsiye kaydı benzer bir biçimde kaleme alınmakla birlikte, taraflar bu kaydı farklı bir biçimde de düzenlemiş olabilir. Bu nedenle maddenin lafzına göre farklı yorum ve uygulamaların mümkün olduğu göz ardı edilmemelidir.

ILC Maddeleri'nin atfedilmeye ilişkin 4., 5. ve 8. maddelerinin lafzından herhangi bir eylemin söz konusu kurallar uyarınca devlete atfedilebileceği anlaşılmakta ise de; aslında bu kuralların uluslararası bir yükümlülüğü ihlal eden eylemlerin devlete atfedilmesi ile sınırlı olarak uygulanması gerekir. Yani atfedilmeye ilişkin kurallar yalnızca devletin sorumluluğu bağlamında eylemin devlete bağlanabilmesi amacı ile kullanılmalıdır. ILC, açıklamasında bunu şu şekilde ifade etmiştir:

“Sorumluluk bağlamında eylemin devlete atfedilmesi meselesi, belirli organların devlet adına taahhütte bulunmaya yetkili olduğu diğer uluslararası hukuk süreçlerinden ayrıdır. ... Bu gibi kuralların devletin sorumluluğu bağlamında atfedilme ile hiçbir ilgisi yoktur. Kural olarak devletin sorumluluğu, idarenin veya hükümetin hangi düzeyde olduğundan bağımsız olarak uluslararası yükümlülüklerle aykırı olan eylem ile ilgilidir. Bu nedenle bu bölümde düzenlenen atfedilmeye ilişkin kurallar

---

<sup>412</sup> Kaj Hober, “State Responsibility and Attribution”, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, Ed. by Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, New York, Oxford University Press, 2008, ss. 552-592, s. 575.

yalnızca bu özel amaç için tasarlanmıştır; devlet veya hükümetini tanımlamak ise bu amaçlardan biri değildir.”<sup>413</sup>

Görüldüğü üzere atfedilmeye ilişkin kuralların yalnızca devletin uluslararası bir yükümlülüğünü ihlal eden eylemin devletin sorumluluğuna yol açıp açmadığını belirlemek amacı ile kullanılması gerekir. Dolayısıyla örneğin yatırımcının bir kamu iktisadi teşebbüsü ile akdettiği sözleşmenin ihlali, bu teşebbüs kamu gücü kullanmakla yetkilendirilmiş olsa dahi devlete atfedilemez.<sup>414</sup> Bunun istisnası, sözleşme ihlalinin örneğin şemsiye kaydı kapsamında olduğu gibi bir anlaşma ihlali teşkil etmesidir.

Şemsiye kaydı çerçevesinde “devlet” yatırımcıya vermiş olduğu herhangi bir taahhüdü yerine getirmeyi üstlendiğinden, bu kayıt çerçevesinde “devlet”in tanımlanması sorunu ortaya çıkmaktadır. Yatırımcı ile akdi bir ilişki içerisine giren çoğu zaman devletin *de jure* organı değil, iç hukuka göre devlet organı sayılmayan ve devletten ayrı hukuki kişiliğe sahip olduğu kabul edilen bir birim olabilmektedir. Bu kamu gücü kullanmakla yetkilendirilmiş bir birim olabileceği gibi, tamamen özel bir şirket görünümünde ancak devletin sıkı kontrolü altında bulunan bir kuruluş da olabilir.

Atfedilme açısından gündeme gelen mesele, şemsiye kaydı çerçevesinde “devlet”in kim olduğunun belirlenmesinde atfedilmeye ilişkin kuralların uygulanmasının uygun olup olmadığıdır. Bir devletin ILC Maddeleri, md. 4 anlamında *de jure* organlarının akdettiği bir sözleşmenin şemsiye kaydı kapsamında devlete atfedilmesi konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Bu halde devlet otomatikman sözleşmenin tarafı haline gelmektedir.<sup>415</sup> Şemsiye kaydı kapsamında zaten kast edilen **devletin** herhangi bir yükümlülüğü olduğuna göre, devletin yükümlülük altına organları aracılığıyla gireceği aşıkardır. Diğer yandan esas mesele madde 5 veya 8 uyarınca devlete atfedilebilecek eylemlerin şemsiye kaydı kapsamında olup olmadığıdır. Örneğin bir kamu iktisadi teşebbüsü ile yatırımcı

<sup>413</sup> ILC Commentaries, Chapter II, para 5.

<sup>414</sup> Feit, “Responsibility for the Breach of Contract”, s. 154.

<sup>415</sup> Hober, “State Responsibility and Attribution”, s. 581-582.

arasındaki sözleşmenin ihlali halinde, bu ihlal şemsiye kaydından hareketle atfedilmeye ilişkin kurallar uyarınca devlete yüklenebilecek midir?

Bu konu hakkında hakem mahkemelerince farklı kararlar verilmiştir. Örneğin *Impregilo v Pakistan*<sup>416</sup> davasında Impregilo ile Pakistan Su ve Enerji Geliştirme Otoritesi (PSEO) arasında imzalanan iki sözleşme söz konusudur. Davacı, PSEO'nun eylem ve ihmallerinin uluslararası hukuk uyarınca Pakistan'a atfedilmesi gerektiğini öne sürmüş ve ayrıca iddialarını şemsiye kaydına dayandırmıştır. Hakem mahkemesine göre “bir birimin uluslararası hukuku ihlal eden bir eyleminden kaynaklanan devletin sorumluluğu ile bir birimin iç hukuk sözleşmesini ihlal eden eyleminden kaynaklı sorumluluğu arasında açık bir ayırım bulunmaktadır.”<sup>417</sup> Buna göre atfedilmeye ilişkin kurallar yalnızca ilk duruma uygulanabilir.<sup>418</sup> Kısacası bu davada hakem heyeti atfedilmeye ilişkin kurallar uyarınca sözleşme ihlalinin devlete yüklenmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.

*Noble Ventures v Romania*<sup>419</sup> davasında ise bu kararın tam aksine bir karar verilmiştir. Mahkeme devletin yatırımcı ile akdetmiş olduğu bir sözleşme ihlalinin, mutlaka uluslararası hukukun ihlali anlamına gelmesi gerektiğini belirtmiş; diğer yandan belirli koşullar altında sözleşme ihlalinin devletin sorumluluğuna yol açabileceğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre “şemsiye kaydının uygulanması kapsamında bir hükümet temsilcisinin (government agency) eylemlerinin devlete atfedilebildiği durumlarda, ... **şemsiye kaydının ihlali vasıtasıyla sözleşmenin ihlal edilmesi bir uluslararası hukuk ihlali teşkil edebilir.**”<sup>420</sup> Bu bağlamda ILC Maddeleri, md. 5 anlamında kamu gücü kullanma yetkisini haiz olduğu tespit edilen<sup>421</sup> ve devlet girişimlerinin özelleştirilmesi ile görevli Romanya Devlet Tasarruf Fonu'nun Romanya devleti adına sözleşme akdettiği ve bu nedenle

---

<sup>416</sup> *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3 , Decision on Jurisdiction, 22 April 2005.

<sup>417</sup> *Ibid.*, para. 210.

<sup>418</sup> *Ibid.*, para. 210.

<sup>419</sup> *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005.

<sup>420</sup> *Ibid.*, para. 85.

<sup>421</sup> *Ibid.*, para. 80.

ihlallerin şemsiye kaydı çerçevesinde Romanya'ya atfedilebileceğine karar verilmiştir.<sup>422</sup>

Şemsiye kaydı çerçevesinde atfedilmeye ilişkin kuralların uygulanması yönünde verilen bir diğer karar *Eureko v Poland* kararıdır. Bu davada hakem mahkemesi öncelikle Hazine Bakanı tarafından imzalanan alım satım sözleşmesinin Polonya'ya atfedilebileceğine karar vermiştir.<sup>423</sup> Kararın daha sonraki bir bölümünde ise Polonya'nın sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ve dolayısıyla şemsiye kaydını ihlal ettiğine karar verilmiştir.<sup>424</sup> Böylelikle atfedilme konusu ve şemsiye kaydının kapsamını ayrı ayrı inceleyen hakem mahkemesinin, zımnî olarak atfedilmeye ilişkin kuralları şemsiye kaydı bağlamında uyguladığını söylemek mümkündür.

Şemsiye kaydı vasıtasıyla sözleşme kaynaklı yükümlülüklerin anlaşma koruması altına alınması ve bu bağlamda anlaşmadan kaynaklanan uluslararası yükümlülükler haline getirilmesi nedeniyle atfedilmeye ilişkin kuralların uygulanmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz. Bu uygulama, yatırım anlaşması ile bağlantılı bir uygulama olarak düşünülmelidir. Bu bakımdan uluslararası hukukun temel prensiplerine bir aykırılık içermemektedir. Diğer yandan gözden kaçırılmaması gereken husus sözleşmenin niteliğinin değişmeyeceği ve sözleşmenin esasına tarafların seçtiği hukukun uygulanacağıdır. Dolayısıyla sözleşmenin devlet tarafından ihlal edilip edilmediğine, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk çerçevesinde karar verilecektir.<sup>425</sup>

## **B. Uluslararası Bir Yükümlülüğün İhlali**

### **1. Yatırım Uyuşmazlıklarının Konusu**

---

<sup>422</sup> *Ibid.*, para. 86.

<sup>423</sup> *Eureko v Poland*, Partial Award, para. 127-134.

<sup>424</sup> *Ibid.*, para. 244-260.

<sup>425</sup> Hober, "State Responsibility and Attribution", s. 581.

Uluslararası yatırım hukukunun konusu yatırım uyuşmazlıklarıdır. ICSID Sözleşmesi, yalnızca devletler (veya devletin alt birimleri) ile diğer devlet vatandaşı gerçek ve tüzel kişiler arasındaki yatırım uyuşmazlıklarını kapsamaktadır.<sup>426</sup> ICSID Sözleşmesi md. 25(1)'e göre ICSID'in yargı yetkisi “yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları” kapsayacaktır. Ancak sözleşme “yatırım” veya “yatırım uyuşmazlığı”nın ne olduğuna ilişkin bir tanım yahut düzenleme içermemektedir. Dolayısıyla bunun ne anlama geldiğinin hakem mahkemeleri tarafından tespit edilmesi gerekmiştir. Ancak mahkemenin yargı yetkisi bakımından “yatırım”ın tanımlanması başlı başına uğraş isteyen bir mesele haline gelmiş ve hakem mahkemelerince farklı tanımlar ortaya konmuştur.<sup>427</sup> “Yatırım uyuşmazlığı”ndan ne anlamak gerektiği ise, iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan bu konuya ilişkin hükümlerden hareketle belirlenmeye çalışılmıştır. Buna göre yatırım uyuşmazlığı: (a) Devlet ile diğer devlet uyruğundaki yatırımcı gerçek veya tüzel kişiler arasındaki yatırıma ilişkin sözleşmeden (imtiyaz, istisna, lisans, know-how, management vb.) kaynaklanan uyuşmazlıklar, (b) Bir tarafın yabancı yatırımlarla ilgili makamının ilgili yatırımcıya sağladığı herhangi bir yatırım müsaadesinin yorum veya uygulamasından doğan uyuşmazlıklar, (c) Bir yatırımla ilgili olarak anlaşmadan kaynaklanan herhangi bir hakkın ihlal edildiği iddiasından kaynaklanan uyuşmazlıklardır.<sup>428</sup>

## 2. Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan Yükümlülüklerin İhlali

<sup>426</sup> Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 687.

<sup>427</sup> Yatırımın tanımı konusunda Salini davasında ortaya konan ve Salini kriterleri olarak isimlendirilen kriterler şu şekildedir: 1. Yatırımın para harcanmasını veya parasal katılımı içermesi, 2. Yatırımın ev sahibi devlette belirli bir süre kalması, 3. Yatırımcının bir risk üstlenmiş olması, 4. Yatırımın ev sahibi devlet ekonomisine bir katkı sağlaması. Diğer bazı kararlarda bu kriterlere ek başka kriterler de aranmıştır: Örneğin *Phoenix v Czech Republic* davasında yatırımın iyiniyetle ve ev sahibi devletin kanunlarına uygun olarak yapılması koşulları da aranmıştır.

Hakem mahkemesi kararlarında yatırım kavramının tanımlanmasında kullanılan kriter ve metodlar hakkında bir inceleme için bkz. Melis Avşar, “ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı”, **MHB**, C. 37, no:2, s. 95-140. Yatırım anlaşmalarındaki farklı yatırım tanımlarına ilişkin olarak bkz. Zeynep Çalışkan, “Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı”, **MHB**; C. 29, no:1-2, 2009, ss. 85-118, s. 85 vd.

<sup>428</sup> Şanlı, Esen, Ataman Figanemeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 687-688.



Uluslararası yatırım anlaşmalarında farklı koruma standartları öngörülmektedir. Bunlar ulusal muamele, adil ve hakkaniyete uygun muamele, uluslararası asgari muamele ve tam koruma ve güvenlik standartlarını içerebilir. Ayrıca en çok gözetilen ulus kaydına da yer verilmiş olabilir.<sup>429</sup>

ILC Maddeleri'nde hukuka aykırı eylemin bir unsuru olarak kabul edilen uluslararası bir yükümlülüğün ihlali, ev sahibi devlet ile yatırımcının uyuğunda bulunan bir devlet arasında akdedilen anlaşmanın ihlali halinde tartışmasız bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Çünkü ihlal edilen yükümlülük, kaynağını bir uluslararası anlaşmadan almakla uluslararası yükümlülük şartını sağlamış olur. Yine kaynağını uluslararası örf ve adet hukukundan alan "kamulaştırma"ya ilişkin yükümlülükler de uluslararası bir yükümlülüğün ihlali şartını sağlamaktadır. Çünkü ILC Maddeleri bakımından yükümlülüğün kaynağını bir uluslararası anlaşmadan, örf ve adet hukuku kuralından yahut bir hukuk genel prensibinden alması önem arz etmemektedir. Önemli olan ilgili "norm"un uluslararası niteliğidir. Bu bakımdan devletler arasında akdedilmiş iki veya çok taraflı bir anlaşmada yer alan bir yükümlülüğün ya da diğer uluslararası normların ihlaline ilişkin yatırım ihtilafları, klasik anlamda devletin uluslararası sorumluluğunun bir görünümünü arz eder. Diğer yandan, devlet veya devletin alt birimleri ile yatırımcı arasındaki sözleşmelerin ihlali ise bunların hem bir uluslararası hukuk enstrümanı olmamaları, hem de prensip olarak ev sahibi devlet hukukuna tabi olmaları hasebiyle uluslararası bir yükümlülüğün ihlalini oluşturmaz. Bu konu aşağıda daha detaylı bir biçimde ele alınacaktır.

---

<sup>429</sup> En çok gözetilen ulus kaydı, diğer koruma standartlarından farklı olarak tek başına bir koruma standardı oluşturmamakta; ev sahibi devletin diğer devlet uyruklarına anlaşmalar ile tanımış olduğu en avantajlı muameleden yararlanılmasını temin etmektedir. Yani en çok gözetilen ulus kaydı, diğer anlaşmalarda tanınmış olan en avantajlı standartların tespit edilerek uygulanmasını gerektirdiğinden bunlar ile bağlantılı bir standarttır. En çok gözetilen ulus kaydı ayrıca yargı yetkisi bakımından da önem teşkil eder. Taraflar arasında bir tahkim anlaşması olmadığı durumlarda, yatırımcının ev sahibi devletin diğer devletlere tanıdığı tahkim kaydından en çok gözetilen ulus kaydı uyarınca yararlanabileceğini öne sürdüğü ve ICSID'e başvurusunun bu temelde kabul edildiği durumlar söz konusu olmuştur. Bu konuda bkz. Yasemin Aydoğmuş, "İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı, **MHB**, c. 29, no:1-2, ss. 21-84, s. 39 vd.

### 3. Yatırımcı ile Devlet Arasında Akdedilen Sözleşmelerde Yer Alan Yükümlülüklerin İhlali

Devlet ile yatırımcı arasında akdedilen sözleşmeler (örneğin imtiyaz sözleşmesi) 1969 Viyana Sözleşmesi hükümleri uyarınca bir uluslararası anlaşma sayılmaz.<sup>430</sup> Sözleşmede yer alan anlaşma tanımına göre öncelikle uluslararası

<sup>430</sup> Örneğin Türk hukukunda kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesinin özel kişilere verilmesi “imtiyaz”, bu amaçla yapılan sözleşmeler de “imtiyaz sözleşmesi” olarak nitelendirilmektedir. (Bkz. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I: Genel Esaslar**, 12. Bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 547.) Kamu hizmeti imtiyazının klasik tanımına göre, imtiyaz sahibi hizmet karşılığında yararlanarlardan bir bedel almakla beraber, hizmeti kar ve zarar kendisine ait olmak üzere, şartlaşma hükümleri çerçevesinde, idarenin buyruğu ve sorumluluğu altında yürütmektedir. (Bkz. Turgut Tan, Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 47, no. 3, 1992, ss. 307-325, s. 308.) Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri hem konusunun kamu hizmeti olması, hem hizmeti yürütenlere kamu gücüne dayanan bazı yetkiler tanınması, hem de idarenin hizmetin düzenli ve sağlıklı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar. (Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, E.1994/43, K. 1994/42-2, T. 9.12.1994) İmtiyaz sözleşmelerinin idari sözleşme olduğu konusunda bir kuşku olmadığından, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenebileceği gibi tahkime de götürülebilir. 1982 Anayasası'nın 125. maddesine göre: “... Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.” Kısacası Türk hukukuna göre imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için 1999 değişikliği ile birlikte tahkim yolu açılmıştır. Uluslararası tahkim bakımından yabancılık unsuru ise, sözleşmeye taraf olan kurulmuş veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurtdışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinde söz konusudur. (Bkz. Melikşah Yasin, “Kamu Hizmeti”, **İdare Hukuku**, ed. Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, et. al., s. 411-468, s. 453.

1980'li yılların başından itibaren özellikle büyükşehir belediyeleri tarafından otopark, metro, doğalgaz şebekesi, turistik otel inşaatı gibi büyük harcamalar gerektirecek yerel kamu hizmetlerine ilişkin projeler yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmeye başlanmıştır. (bkz. Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Bs., Ankara, İmaj Yay, 2015, s. 355.) Bu model çerçevesinde belli bir kamu hizmetine ilişkin tesisin kurulması, bu tesiste kamu hizmetinin belli bir süre işletilmesi ve süre sonunda tesisin idareye geçmesi söz konusudur. Hem Anayasa Mahkemesi hem de Danıştay yap-işlet-devret sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmesi olduğu yönünde kararlar vermiştir. Ancak hem idari sözleşmeler konusundaki yasal düzenleme eksikliği hem de yabancı yatırımcıların idari yargı sistemine güvenmemeleri büyük yatırım gerektiren hizmetlerin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasına yol açmıştır. (Bkz. Turan Yıldırım, “İdari İşlemler”, **İdare Hukuku**, ed. Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, et. al., ss. 293-405, s. 402; Gözübüyük, Tan, **İdare Hukuku Cilt I: Genel Esaslar** s. 554 vd.) Böylece yap-işlet-devret sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleri haline gelmeye başlamıştır. 1999 değişikliği ile 1982 Anayasasınının 47. maddesi son fıkrasında “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” ifadesine yer verilmiş ve böylece kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile de yapılabilmesi Anayasa hükmü haline gelmiştir. Ancak yatırımcı ile idare arasındaki sözleşme ister kamu hukuku karakteri taşıyan bir imtiyaz sözleşmesi olarak, ister özel hukuk sözleşmesi olarak yapılmış olsun, her halükarda bunlar iç hukuka tâbi olan sözleşmelerdir. Türk hukukunda kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi yeni bir uygulama olmayıp özelleştirilebilecek kamu hizmetlerinin kapsamı konusunda anayasal nitelikte herhangi bir sınırlamaya

anlaşmaların uluslararası hukuk kişileri olan devletler arasında akdedilmiş olma şartı vardır. Ayrıca bunların uluslararası hukuka tabi olması, yani hüküm ve sonuçlarını uluslararası hukuk sahasında doğurması gerekir. Devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmelerin ise, bunların en irtibatlı olduğu hukuk olan ev sahibi devlet hukukuna tabi oldukları kabul edilir. Dolayısıyla bu sözleşmelerde yer alan yükümlülüklerin ihlaline ilişkin yatırım ihtilafları ev sahibi devlet hukuku uyarınca çözümleneceğinden, uluslararası hukuk veya daha spesifik olarak belirtirsek ILC Maddeleri'nin uygulanması söz konusu değildir. Bu durumun aksi, yani bu tür sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara uluslararası hukukun uygulanabilmesi için uyuşmazlığın taraflarınca bu yönde bir hukuk seçiminde bulunmuş olması gerekir. Bu halde, tarafların bu yöndeki iradesi nedeniyle uluslararası hukuk uygulanabilir hale gelmektedir.

Diğer yandan yatırım hukukunda “sözleşmelerin uluslararasılaşması”<sup>431</sup> (*internationalization of contracts*) olarak isimlendirilen bir fenomenden söz edilmektedir. Buna göre tarafların uyuşmazlığa uluslararası hukukun uygulanması yönünde bir iradesi söz konusu olmasa dahi, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflara uluslararası hukuk uygulanmalıdır. Bu görüşün savunucularına göre ev sahibi devletin üstün emretme gücünü kullanarak mevzuatında değişiklik yapmak suretiyle tek taraflı olarak yatırımcı ile arasındaki akdin şartlarını değiştirme olasılığı karşısında sözleşmelerin uluslararasılaştırılması gerekir.<sup>432</sup> Uygulamada 1950’li yıllardan başlayarak giderek artan bir biçimde yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmenin ihlali iddiası ile açılan davalarda

---

yer verilmemiştir. Kanun koyucu kamu hizmetlerinden hangilerinin özelleştirileceğine ilişkin takdir yetkisine sahiptir. (Bkz. Melikşah Yasin, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2006, Beta yay., İstanbul, s 178)

<sup>431</sup> Bu görüş “milletlerarasılaştırma teorisi” (*internationalization theory*) olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Ataman Figanmeşe, “Yatırım Tahkimi”, s. 134.

<sup>432</sup> **Ibid.** Ek bir açıklama olarak, devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmelere uluslararası hukukun uygulanması imkanının ICSID Sözleşmesi 42. maddesi uyarınca taraflar arasında bir hukuk seçimi bulunmaması halinde tamamlayıcı kural olarak öngörülen ev sahibi devlet hukuku ile birlikte uluslararası hukukun uygulanması kuralından kaynaklandığı belirtilmelidir. Ancak bu halde ev sahibi devlet hukukunun bir yana bırakılarak yalnızca uluslararası hukukun uygulanmasının hukuki bir temeli olmalıdır. İki veya çok taraflı yatırım anlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından bu temel, söz konusu anlaşmaların uluslararası hukuka tabi olmasıdır. Devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmelerin tabi olduğu hukuk ise ev sahibi devlet hukukudur. Uyuşmazlığın taraflarının uluslararası hukukun uygulanmasını öngördüğü durumlar haricinde ev sahibi devlet hukukunun bir yana bırakılarak sözleşmeye uluslararası hukukun uygulanmasının hukuken temellendirilmesi zor görünmektedir.

da sözleşmenin tabi olduğu hukuk yerine uluslararası hukukun uygulandığı görülmektedir.<sup>433</sup>

Kısacası ILC Maddeleri'nin uygulama alanı bulması bakımından varlığı şart olan "uluslararası hukuka aykırı eylem" (eylemin devlete atfedilmesi ile uluslararası bir yükümlülüğün ihlali biçiminde iki unsurdan oluşmaktadır) söz konusu olmadığı bazı durumlarda ILC Maddeleri'nin uygulanması mümkündür.

"Uluslararası bir yükümlülüğün ihlali" hem sorumluluğun doğmasının koşulu olması bakımından uyuşmazlığın esasını, hem de yatırım anlaşmasında ICSID'in yargı yetkisinin yalnızca anlaşmanın ihlalinin kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sınırlı tutulduğu durumlarda usulü ilgilendiren bir meseledir.<sup>434</sup> Örneğin Enerji Şartı Anlaşması madde 26(1) hükmü, yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlıklar için ICSID'in yargı yetkisini bu anlaşmanın III. Bölümü'nde yer alan yükümlülüklerin ihlali iddiaları ile sınırlı tutmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bir yatırımcının ICSID'e başvurabilmesi için mutlaka Enerji Şartı Anlaşması'nın, yani bir uluslararası yükümlülüğün ihlalinin söz konusu olması gerekir. Devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar dışarıda bırakılmıştır. Bu bakımdan uluslararası bir yükümlülüğün ihlali koşulu ICSID'in yargı yetkisi ile ilintilidir.

Diğer yandan ilgili yatırım anlaşmasında, devlet ile yatırımcı arasındaki "her" veya "herhangi" bir uyuşmazlığın ICSID'e götürülebileceği şeklinde bir tahkim kaydına da yer verilmiş olabilir.

Esasa uygulanacak hukuka ilişkin kurallar uyarınca ILC Maddeleri'nin uygulanması durumu bir yana bırakılırsa, yatırımcı ile devlet arasındaki sözleşmeden doğan yükümlülükler nedeniyle devletin uluslararası sorumluluğun doğması için bunun mutlaka uluslararası bir yükümlülüğün ihlalinin teşkil etmesi gerekir. Yukarıda belirttiğimiz üzere bu sözleşmelerin ihlali uluslararası bir yükümlülüğün ihlalinin oluşturamaz. Ancak istisnai bazı durumlarda, sözleşmeden ihlalden dolayı uluslararası sorumluluğun doğabileceği belirtilmektedir. Bu durumlar esasen sözleşmenin ihlalinin dolaylı olarak uluslararası yatırım anlaşmalarındaki

---

<sup>433</sup> **Ibid.**

<sup>434</sup> Feit, "Responsibility for the Breach of Contract", s. 152 vd.

yükümlülükleri ihlali anlamına geldiğinin kabul edildiği hallerdir. Doktrinde sözleşmenin ihlalinden dolayı uluslararası sorumluluğun şu üç durumda söz konusu olabileceği belirtilmektedir: (a) Sözleşme ihlalinin adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlalini oluşturması, (b) Sözleşme ihlalinin hukuka aykırı bir kamulaştırma teşkil etmesi, (c) Yatırım anlaşmasında şemsiye kaydının var olması.<sup>435</sup>

Bir devletin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmesinin, o devletin yatırım anlaşmasından kaynaklanan adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlali anlamına gelip gelmeyeceği konusunda yatırım tahkimi bakımından yeknesak bir uygulama söz konusu değildir. Adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü Türkiye'nin taraf olduğu pek çok iki taraflı yatırım anlaşmasında<sup>436</sup> bulunduğu gibi, çok taraflı anlaşmalarda da yer almaktadır. Örneğin Enerji Şartı Anlaşması madde 10(1) hükmünün bir kısmı şu şekildedir:

“Her Anlaşma Tarafı, bu Anlaşmanın hükümlerine uygun olarak, diğer Anlaşma Taraflarının Yatırımcılarının kendi Alanında Yatırımlar Yapması için istikrarlı, adil, münasip ve şeffaf şartları teşvik ve tesis edecektir. Söz konusu şartlar, diğer Anlaşma Taraflarının Yatırımcılarınca gerçekleştirilecek Yatırımlara her zaman adil ve eşit uygulamalar temini için bir taahhüt içerecektir.”

NAFTA madde 1105(1) hükmünde de adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğüne yer verilmiştir:

“Her bir Taraf diğer Tarafın yatırımcılarının yatırımlarına, adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik dahil olmak üzere uluslararası hukuka uygun muameleyi sağlar.”

Yatırım tahkiminde yatırımcıların başvurularının haklı bulunduğu davaların çoğunluğu, adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlaline dayanmaktadır.<sup>437</sup> Bu durumun nedenlerinden biri, kesin bir tanımı bulunmayan

---

<sup>435</sup> **Ibid.**, s. 156 vd.

<sup>436</sup> Türkiye'nin taraf olduğu ve adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün yer aldığı iki taraflı yatırım anlaşmalarının listesi için bkz. Rumeysa Partalci, “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü, **MHB**, vol. 36, no. 2, ss. 131-162, s. 133, dn. 5.

<sup>437</sup> Dolzer, Schreuer, **Principles of International Investment Law**, s. 130.

yükümlülüğün, hakem heyetlerince pek çok farklı davranış esasını içerisine alabilecek nitelikte yorumlanması olabilir. Prensibe bu nitelikleri ve hakemlere geniş bir takdir yetkisi bırakması nedeniyle, hakem mahkemelerince uyuşmazlıkların çözümünde rağbet edilmektedir.<sup>438</sup> Diğer yandan, uygulamada sıklıkla başvurulması adil ve hakkaniyetli muamelenin tanımı ve içeriğinin hakem mahkemelerince belirlenme çabasını beraberinde getirmiştir.<sup>439</sup>

Adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün içeriği belirlenirken şeffaflık veya yatırımcının haklı beklentilerinin korunması gibi esaslar yanında, “sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler uygun davranma” esası da uygulama alanı bulmuştur.

Örneğin *Impregilo v Pakistan* kararında devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmenin ihlalinin şu koşulda uluslararası bir yükümlülüğün ihlali anlamına geleceği belirtilmiştir:

“Sözleşmenin ihlal edildiği iddiasının iki taraflı yatırım anlaşmasının bir ihlalini oluşturabilmesi için, olağan bir akit tarafın gerçekleştirebileceği bir davranışın ötesinde bir davranışın sonucu olması gerekir. Yalnızca kamu gücünü kullanmakta olan ve bir akit taraf gibi davranmayan devlet iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan yükümlülükleri ihlal edebilir.”<sup>440</sup>

Kısacası karara göre, adil ve hakkaniyetli muamelenin ihlal edilmesi için kamu gücünün kullanılması gerekir.

*Bayındır v Pakistan* kararına göre: “Davacı ihlalin salt bir sözleşme ihlalinin farklı olduğunu, diğer bir ifadeyle devletin kamu gücünü kullanırken meydana getirdiği bir ihlal olduğunu kanıtlamalıdır.”<sup>441</sup>

Devletin yatırımcı ile akdetmiş olduğu sözleşmeyi ihlal etmesinin hukuka aykırı bir kamulaştırma teşkil edebilme olasılığı, kamulaştırmanın sözleşmesel hakların kamulaştırılmasını da kapsamına alan bir kavram olmasından

<sup>438</sup> Şaban Kayıhan, Etem Kara, **Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 127.

<sup>439</sup> Hakem mahkemeleri tarafından adil ve hakkaniyetli muameleyle ilişkin getirilen farklı tanımlar için bkz. Dolzer, Schreuer, **Principles of International Investment Law**, s. 142-145.

<sup>440</sup> *Impregilo v Pakistan*, Decision on Jurisdiction, para. 260, aynı yönde bkz. *Consortium RFCC v Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, Award, 22 December 2003.

<sup>441</sup> *Bayındır v Pakistan*, Award, para. 180.

kaynaklanmaktadır. Öyleyse sıradan bir sözleşme ihlali ile sözleşmenin ihlalinin bir kamulaştırma oluşturması arasındaki ayrımın nasıl belirleneceği sorusu ortaya çıkmaktadır.<sup>442</sup> Elbette her sözleşmesel ihlal kamulaştırma oluşturacak biçimde yorumlanamaz. Bu konuda hakem mahkemesi kararlarına bakıldığında, adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlaline ilişkin içtihatı olduğu gibi, devletin salt bir sözleşme tarafı gibi davranmadığı ve kamu gücü kullandığı durumların öne çıktığı görülmektedir. Örneğin *SGS v Philippines*<sup>443</sup> davasında hakem mahkemesi, borcu ödemeyi reddetmenin tek başına kamulaştırma teşkil edemeyeceğine karar vermiştir.<sup>444</sup> Ayrıca somut olayda Filipinler'in bir kanun ya da yönetmelik çıkararak kamulaştırma ya da borcun iptali yoluna gitmediğini ve ayrıca davacının Filipinler mahkemeleri önünde borcu talep etme süresinin henüz sona ermediğini belirtmiştir. Borcun ödenmemesi karşısında başvuru yolları mevcut olduğundan bu durumun tek başına bir kamulaştırma teşkil etmediği ifade edilmiştir.<sup>445</sup> Karardan anlaşılacağı üzere kamulaştırmanın varlığı için salt sözleşmenin ihlalinin ötesine geçen birtakım durumların mevcudiyeti aranmaktadır. Karara göre sözleşme ihlali, ancak kanun veya yönetmelik çıkarılarak kamu gücünün kullanıldığı ya da yatırımcıya hiçbir başvuru yolu imkanının bırakılmadığı durumlara benzer hallerde söz konusudur. Açıktır ki bu durumda devlet sıradan bir sözleşme tarafı gibi davranmamakta, birtakım egemen yetkiler kullanmaktadır.

Devletin sıradan bir sözleşme tarafı gibi davranmadığının vurgulandığı bir karar *Azurix v Argentine* kararıdır. Söz konusu kararda hakem mahkemesi salt sözleşme ihlalinin kamulaştırma teşkil etmeyeceğini, ancak devletin salt bir sözleşme tarafı olma rolünün ötesine geçmesi ve egemen yetkilerini kullanması halinde bunun söz konusu olabileceğini ifade etmiştir.<sup>446</sup>

Hem adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğüne hem de hukuka aykırı kamulaştırmaya dayanan iddialar bakımından aslında uluslararası bir yükümlülüğün ihlalinin oluşturduğu hususun sözleşmenin ihlali değil yatırım anlaşmasının ihlali olduğu

---

<sup>442</sup> Feit, "Responsibility for the Breach of Contract", s. 159.

<sup>443</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004.

<sup>444</sup> *Ibid.*, para. 161; aynı yönde bkz. *Waste Management v Mexico*, Award, para. 174-175.

<sup>445</sup> *SGS v Philippines*, Decision on Jurisdiction, para. 161.

<sup>446</sup> *Azurix v Argentine*, Award, para. 315.

aşikardır. Bu halde, sözleşmenin ihlali salt bir vakıa (eylem) biçiminde ele alınmakta ve bu eylemin yatırım anlaşmasında yer alan yükümlülükleri ihlal edip etmediğine karar verilmektedir. Bu bağlamda ihlalin ortaya çıkıp çıkmadığı bakımından belirleyici olan ilgili yükümlülüğün içeriği ve bu yükümlülüğün hakem mahkemesince ne şekilde yorumlandığıdır. Sözleşmenin ihlali ancak dolaylı olarak yatırım anlaşmasının ihlaline neden olmaktadır. Dolayısıyla sözleşme ihlalinin “vakıa” olarak değerlendirilmesi nedeniyle, bu özel koşullarda dahi, “yalnızca uluslararası bir yükümlülüğün ihlalinin devletin uluslararası sorumluluğuna yol açacağı” biçimindeki kural geçerliliğini korumaktadır.

#### **4. Şemsiye Kaydı Kapsamında Olan Yükümlülükler**

Sözleşme ihlalinin yatırım anlaşmasının ihlali anlamına gelebileceği bir diğer olasılık, yatırım anlaşmasında şemsiye kaydı bulunmasıdır. Bu tip bir kayda örnek olarak Enerji Şartı Anlaşması madde 10, paragraf 1 hükmü gösterilebilir:

“Her Anlaşma Tarafı, diğer bir Anlaşma Tarafı Yatırımcısı veya Yatırımcısının bir Yatırımı ile taahhüt etmiş olduğu yükümlülükleri yerine getirecektir.”

Bir yatırım anlaşmasında şemsiye kaydının bulunmasının etkisi, normal şartlarda salt bir sözleşme ihlali sayılacak durumların, devletin yatırımcıya karşı “her tür” yükümlülüğünü yerine getireceği taahhüdü nedeniyle yatırım anlaşmasının ihlalinin oluşturmasıdır. Bu hüküm vasıtasıyla, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya karşı bir sözleşme ile veya ruhsat benzeri düzenlemeler aracılığıyla üstlendiği taahhütlerden hareketle, devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlığın anlaşma tahtında bir uyuşmazlığa dönüştürülebilmesi yönünde bir uygulama söz konusu olmuştur.<sup>447</sup>

Şemsiye kaydının ILC Maddeleri ile bağlantısı ise, sözleşmeye taraf olan devlet birimine ait ihlallerin atfedilebilmeye ilişkin kurallar vasıtasıyla devlete atfedilmesi ve nihayetinde şemsiye hüküm sayesinde bu ihlallerin devletin yatırım

<sup>447</sup>Sedat Çal, “Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi”, *AÜHFD*, C. 57, no. 4, 2008, ss. 135-190, s. 165.



anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlali sayılması sebebiyledir. Yani şemsiye kaydından dolayı devletin sözleşme ihlalinden uluslararası olarak sorumlu tutulması temelde atfedilebilme konusunu ilgilendirmektedir. Atfedilebilmeye ilişkin kuralların şemsiye kaydı çerçevesinde uygulanıp uygulanamayacağı ise tartışmalıdır.<sup>448</sup>

## 5. Yükümlülüğün İhlaline İlişkin Bazı Özel Durumlar

### a. Yükümlülüğün İhhalinin Zamana Yayılması

Şüphesiz devletin bir yükümlülüğünü ihlal nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için o yükümlülüğün ihlal anında devlet bakımından yürürlükte olması gerekir. Uluslararası hukukun bu temel prensibi ILC Maddeleri'nde şu şekilde düzenlenmiştir:

#### “Madde 13

#### Devlet için Yürürlükte Olan Uluslararası Yükümlülük

Devlete ait bir eylem, devlet eylemin meydana geldiği anda söz konusu yükümlülük ile bağlı olmadıkça uluslararası bir yükümlülüğün ihlalini oluşturmaz .”

Aynı prensibe 1969 Viyana Sözleşmesi'nin 26. ve 28. maddelerinde yer verildiği söylenebilir. Bilindiği gibi ILC Maddeleri birincil maddi yükümlülükler içermediğinden, genellikle uyuşmazlık konusu yatırımlar bakımından koruma standartlarına yer verilen iki veya çok taraflı yatırım anlaşmaları ile ilgilidir. Bu açıdan anlaşmanın ilgili devlet bakımından yürürlüğe girdiği tarih ve yürürlükte kaldığı zaman dilimi önemlidir. Devletin uluslararası örf ve adet hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri açısından da devletin ihlal tarihinde bu yükümlülük ile bağlı olduğunun ortaya konması gerekir.

<sup>448</sup> Bu konu detaylı olarak, atfedilebilmeye ilişkin bölümde incelenmiştir.

Özellikle yükümlülüğün ihlalin meydana geldiği zaman diliminin yalnızca bir kısmında yürürlükte olması halinde “ihlalin zamanı”na ilişkin kurallara sıklıkla başvurulmaktadır.<sup>449</sup> Yatırım anlaşmalarında sıklıkla tahkim kaydına da yer verildiğinden, konu bir yönüyle hakem mahkemesinin zaman bakımından yargı yetkisi (*ratione temporis*) ile de ilişkilidir.

Yükümlülüğün ihlalin gerçekleştiği zaman diliminin yalnızca belirli bir kısmında yürürlükte olduğu bazı uyuşmazlıklarda, yatırımcılar devletin yürürlük tarihi öncesindeki eylemlerinden dolayı devletin sorumluluğunu ileri sürebilmek için bazı argümanlar öne sürmüşlerdir: Örneğin devletin yürürlük tarihine kadarki eylemlerinin zamana yayılan (devam eden) bir ihlal oluşturduğu ve dolayısıyla anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihin ötesine uzandığı ya da anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önceki eylemlerin, bu dönemde örf ve adet hukukundaki aynı yöndeki yükümlülüğü ihlal ettiği gibi.<sup>450</sup>

ILC Maddeleri’nde bir yükümlülüğün ihlalinin zaman bakımından meydana geldiği anın nasıl tespit edileceği şu şekilde düzenlenmiştir:

#### “Madde 14

##### **Bir Uluslararası Yükümlülüğün İhlalinin Zamana Yayılması**

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

Bazı yatırımcılar tarafından söz konusu düzenlemeye dayanılarak ihlalin devam eder nitelikte olduğu ve bu nedenle yükümlülüğün yürürlükte olduğu zaman diliminin dışına da yayıldığına ilişkin iddialar öne sürülmüştür. Örneğin *Mondev v*

<sup>449</sup> Crawford, Olleson, “The Application of the Rules of State Responsibility”, s. 439.

<sup>450</sup> **Ibid.**

*United States of America* davasında hakem mahkemesi, NAFTA'nın geriye yürümez nitelikte olduğunu ve NAFTA yürürlüğe girmeden önce işlenen eylemlerin belirli koşullarda NAFTA yürürlüğe girdikten sonrası ile ilgili olabileceğini kabul etmiş ancak devam eder karakterde bir eylem ile sona ermiş ancak zarar verici etkileri devam etmekte olan bir eylem arasında ayırım yapılması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>451</sup> Eylemin devam eder nitelikte olup olmadığının ise vakıalara ve ihlal edilen yükümlülüğe göre değişeceğini belirtmiştir.

*Ioan Micula and others v Romania* davasında madde 14 kapsamında "devam eder nitelikte" sayılabilecek nitelikte bir eyleme örnek olarak yürürlükte bulunan bir yasal düzenlemenin devam eder şekilde uygulanmasını göstermiştir.<sup>452</sup>

*Impregilo SpA v Pakistan* davasında mahkeme, önündeki davada eylemlerin yürürlük tarihi sonrasına uzanan sonuçları olabileceğini ancak bu eylemlerin madde 14 kapsamında devam eder nitelikte eylemler olmadığını, bunların belirli bir anda meydana geldiklerini ve dolayısıyla hukuka uygun olup olmadıklarının daha sonraki bir tarihte yürürlüğe giren bir anlaşmaya göre değil, bu ana göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>453</sup>

*M.C.I. Power Group v Ecuador* davasında ise hakem mahkemesi iki taraflı yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların yalnızca yürürlük tarihinden sonraki anlaşma ihlallerinin kapsam ve etkilerini anlamak ve tespit etmek amacıyla dikkate alınacağını belirtmiştir.<sup>454</sup>

## **b. Birden Fazla Eylemin Birlikte Yükümlülüğü İhlal Düzeyine Ulaşması (Bileşik Eylemden Oluşan İhlal)**

Bazı hallerde bir yükümlülüğün ihlali bir dizi eylemin bir araya gelmesi halinde ortaya çıkar. Diğer bir ifadeyle bir dizi eylem hep birlikte değerlendirildiği

<sup>451</sup> *Mondev v United States of America*, Award, para. 58.

<sup>452</sup> *Ioan Micula and others v Romania*, Award, para. 149.

<sup>453</sup> *Impregilo SpA v Pakistan*, Decision on Jurisdiction, para. 312.

<sup>454</sup> *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007, para. 135.

takdirde bir yükümlülüğün ihlalini oluşturacak seviyeye ulaşmaktadır. Bu konu ILC Maddeleri'nde şu şekilde düzenlenmiştir:

## **Madde 15**

### **Bileşik Eylemden Oluşan İhlal**

(1) Devletin uluslararası bir yükümlülüğünü, bir bütün olarak hukuka aykırı olduğu kabul edilen bir dizi eylem veya ihmal vasıtasıyla ihlali, diğer eylem veya ihmaller ile birlikte değerlendirildiğinde hukuka aykırılık oluşturmaya yeterli olan eylem veya ihmalin meydana geldiği anda oluşur.

(2) Böyle bir durumda ihlal, diziyi oluşturan eylem veya ihmallerin ilkinden başlayarak tüm zaman boyunca uzanır ve bu eylem veya ihmaller tekrar ettiği müddetçe sürer ve uluslararası yükümlülüğe aykırı olmaya devam eder.

*Siemens v Argentine* kararında hakem mahkemesi sinsi (sürüngen) kamulaştırmanın<sup>455</sup> bileşik eylemden oluştuğunu şu şekilde ifade etmiştir:

“Tanımı bakımından sinsi kamulaştırma bir sürece, nihayetinde kamulaştırma etkisi doğuran adımlara işaret etmektedir. Eğer süreç bu noktaya ulaşmadan durursa kamulaştırma meydana gelmeyecektir. Ancak bu, hiçbir olumsuz etkinin ortaya çıkmayacağı anlamına da gelmemektedir. Açıkça, her adımın olumsuz bir etkisi olmalıdır ancak tek başına önemli olmayabilir ya da hukuka aykırı eylem olarak kabul edilmeyebilir. Sinsi kamulaştırmada dengeyi bozan son adım bardağı taşıran son damlaya benzer. Önceki damlaların fark edilebilir bir etkisi olmayabilir, ancak bardağın taşmasına yol açan sürecin parçasıdır.”

Burada Taslak Maddeler terminolojisine göre bir bileşik eylem söz konusudur.<sup>456</sup>

Hakem mahkemesi söz konusu davada bir kararnamenin yayınlanmasını kamulaştırma oluşturması bakımından ve madde 15 bağlamında bileşik eylemin meydana geldiği tarih bakımından belirleyici olarak kabul etmiştir.<sup>457</sup>

*Tecnicas v Mexico* kararında hakem mahkemesi 14. ve 15. maddelere atıfta bulunmuş ve zamana yayılan veya belirli bir zaman diliminin farklı anlarında meydana gelen unsurlardan oluşan karmaşık bir eylemin hangi ölçüde bir uluslararası

<sup>455</sup> Sinsi kamulaştırma hakkında detaylı bilgi için bkz. Zeynep Nalçacıoğlu Erden, **Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma**, İstanbul, Oniki Levha yay., 2015, s. 62 vd.

<sup>456</sup> *Siemens v Argentine*, Award, para. 263-264.

<sup>457</sup> *Ibid.*, para. 361.

hukuk ihlali oluşturduğunu veya hangi ölçüde zarar verdiğini anlamak için mümkün olan tek yolun bu eylemleri bir bütün olarak veya tek bir birim olarak incelemek olduğunu belirtmiştir.<sup>458</sup>

Yatırımcılar bazı uyuşmazlıklarda bileşik eylemin bir bölümünü oluşturduğu iddiası ile anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önceki eylemlerin de ihlal oluşturduğunu öne sürmüşlerdir. Ancak hakem mahkemelerinin bu konudaki genel eğilimi 13. maddede düzenlenen, yükümlülüğün yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen olayların ihlal oluşturmayacağı yönündeki prensibi benimsemek olmuştur.<sup>459</sup> Yani yükümlülüğün yürürlüğe girmediği tarihteki eylemler bileşik eylemin bir parçasını oluştursa dahi sorumluluk doğurmamaktadır.

*M.C.I. Power Group v Ecuador* davasında hakem mahkemesinin yapmış olduğu değerlendirme 15. madde bakımından da geçerlidir.<sup>460</sup> Hakem mahkemesine göre “uluslararası örf ve adet hukuku uyarınca, devam eden bir hukuka aykırı eylemin veya bileşik hukuka aykırı eylemin varlığının tespitinde ilgili unsur, zamana yayılan eylemin başladığı veya tamamlandığı anda mevcut olan uluslararası hukuk normu ihlalidir.”<sup>461</sup> Bu davada hakem mahkemesi kendini anlaşmanın yürürlüğe girmesi tarihinden önceki olayları, yatırım anlaşması ihlallerinin arkaplanını, illiyet bağıını ve uyuşmazlığı ortaya çıkaran koşulları anlamak bakımından yetkili görmüştür.<sup>462</sup>

Ancak bileşik eylemlerden adaletin engellenmesine (denial of justice) ilişkin olarak hakem mahkemesi farklı yönde bir karar vermiştir. *Chevron Corporation v Ecuador* davasında verilen karara göre adaletin engellenmesi durumunun oluşması için devletin çeşitli seviyelerdeki mahkemelerinin hatalarının kümülatif olarak bir araya gelmesi gerekmektedir birlikte, aslında ihlal bu hatalardan birinin ihlal oluşturacak seviyeye ulaşması ile ortaya çıkmaktadır ve bu bakımdan ilgili anlaşmanın yürürlüğe girmesinden önceki mahkeme safhalarının da hakemliğin yargı

---

<sup>458</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, dn 26.

<sup>459</sup> Crawford, Olleson, “The Application of the Rules of State Responsibility”, s. 440.

<sup>460</sup> *M.C.I. Power Group v Ecuador*, Award, para. 135.

<sup>461</sup> *Ibid.*, para. 82.

<sup>462</sup> *Ibid.*, para. 136.

yetkisi kapsamında kabul edilmesi söz konusu olmuştur.<sup>463</sup> Davacının bileşik eylemin yalnızca anlaşmanın yürürlüğe girdikten sonraki eylemlerden oluşabileceği yönündeki argümanı kabul edilmemiş ve anlaşma öncesindeki eylemlerin de adaletin reddedilmesine yol açabileceği kabul edilmiştir.<sup>464</sup>



---

<sup>463</sup> *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Interim Award, 1 December 2008, para. 301.

<sup>464</sup> **Ibid.**

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### YATIRIM İHTİLAFLARINDA HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN HALLER

#### I. Genel Olarak Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller

Pek çok iç hukuk sisteminde olduğu gibi; uluslararası hukukta da hukuka aykırı sayılan eylemlerin belirli koşulların varlığı halinde hukuka uygun hale gelebileceği kabul edilmiştir. Bu hallerde esasen devletin uluslararası yükümlülüğünü ihlal eden bir eylemi söz konusudur; ancak bu ihlal öyle bazı zorlayıcı koşulların sonucu olarak meydana gelmiştir ki, ilgili devletin iradesi ya tamamen devre dışı kalmıştır ya da zorlayıcı koşullardan büyük ölçüde etkilenmiştir. Dolayısıyla ilgili fiilin işlenmesinde devletin iradesi ya hiç yoktur yahut bu irade zorlayıcı koşullar nedeniyle sakatlanmıştır.

Bu gibi olağandışı, zorlayıcı koşulların varlığı ve sorumluluk üzerindeki etkisi hemen her hukuk sistemi tarafından tanınmaktadır. Esasen bu doğal hukukun da bir sonucudur. Hukuk düzeni bu koşulların varlığını tanımasa da; örneğin temel bir menfaatini korumak ile yükümlülüğe uymak arasında kalan devlet temel menfaatini koruma yoluna gidecektir. Mücbir sebep gibi hallerin varlığında ise herhangi seçme iradesi dahi söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla hukuk düzenleri esasen doğanın yasadan üstün olduğu sınırlı bazı durumları tanımak zorunda kalmaktadır.

Bu haller sorumluluktan bir sapma meydana getirdiği için, yasakoyucu tarafından koşul ve sınırlarının iyi belirlenmiş olması gerekir. Uluslararası hukukta kural koyucu merkezi bir organ bulunmadığı halde; devlet uygulamaları ile oluşan hukuk kuralları bu durumların istisnai niteliğini kabul etmiş ve koşul ve sınırlarını belirlemiştir.

Uluslararası hukukta hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallere ilişkin kurallar, kaynağını örf ve adet hukuku ile genel hukuk prensiplerinden almaktadır. Aşağıda değineceğimiz yargı ve hakem mahkemesi kararlarının bazılarında bu haller örf ve adet hukuku kuralı olarak tanınmış ve uygulanmış iken, bazılarında ise kuralın genel hukuk prensibi niteliği kabul edilmiştir. Belirtmek gerekir ki bu iki uluslararası hukuk kaynağı arasında bağlayıcılık bakımından bir fark bulunmamaktadır.

Genel hukuk prensiplerinin kapsamına “*medeni milletlerce kabul edilmiş genel hukuk prensipleri*” girmektedir. Yani kast edilen yalnızca uluslararası hukuka ait genel ilkeleri olmayıp; “*başta özel hukuk olmak üzere devletlerin iç hukuklarındaki ilkeler*”<sup>465</sup> bir uluslararası hukuk kaynağı olarak tanınmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller pek çok hukuk sistemi tarafından tanınmış olduğundan genel hukuk prensibi niteliği taşıdıkları açıktır.

Uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ise genel, tutarlı ve sürekli devlet uygulamaları ile bu uygulamanın hukukun bir gereği olduğu inancına dayanmaktadır. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerin yüzyıllardır süren devlet uygulamaları neticesinde örf ve adet hukuku kuralları olarak var oldukları konusunda da bir tartışma bulunmamaktadır.

Uluslararası sorumluluk hukukunun bir parçasını oluşturan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller, ILC Maddeleri’nin II. Kısım V. Bölümünde düzenlenmiştir. Bu haller sınırlı sayıda olup; *rıza* (md. 20), *meşru müdafaa* (md. 21), *karşı önlem*<sup>466</sup> (md. 22), *mücbir sebep* (md. 23), *tehlike* (md.24) ve *zaruret hali* (md. 25) olmak üzere altı durumdan ibarettir.

Uluslararası yatırım hukuku bakımından bir değerlendirme yapılacak olursa; ekonomik ilişkilere dayanması ve uyuşmazlık konusunu yatırımın oluşturması nedeniyle bu alanda ILC Maddeleri’nde kabul edilen hukuka aykırılığı ortadan

---

<sup>465</sup> Yusuf Aksar, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, Ankara, Seçkin yay., 2017, s. 78 (Bundan sonra “**Uluslararası Hukuk I**”); Anthony Aust, **Handbook of International Law**, 2. Bs., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, s. 8; Timothy Hillier, **Principles of Public International Law**, 2. Bs., London, Sydney, Cavendish Publishing, 1999, s. 27-28.

<sup>466</sup> Karşı önlemlerin koşul ve sınırlarına ilişkin detaylı düzenlemelere ILC Maddeleri’nin II. Kısım, III. Bölümünde (md. 49-54) yer verilmiştir.



kaldıran hallerden bir kısmı uygulanmamaktadır. Aslında ILC Maddeleri uygulama alanı bakımından, devletin uluslararası yükümlülüklerine aykırı olan her türdeki eylemini kapsamına almaktadır. Yani devletin ihlal ettiği yükümlülüğün örneğın insancıl hukuk, barış hukuku, anlaşmalar hukuku veya yatırım hukukundan kaynaklanması bakımından bir ayırım gözetilmediği için ILC Maddeleri her türden uluslararası yükümlülüğün sonuçlarını düzenleyecek biçimde tasarlanmıştır.

Ancak ILC Maddeleri'nde düzenlenen hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerin bir kısmı ilgili kuralın doğası gereği yatırım hukukunda uygulanmaya elverişli değildir. 21. maddede düzenlenen meşru müdafaa hali bunlardan biridir. BM Şartı 51. maddesine göre: *“haksız bir silahlı saldırıya karşı meşru müdafaa kapsamında silahla karşılık verilmesi mümkündür.”* Meşru müdafaa ancak haksız silahlı saldırıda bulunan devlete karşı ileri sürülebilecek bir hak ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haldir. Bireylere karşı bunun ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla yabancı yatırımcı-devlet tahkimi bakımından gerçek ve tüzel kişi yatırımcılar ile devletlerin karşı karşıya geldiği bir ilişkide meşru müdafaaya başvurulamayacağı açıktır.

24. maddede düzenlenen tehlike hali, bir kişinin hayatını kurtarmak amacıyla hukuka aykırı bir eylemin işlenmesini ifade ettiğinden teorik olarak yatırım hukuku alanında uygulanabilir olmakla birlikte uygulamada gündeme gelmemiştir. Zaten düzenleme son derece sınırlı bir durum olan insan hayatını kurtarma konusunu ele almaktadır.<sup>467</sup>

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden rıza (md. 20) ise bir devletin, diğer devlet tarafından işlenilmesine geçerli biçimde rıza göstermesi halinde uygulama alanı bulacağından yatırımcı-devlet ilişkisine uygulanmamaktadır.

---

<sup>467</sup> ILC Maddeleri 24. maddesi şu şekildedir:

**Tehlike**

1. Devletin uluslararası yükümlülüğü ile uyuşmayan bir eyleminin hukuka aykırılığı söz konusu fiili işleyen, tehlike durumunda, kendisinin veya kendisine emanet edilen başka kişilerin yaşamını kurtarmak için başka hiçbir makul çareye sahip değilse, ortadana kalkar.

2. Eğer,

(a) Tehlike durumu, tek başına veya diğer faktörlerin bileşimi halinde, bunu öne süren devletin tasarrufu sonucu ortaya çıkmışsa; veya

(b) Söz konusu eylem benzer veya daha büyük bir riske yol açabilecekse 1. paragraf uygulanmaz.

Bu haller dışında aşağıda mücbir sebep, zaruret hali ve karşı önlem konuları hem genel uluslararası hukuk hem de uluslararası yatırım hukuku bakımından ele alınacaktır.

## **II. Yatırım İhtilaflarında Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller**

### **A. Genel Olarak Uluslararası Yatırım Hukukunda Olağanüstü Koşullar ve Bu Koşulların Anlaşmalarda Düzenlenmesi**

Ekonomik, toplumsal, siyasi istikrarsızlıklar, savaş veya iç savaş gibi olağanüstü durumlarda devletlerin uluslararası yükümlülüklerinin aynı biçimde devam edip etmeyeceği ve söz konusu dönemde bu yükümlülüklerin ihlalinin devletin sorumluluğunu doğurup doğurmayacağı genel uluslararası hukuku olduğu gibi yatırım hukukunu da ilgilendirmektedir. Örneğin, bir ayaklanma veya iç savaş sırasında yabancıların mallarına el konabilir, bunlar yağma edilebilir, yakılabilir; yabancı şirketlerin sahip olduğu taşınmazlar bombardıman altında kalabilir, yabancılara ait ulaşım veya iletişim araçları müsadere edilebilir; yabancılar özgürlüklerinden veya yaşam haklarından yoksun kalabilirler.<sup>468</sup> Bazı eylemleri gerçekleştiren devletin bizzat kendisi olabileceği gibi, özel kişiler de olabilir.

Devletin bu gibi dönemlerde kendi organlarının veya özel kişilerin belirli eylemlerinden kaynaklanan zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağı; bu olağanüstü koşullar sırasında hangi hukuk kurallarının uygulanacağı ve normal zamanda uygulanan kuralların uygulanmaya devam edip etmeyeceği sorularına verilecek yanıt; koruma yükümlülüğü, atfedilebilme ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller gibi birden fazla meseleye değinmeyi gerektirmektedir.

Öncelikle anlaşmalar hukuku açısından değerlendirilecek olursa savaşın, anlaşmalar ve anlaşmadan kaynaklanan yükümlülükler üzerinde sona erdirmeye gibi bir

<sup>468</sup> Bozkurt, Erdal, Poyraz, **Devletler Hukuku**, s. 320.

etkisi yoktur. Savaş, 1969 Viyana Sözleşmesi'nde anlaşmaların askıya alınması veya sona erdirilmesi sebepleri arasında sayılmamıştır.

Yatırımcı açısından uzun dönemli bir yatırım projesi sırasında ev sahibi devlette birtakım olağanüstü koşulların ortaya çıkma ihtimali her zaman mevcuttur. Yatırım anlaşmalarının temel amaçlarından biri ise işte bu gibi olağanüstü koşullarda da yatırımcıya belirli bir koruma ve uzun dönemli hukuki istikrar sağlamaktır.<sup>469</sup> Diğer yandan ev sahibi devlet, ortaya çıkmasından kendisinin sorumlu tutulamayacağı birtakım olaylarla karşı karşıya kalmakta ve bunların üstesinden gelmeye çalışmaktadır. Devletin bu mücadele sırasında bazı uluslararası yükümlülüklerini ihlal etmesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla, bu olağanüstü koşullar sırasında meydana genel ihlaller dolayısıyla devletin sorumlu tutulup tutulamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Yatırımcının olağanüstü koşullarda da korunması gereği ile ev sahibi devletin zorlayıcı koşullar ile mücadele etmek için ihtiyaç duyduğu esneklik bunların arasında bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Bazı yatırım anlaşmalarında söz konusu istikrarsızlık dönemlerinde uygulanmak üzere düzenlemelere yer verildiği gibi, uluslararası hukukta da devletin sorumlu olmasının beklenemeyeceği haller düzenlenmiştir. Ancak devletin normal zamanda ihlalinden sorumlu tutulacağı kurallardan bir sapma anlamına gelen söz konusu düzenlemeler, son derece kısıtlayıcı bir biçimde kaleme alınmıştır. Böylece devletin ve yatırımcının menfaatleri arasında bir denge kurulmuştur.

1930 öncesi Orta ve Latin Amerika'daki karışıklıklar sırasında yabancılara verilen zararlar dolayısıyla devletin sorumlu olup olmadığına ilişkin hakem kararlarından çıkan sonuç şu olmuştur: Toplumsal karışıklık ve düzensizliklerin yol açtığı, yabancı yatırımcıların malvarlıklarına verilen zararlar dolayısıyla ev sahibi devletin sorumlu tutulamayacağı; ancak bunun için ev sahibi devletin askeri ve kolluk güçleri ile yatırımcıyı korumak adına gerekli dikkat ve özeni göstermiş olmasının (*due diligence*) aranacağı.<sup>470</sup>

<sup>469</sup> Dolzer, Schreuer, **Principles of International Investment Law**, s. 182, 183; s. 184.

<sup>470</sup> Dolzer, Schreuer, **Principles of International Investment Law**, s. 183.

Günümüzde yatırım anlaşmalarında sıklıkla “tam koruma ve güvenlik” prensibi ve/veya “adil ve hakkaniyetli muamele” yükümlülüğüne yer verilerek somut olarak da yatırımcının olağanüstü koşullar sırasında korunması temin edilmeye çalışılmaktadır.<sup>471</sup> Ancak bu kuralların yatırımcının uğrayabileceği her tür zarara karşı bir garanti olarak da anlaşılması gerekir. Yatırımcı ve yatırımların hem fiziki hem hukuki güvenliğinin sağlanması, hem de özel kişilerin ve devlet organlarının tacizine karşı korunması için gereken tedbirleri alma yükümlülüğü getiren tam koruma ve güvenlik prensibi, devlet açısından mutlak bir sorumluluk içermemektedir.<sup>472</sup> Bu bakımdan sorumluluğun sınırını yukarıda sözünü ettiğimiz, devletin gereken özeni gösterme yükümlülüğü oluşturmaktadır. Öyleyse, yatırım anlaşmalarında bu tür koruma prensiplerine yer verilse dahi, devlet gereken özeni gösterme yükümlülüğünü yerine getirdiği takdirde yatırımcının olağanüstü koşullar sırasında uğradığı zararlardan sorumlu tutulmayabilir.

Bir diğer olasılık devletin organları veya özel kişiler tarafından gerçekleştirilen eylemlerin atfedilmeye ilişkin kurallar uyarınca devlete bağlanmasıdır. İşte bu gibi durumlarda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden birinin mevcudiyeti, bir uluslararası yükümlülüğün ihlalini oluşturan ve devlete atfedilmiş eylemin sorumluluk doğurmasını engellemektedir.

Devletin kendi organlarının eylemleri bakımından sorumluluktan kurtulabilmesi için bunu mutlaka mücbir sebep, zaruret hali veya karşı önlem gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal kapsamında veya ilgili anlaşmada bulunan ve bu gibi durumlarda devletin sorumlu tutulmayacağını öngören hüküm çerçevesinde gerçekleştirdiğini ortaya koymalıdır. Özel kişilerin eylemleri

---

<sup>471</sup> İki ilke yatırım anlaşmalarında sıklıkla birlikte düzenlenmektedir ve bu bakımdan yakın ilişki içerisindedir. Bkz. Kayıhan, Kara, **Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)**, s. 131-134.

Örneğin Türkiye Cumhuriyeti-Avustralya İki Taraflı Yatırım Anlaşması md. 3(2) hükmü: “Her bir Tarafın yatırımcılarının yatırımları daima adil ve hakkaniyetli bir muameleye tabii tutulacak ve diğer tarafın ülkesinde tam koruma ve güvenliğe sahip olacaktır. Her bir Taraf, kanunlarına tabii olarak, bu gibi yatırımların yönetimine, sürdürülmesine, kullanımına, tasarrufuna, genişletilmesine veya elden çıkarılmasına, keyfi veya haklı olmayan tedbirlerle, hiçbir şekilde engel olmayacaktır.” Benzer biçimde Türkiye Cumhuriyeti – Güney Kore İki Taraflı Yatırım Anlaşması md. 3(2)’de de “Yatırımlar uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak, her zaman eşit ve hakkaniyet uygun muameleye tabii tutulacak, koruma ve güvenlik içinde olacaklardır.” hükmüne yer verilmiştir.

<sup>472</sup> Dolzer, Schreuer, **Principles of International Investment Law** s. 161, Kayıhan, Etem, **Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)**, s. 133.

bakımından sorumluluktan kurtulmak ise bu eylemlerin devlete atfedilememesi ve ayrıca devletin koruma yükümlülüğünün çerçevesi dışında kalması halinde mümkündür.

Genel uluslararası hukukta olağanüstü olaylar sırasında devletin sorumluluğu konusunda uygulama alanı bulacak kurallar ILC Maddeleri'nde mücbir sebep, tehlike ve zaruret hali olarak düzenlenmiştir. Bu kurallarda açıkça “özen gösterme yükümlülüğü”ne yer verilmiş olmamakla birlikte, madde düzenlemelerinde geçerli bir zaruret halinin koşullarından biri olan devletçe alınan önlemin ilgili menfaati korumanın “tek yolu olması”, mücbir sebep bakımından ise mücbir sebep oluşturan durumun “devletin kontrolü dışında ortaya çıkması” veya “karşı konulamaz” nitelikte olması özen gösterme yükümlülüğünün yansımalarıdır.

Genel uluslararası hukukun ILC Maddeleri'ndeki düzenlemelerinin yanı sıra, taraflar da aralarındaki anlaşmaya olağanüstü durumlarda uygulanmak üzere hükümler koymuş olabilirler. Bu anlaşma ve sözleşmelerde farklı biçimlerde kaleme alınmış mücbir sebep kayıtları mevcuttur.<sup>473</sup>

*Lex specialis* ve tarafların irade serbestisi prensipleri uyarınca, ilgili anlaşmada olağanüstü koşulları düzenleyen bir hüküm mevcut ise, ILC Maddeleri'nde yer verilen hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak bu konu anlaşmada düzenlenmemişse her zaman için ILC Maddeleri'nde düzenlenen hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlere başvurma imkanı mevcuttur. Bu imkanın ortadan kaldırılması ancak yatırım anlaşmasında açıkça bu yönde bir iradenin ortaya konmuş olmasına bağlıdır. Bu husus *Anaconda v Iran*<sup>474</sup> kararında şu ifadelerle dile getirilmiştir:

“Pek çok hukuk sisteminde mücbir sebep farklı isimler altında anlaşmanın ifa edilmemesinin mazereti olarak tanınmaktadır. Mücbir sebep bu nedenle bir genel hukuk prensibi olarak görülebilir. Bunun sonucu olarak mücbir sebebe başvurma hakkı açık bir anlaşma hükmüne dayanmamakta ve bundan kaynaklanmamaktadır. Ancak bir anlaşmanın tarafları, anlaşmanın ifası veya sona erdirilmesi bakımından mücbir sebebin bazı özel sonuçlarının olması konusunda anlaşabilirler. Yine anlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerin tamamı veya

<sup>473</sup> **Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary**, ed. by Doak R. Bishop, James Crawford, Michael Reisman, 2nd ed., The Hague, Kluwer Law International, 2014, s. 267 vd.

<sup>474</sup> *Anaconda-Iran, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran and the National Iranian Copper Industries Company*, Iran-US Claims Tribunal, Interlocutory Award no. ITL 65-167-3, 10 December 1986, **Iran-US Claims Tribunal Reports**, vol. XIII, s. 199 vd.

bazılarının mücbir sebepten etkilenmeyeceğini kararlaştırabilirler. Ancak ifasızlığın mazereti olarak mücbir sebebe başvurma hakkının sınırlandırılabilmesi için varsayım yeterli olmayıp; bu etkiye sahip açık bir anlaşma hükmünün varlığı şarttır.”<sup>475</sup>

Örneğin ABD ve bazı Avrupa devletleri uygulamasında olağanüstü koşullarda sorumluluğun sonuçlarının düzenlendiği görülmektedir. Almanya Model İki Taraflı Yatırım Anlaşması’nda “*savaş veya diğer silahlı çatışmalar, ihtilal, olağanüstü hal veya ayaklanma*” nedeniyle yatırımcının uğradığı zararın eski hale iade veya tazminat gibi yollarla onarımı konusunda ev sahibi devletin kendi yatırımcılarına sağladığı muameleden daha az elverişli muamelede bulunamayacağı düzenlemesi ile *ulusal muamele* prensibi benimsenmiştir.<sup>476</sup>

Türkiye ile Güney Kore arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmasında ise yabancı yatırımcının “savaş, ayaklanma, iç karışıklık veya benzeri olaylar” sebebiyle uğradığı zararların onarımı konusunda ev sahibi devletin kendi vatandaş veya şirketlerine veya üçüncü bir devlet vatandaş veya şirketlerine uyguladığı muameleden daha az elverişli muamelede bulunamayacağı öngörülerek *en çok gözetilen ulus kaydına* yer verilmiştir.<sup>477</sup>

Bu biçimde kaleme alınmış düzenlemeler mücbir sebep veya zaruret halinin sonuçlarının taraflar arasında özel olarak düzenlendiği anlamına gelir. Dolayısıyla böyle bir anlaşma akdetmiş olan devletler söz konusu olaylardan doğan zararın onarımı konusunda belirtilen standartları sağlamakla yükümlüdürler. Ancak ilgili hükmün genel uluslararası hukuku dışlayıcı *lex specialis* bir etki doğurabilmesi için nasıl kaleme alınmış olduğu son derece önemlidir.

Acaba olağanüstü koşullara ilişkin düzenlemelerin varlığı, genel uluslararası hukukta öngörülen yani ILC Maddeleri’nde düzenlenmiş olağanüstü koşullara ilişkin kuralların uygulanmasını engelleyecek midir? Yoksa ILC Maddeleri’nin anlaşma maddesinin yorumunda dikkate alınması mı gerekir? Hakem heyetlerinin bu sorulara verdiği yanıtlar arasındaki farklılıklar, Arjantin’in karşı karşıya kaldığı ekonomik

<sup>475</sup> *Ibid.*, s. 211-212.

<sup>476</sup> Almanya Model İki Taraflı Yatırım Anlaşması, md. 4.

<sup>477</sup> Türkiye Cumhuriyeti – Güney Kore İki Taraflı Yatırım Anlaşması, md. 7.

krize ilişkin ICSID önünde görülen uyuşmazlıklarda birbiriyle uyumsuz kararların verilmesine yol açmıştır.

Anlaşma hükmü ile örf ve adet hukuku kuralı karşısında bunlardan hangisi veya hangilerinin, ne ölçüde somut uyuşmazlığa uygulanacağına ilişkin sorunlar daha önce incelendiğinden<sup>478</sup>, aşağıda uluslararası genel hukuka ait kurumlar olan mücbir sebep, zaruret hali ve karşı önlemlerin yatırım ihtilaflarının esasına uygulanması ve bu kurumlara ait unsurların yatırım ihtilafları bakımından nasıl ele alındığı değerlendirilecektir.

## B. Mücbir Sebep

### 1. Genel Olarak Mücbir Sebep

Mücbir sebep (*force majeure*) devlet uygulamalarında, uluslararası yargı ve hakem mahkemesi kararlarında ve doktrin tarafından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal olarak tanınmıştır.<sup>479</sup> Pek çok iç hukuk sisteminde sorumluluktan muaf olmanın klasik bir nedeni olan mücbir sebep, Roma hukukundaki *ad impossibilia nemo tenetur* prensibine dayanmaktadır.<sup>480</sup> Uluslararası hukukta kaynak olarak “genel hukuk prensibi” niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.<sup>481</sup> Mücbir sebebin söz konusu hukuki niteliği ILC tarafından da tanınmış ve ticari tahkim alanındaki önemi şu sözlerle ifade edilmiştir:

<sup>478</sup> Bu konu çalışmanın I. Bölümü’nde “ILC Maddeleri ve Yatırım Anlaşmaları” başlığı altında geniş bir biçimde ele alınmıştır.

<sup>479</sup> Uzun, **op. cit.**, s. 69.

<sup>480</sup> Sandra Szurek, “Force Majeure”, **The Law of International Responsibility**, Ed. By, James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, ss. 475-480 , s. 475.

<sup>481</sup> Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal veya mazeret olarak mücbir sebep, tarih boyunca var olmuş ve dünyanın farklı coğrafyalarındaki devletlerin hukuk sistemlerinde yer almıştır. Bu bakımdan bir hukuk genel prensibi olduğu çok açıktır. Kavramın uluslararası hukukun erken dönemlerinden başlayarak ILC Maddeleri’nde kodlaştırıldığı haline dek geçirdiği aşamaların tarihsel incelemesi için bkz. Federica Paddeu, “A Genealogy of Force Majeure in International Law”, **British Yearbook of International Law**, Vol. 82, No. 1, 2012, ss. 381-494.

“Mücbir sebep uluslararası kamu hukukunun bir konusu olarak devletler arası davalarda uygulanmasının yanı sıra, uluslararası ticari tahkim alanında da kaydadeğer geçerliliğe sahiptir ve bir genel hukuk prensibi olarak nitelendirilebilir.”<sup>482</sup>

ILC Maddeleri’nde mücbir sebep şu şekilde düzenlenmiştir:

“**Madde 23**

**Mücbir Sebep**

1. Bir devletin uluslararası bir yükümlülüğüne aykırı bir eyleminin hukuk aykırılığı, eğer eylem devletin kontrolünün dışında karşı konulamaz bir kuvvet veya öngörülemez bir olayın meydana gelmesi anlamına gelen ve o koşullar altında yükümlülüğün ifasını maddi olarak imkansız hale getiren mücbir sebepten kaynaklanıyorsa, ortadan kalkar.

2. Birinci paragraf şu hallerde uygulanmaz:

(a) Mücbir sebep hali, tek başına ya da diğer unsurların da katkısıyla, bunu ileri süren devletin tasarrufundan kaynaklanmışsa; ya da

(b) Devlet bu halin ortaya çıkma tehlikesini göze almışsa.”

Metinden anlaşılacağı üzere 23. maddede bir mücbir sebep tanımına yer verilmiştir. Buna göre, mücbir sebep devletin kontrolünün dışında karşı konulamaz bir kuvvet veya öngörülemez bir olayın uluslararası bir yükümlülüğe uymayı maddi olarak **imkansız** hale getirmesini ifade etmektedir.<sup>483</sup> Belirtmek gerekir ki, mücbir sebebe rengini veren ve onun zaruret hali gibi diğer hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden ayırt edilmesini sağlayan özelliği ifayı “imkansız” hale getirerek devlete yükümlülüğünü yerine getirme noktasında hiçbir seçim şansı bırakmamasıdır. Bu halde devletin eylemi gayrı iradidir ya da en azından özgür bir seçime dayanmamaktadır.<sup>484</sup>

Maddede yer alan düzenlemeye göre geçerli bir mücbir sebep mazeretinin varlığı için üç unsurdan bahsetmek mümkündür. Bunların yanı sıra ikinci paragrafta

<sup>482</sup> **ILC Commentaries**, Art. 23, para. 8.

<sup>483</sup> Aynı yönde bkz. *Addendum to the Eight Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago* (1980), UN Doc. A/CN.4/318/ADD.5-7, s. 14, para. 1. (Bundan sonra “**Ago Report**”)

<sup>484</sup> **ILC Commentaries**, Art. 23, para. 1; aynı yönde bkz. Pazarıcı, **III. Kitap**, s. 172.



düzenlenen ve kuralın uygulanamayacağı istisnai hallerin de olumsuz unsurlar olarak nazarı dikkate alınması gerekir. Kısaca mücbir sebebin koşulları şunlardır:

- (1) Karşı konulamaz bir kuvvet veya öngörülemez bir olayın varlığı
- (2) Bu kuvvet veya olayın devletin kontrolü dışında meydana gelmesi
- (3) Yükümlülüğün ifasını maddi olarak imkansız hale getirmesi

Maddede kuralın uygulanmasının istisnası olarak öngörülen durumlar ise olumsuz unsurları oluşturmaktadır:

- (4) Mücbir sebebin ortaya çıkmasına devletin kendisinin neden olmaması
- (5) Devletin mücbir sebep halinin ortaya çıkma tehlikesini göze almış olmaması

Aşağıda bu unsurların detayları hem genel uluslararası hukuk hem de yatırım hukuku bakımından birlikte ele alınacaktır.

## **2. Uluslararası Yatırım Hukukunda Mücbir Sebep ve Unsurları**

### **a. Genel Olarak**

Uluslararası yatırım hukukunda yükümlülüklerin doğası nedeniyle mücbir sebep iddiaları çoğunlukla başarıya ulaşmamaktadır. Devletin ekonomik yükümlülüklerini yerine getirmesi siyasi veya ekonomik bir kriz halinde bütünüyle imkansız hale gelmiş sayılmadığından, yatırım tahkimi alanında bu gibi durumlarda geçerli bir mücbir sebep savunmasına başvurmak çok kolay değildir.<sup>485</sup> Bunun önemli bir istisnasını İran-ABD Talepler Mahkemesi tarafından görülmüş olan davalar oluşturmaktadır. İran'da 1978-1979 yıllarında meydana gelen devrim

---

<sup>485</sup> 19. ve 20. yüzyıl tahkim uygulamasına bakıldığında ise, sıklıkla gerçekleşen ayaklanma olaylarının “öngörülemez” niteliği, devletlerin bu olaylar sırasında yabancılara verilen zararlardan sorumlu tutulmamasının temelini oluşturmuştur. Bkz. Szurek, “Force Majeure”, s. 477.

sırasındaki ve sonrasındaki koşullar mücbir sebebin klasik bir örneğini oluşturmaktadır<sup>486</sup> ve bu nedenle görülen davaların mücbir sebebin teorisine ve uygulanmasına önemli katkıları olmuştur.

İran’da mücbir sebebi oluşturan olaylar şöyle özetlenebilir: İran devrimi sırasında çıkan ayaklanma ve şiddet eylemleri İran’daki ticari faaliyetler açısından ciddi sorunlara yol açmaya başlamıştır. Özellikle bankacılık faaliyetleri ve ulaştırma hizmetleri olumsuz yönde etkilenmiştir. Ülkede bulunan yabancılar da bazı eylemlerin hedefi haline gelmişlerdir. Bu güvensizlik ortamı nedeniyle ülkede bulunan pek çok yabancı şirket faaliyetlerini durdurmak zorunda kalmış; bazı yabancı kişiler ise ülkeyi terk etmiştir. Devrimin başarıya ulaşması sonrasında İran’ı terk eden yabancıların bir kısmı geri dönse de; şiddet eylemleri devam etmiş ve güven ortamı sağlanamamıştır.

Sonuçta 1979 yılında Tahran’daki Amerikan Büyükelçiliğine el konması ve buna karşı ABD’nin uyguladığı ekonomik yaptırımlar, Amerikan vatandaşlarının ve şirketlerinin İran’da iş yapmasını imkansız hale getirmiştir. İran ve ABD’li yatırımcılar arasındaki sözleşmelerin ihlaline ilişkin uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için İran-ABD Talepler Mahkemesi kurulmuş ve birçok davada hem İran hükümeti hem de yabancı kişi ve şirketler tarafından<sup>487</sup> yükümlülüklerin yerine

---

<sup>486</sup> *Gould Marketing, Inc. v. Ministry of National Defense of Iran*, Iran-US Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 24-49-2, 27 July 1983, **Iran-US Claims Tribunal Reports**, Vol. III, s. 153.

<sup>487</sup> Çalışmamızın konusu devletin sorumluluğu olsa da; İran’daki mücbir sebep yaratan aynı koşullar İran-ABD Talepler Mahkemesi önündeki davalarda yabancı kişi ve şirketler tarafından da sözleşmenin yerine getirilememesinin gerekçesi olarak öne sürülmüştür ve bu kişilerin kişisel güvenliklerinin sağlanamaması nedeniyle İran’ın terk etmeleri ve/veya belirli hizmetleri yerine getirememeleri mazur görülmüştür. Örneğin, *Starrett Housing Corp. v Iran* davasında hakem mahkemesi:

“Hakemlik İran’ın öne sürdüğü Starrett’in İran’daki inşaat projesine ekonomik sebeplerle son verdiği iddiasını reddetmiş ve “en azından, rehine krizinin başladığı tarih olan 4 Kasım 1979’dan sonra İran’da projeleri olan bütün Amerikan şirketlerinin bunları terk etmeye zorlandığı ve personelini tahliye etmek zorunda kaldığı herkesçe bilinmektedir.” demiştir. (*Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. and others v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Markazi Iran and others*, Iran-US Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 32-24-1, 19 December 1983, **Iran-US Claims Tribunal Reports**, Vol. IV, s. 155)

*Department of the Environment of Iran v. US* davasında, ABD’nin bir çevre uzmanını İran’dan geri çekmesi nedeniyle sorumlu tutulamayacağına ilişkin olarak hakemlik, detay vermeden “söz konusu tarihte İran’da mevcut olan koşullar” a atıfta bulunmuştur. (*Department of the Environment of the Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, Iran-US Claims

getirilememesinin mazereti olarak “mücbir sebep” müessesesine başvurulmuştur.<sup>488</sup>

Hakemlik bu davalarda genel itibarıyla, Şubat 1979’da gerçekleşen İran devrimi öncesindeki aylar boyunca ve devrimden sonraki belirli bir dönemde mücbir sebep

---

Tribunal, Award No. 107–B53–1, 25 January 1984, **Iran-US Claims Tribunal Reports**, Vol. V, s. 110.)

*International Technical Products Corp. v. Iran* davasında, davacıların ifayı askıya alması ve Aralık 1978’de İran’dan ayrılması mücbir sebep koşulları nedeniyle mazur görülmüştür.

Mücbir sebep durumunun ne zaman sona erdiği veya başka bir duruma evrildiği konusunda detaylı kanıt sunulmamıştır ancak davacıların 30 Ekim 1979 tarihine dek ifaya devam etmesi için davet edilmemiş olması ve bunu izleyen günlerde Amerikan Konsolosluğuna el konulması ve rehine krizinin ortaya çıkması nedenleriyle mücbir sebebin varlığı kabul edilmiş ve davacıların geri dönmeleri hukuka uygun sayılmıştır. Daire ye göre bu olay ile İran’ın sorumlu olduğu bir durum oluşmuştur. Bu halde davacılar ifasızlığı mücbir sebebe dayandırırken, İran’ın mücbir sebebe başvurması kabul edilmemiştir. (*International Technical Products Corp., et al. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-US Claims Tribunal, Award No. 186–302–3, 19 August 1985, **Iran-US Claims Tribunal Reports**, Vol. IX, s. 24.)

*General Dynamics Telephone v Iran* davasında: “Deliller bir bütün olarak değerlendirildiğinde hakemlik mücbir sebebe başvurulmasının yerinde olduğunu ve Stromberg-Carlson personelinin İran’dan ayrılmasının güvenliklerine yönelik mevcut ve öngörülen tehditler nedeniyle haklı sebebe dayandığı kanatindedir. Her ne kadar bu daha korunaklı bölgelerdeki, özellikle Çabahar’daki (*Chahbahar*) koşullar, İran’ın diğer büyük şehirlerindeki koşullar ile aynı olmasa da; deliller bir bütün olarak açıkça göstermektedir ki; Stromberg-Carlson’ın çalışanlarının kişisel güvenliğine ilişki yaklaşımı gerçeklere uygun ve anlaşılabilir.” (*General Dynamics Telephone Systems Center, Inc., et al. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al.*, Iran-US Claims Tribunal, Award No. 192–285–2, 4 October 1985, **Iran-US Claims Tribunal Reports**, vol. IX, s. 157–160.)

*International Schools Services, Inc. v. National Iranian Copper Industries Co.* kararında: Hakemlik mücbir sebep koşullarının davacının Ocak 1979’da Sar Cheshmeh’deki okulu kapatmasını haklı kıldığı kanaatindedir. Hakemlik *Gould ve Sylvania* kararlarına atıfta bulunarak, en azından İran’ın büyük şehirleri bakımından mücbir sebep koşullarının mevcut olduğuna hükmetmiştir. (*International Schools Services, Inc. v. National Iranian Copper Industries Co.*, Iran-US Claims Tribunal, Award No. 194–111–1, 10 October 1985, **Iran-US Claims Tribunal Reports**, vol. IX, s. 196.)

*Richard D. Harza v Iran*: “Davacılar Harza International ve yabancı çalışanlarının 1978 sonlarında İran’da yüz yüze geldiği işe alım ve çalışma koşulları ile ilgili ve faturaların ödenmemesine ilişkin güçlüklerin delilini sunmuşlardır. Bu deliller hakemliğin Harza International’ın Temmuz 1980’de, anlaşmanın 17. maddesindeki mücbir sebep kaydına dayanarak anlaşmayı sona erdirmesinin yerinde olduğuna karar vermesi için yeterlidir.” (*Richard D. Harza, et al. v. The Islamic Republic of Iran, et al.*, Iran-US Claims Tribunal, Award No. 232–97–2, 2 May 1986, **Iran-US Claims Tribunal Reports**, vol. XI, s. 90–91.)

*Lockheed Corp. v Iran* davasında: Lockheed İranda meydana gelen olaylar nedeniyle aralık ayı süresince Bandar Abbas’ta çalışanlar ve onların yakınlarının güvenliği konusunda giderek daha fazla kaygılandığını ileri sürmüştür. Hakemlik Lockheed personelinin karşı karşıya kaldığı tehdit ve risklerin ciddiyeti konusunu değerlendiremeye de; söz konusu tehditlerin ülkenin geri kalanında artmakta olan şiddet ile bir araya geldiğinde makul bir tehlike algısına yol açacağı ve çalışanların İran’dan tahliye edilmesine sebep olacağına ikna olmuştur. (*Lockheed Corp. v. The Government of Iran, et al.*, *Iran-US Claims Tribunal*, Award No. 367–829–2, 9 June 1988, **Iran-US Claims Tribunal Reports**, Vol. XVIII, s. 300-303.)

<sup>488</sup> İran-ABD Talepler Mahkemesi tarafından görülen ve mücbir sebep iddialarının söz konusu olup karara bağlandığı davalar için bkz. George Aldrich, **The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal**, Oxford University Press, 1996, ss. 307-318’den yararlanılmıştır. (Bundan sonra “Iran-United States Claims Tribunal”)

koşullarının oluştuğuna karar vermiştir.<sup>489</sup> Aşağıda mücbir sebebin unsurları ele alınırken, yeri geldikçe bu davalara değinilecektir.

## **b. Mücbir Sebebin Unsurları**

### **i. Karşı Konulamaz Kuvvet veya Öngörülemez Olay**

Mücbir sebebe yol açan durum doğal veya fiziksel bir olay olabileceği gibi, insan kaynaklı bir olay da olabilir. ILC'nin açıklamasında yer verdiği örnek olaylar: olumsuz hava koşullarının bir devlete ait bir uçağı başka bir devlet ülkesine inmeye mecbur bırakması, deprem, sel veya kuraklık gibi doğal olayların yanı sıra ayaklanma nedeniyle devletin ülkesinin belirli bir bölümünde kontrolü kaybetmesi, üçüncü bir devletin yürüttüğü askeri operasyonlar nedeniyle bir bölgenin harap olması gibi insan kaynaklı müdahalelerdir.<sup>490</sup>

Savaş, ihtilal ve ayaklanma gibi olaylar da mücbir sebep durumu yaratabilecek insan kaynaklı olaylardır. Bu gibi olaylarda devletin ülkesinde bulunan yabancılara verilen zararlardan sorumluluğu gündeme gelmektedir. Ancak olayın “öngörülemez“ nitelikte olması halinde yabancılara yönelik saldırılardan devletin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. USAD tarafından görülen *Lighthouses*<sup>491</sup> davasında, bir Fransız şirketinin sahibi olduğu deniz fenerine 1915 yılında Yunan hükümeti tarafından el konulmuş ve deniz feneri başka bir devletin operasyonu sırasında tahrip edilmiştir. Hakem heyeti Fransız tarafın deniz fenerinin restorasyonu yönündeki talebini, olayda mücbir sebebin var olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.<sup>492</sup>

Başka bir olayda Venezuela kıyılarının ıssız bir bölgesinde seyir halinde olan ve bir Amerikan konsolosuna ait malları taşıyan bir gemi yerli kabileler tarafından

<sup>489</sup> Aldrich, *Iran-United States Claims Tribunal*, s. 307-308.

<sup>490</sup> *ILC Commentaries*, Art. 23, para. 3.

<sup>491</sup> *Lighthouses Case between France and Greece (Fr. v. Greece)*, 1934 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 62 (Mar. 17)

<sup>492</sup> *Ibid.*, ss. 219-220.

yağmalanmış; ancak gemiye yapılan baskın, “olağan ve makul bir öngörü ile tahmin edilemeyecek rastlantısal ve beklenmedik bir olay” olduğundan; Venezuela bu eylemler nedeniyle sorumlu tutulmamıştır.<sup>493</sup>

Savaş, ihtilal ve ayaklanma gibi olayların neden olduğu ekonomik krizler nedeniyle mücbir sebep öne sürülmüşse de, bu girişimler “ifa imkansızlığı” şartının sağlanamaması nedeniyle nadiren başarılı olmuştur.<sup>494</sup> Daha önce belirtildiği üzere İran’daki devrim sonrası İran-ABD Talepler Mahkemesi tarafından görülmüş olan uyuşmazlıkların bazıları devrim koşullarının ekonomik yükümlülükler bakımından mücbir sebep olarak kabul edildiği örnekleri oluşturmaktadır.

*Gould Marketing v Ministry of National Defense of Iran* kararı İran-ABD Talepler Mahkemesi önündeki davalarda mücbir sebep meselesinin ilk kez gündeme geldiği karardır ve hem davacı hem de davalı bakımından yükümlülüklerini yerine getirememenin geçerli bir mazereti olarak kabul edilmiştir. Karara göre Aralık 1978 itibarıyla grev, ayaklanma ve iç karışıklıklar en azından İran’ın büyük şehirlerinde klasik mücbir sebep şartlarını yaratmıştır.

“Karşı konulamaz” sıfatı ile kast edilen devletin elinde bulundurduğu imkanlar ile önleyemeyeceği bir durum iken; “öngörülemez” sıfatı ya olayın hiç öngörülemediği ya da kolaylıkla öngörülemediği durumları ifade etmektedir.<sup>495</sup> O halde olayın karşı konulamaz veya öngörülemez nitelikte olup olmadığının ilgili devlet özelinde subjektif bir değerlendirmeye tâbi tutulması gerektiği anlaşılmaktadır. Bir olay belirli bir devletin elindeki imkanlar ile karşı konulamaz nitelikte iken; başka bir devletin sahip olduğu daha iyi imkanlar sayesinde karşı konulabilir nitelikte olabilir. Dolayısıyla her somut olay özelinde ilgili devletin

---

<sup>493</sup> *Wiperman’s Case: Claim of a Consul (1868)*, bkz. John Basset Moore, **History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been A Party**, Vol. 3, Washington, Government Printing Office, 1898, ss. 3039–3043. (Çevrimiçi) <https://archive.org/details/historyanddiges01moorgoog/page/n923>, 19.04.2019

<sup>494</sup> Andrea K. Björklund, “Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure”, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, Ed. by Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, New York, Oxford University Press, 2008, ss. 461-523, s. 500. (Bundan sonra “Emergency Exceptions”) Bu konuya “ifanın maddi olarak imkansız hale gelmesi” incelenirken daha detaylı şekilde yer verilmiştir.

<sup>495</sup> **ILC Commentaries**, Art. 23, para. 2.

imkanlarının ve bu imkanların ilgili olaya karşı koymaya yahut önceden görmeye elverişli olup olmadığı değerlendirilmesinin yapılması gerekir.

## **ii. Karşı Konulamaz Kuvvet veya Öngörülemez Olayın Devletin Kontrolü Dışında Meydana Gelmesi**

Mücbir sebep oluşturan kuvvet veya olayın devletin kontrolünün dışında meydana gelmesi gerekir. Bu koşul, mücbir sebebin diğer bir koşulu olan mücbir sebebin ortaya çıkmasına öne süren devletin neden olmamasından farklıdır. Bu koşul, genellikle devletin söz konusu olayları “önleme yükümlülüğü” olup olmadığı ve eğer var ise bu yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine ilişkindir.<sup>496</sup>

Önleme yükümlülüğü, özellikle ayaklanma, iç savaş ve diğer iç karışıklıklarla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Devletin bu durumların ortaya çıkmasını önleme noktasında başarısız olması, bu durumları mücbir sebep olarak öne sürmesine engel olabilir. Belirtmek gerekir ki devletin, belirli bir ölçüde iç karışıklıkları önlemekle yükümlü tutulması mantık gereğidir. Aksi halde devlet gerekli önlemleri almayarak tırmanmasına neden olduğu karışıklıkları gerekçe gösterip uluslararası yükümlülüklerinden kaçınabilecektir. Bu durum, hakkın kötüye kullanılması halini dahi alabilir. Dolayısıyla hukukun, hakkın kötüye kullanılmasını engelleyecek mekanizmalar geliştirmesi tabiidir. Kanaatimizce mücbir sebep bakımından aranan bu koşul da, aynı mantıki esasa dayanmaktadır.

Önleme yükümlülüğü bakımından devletin nasıl davrandığı takdirde bu yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda ölçüt olarak “gerekli dikkat ve özeni gösterme” yükümlülüğüne başvurulmaktadır.<sup>497</sup> Hükümetin iç karışıklığı önlemek veya bastırmak konusunda gerekli özeni gösterdiğini kanıtlayamaması, koşullardan alınan önlemlerin yetersiz olduğunun

---

<sup>496</sup> Björklund, “Emergency Exceptions”, s. 501.

<sup>497</sup> **Ibid.**

anlaşılması ya da kamu görevlilerinin iç karışıklığa katkıda bulunduğu anlaşılması halinde hükümet sorumlu kabul edilecektir.<sup>498</sup>

*Gould Marketing v Ministry of National Defense Iran* kararına göre “mücbir sebep” ile kastedilen devletin özen gösterme yükümlülüğünü yerine getirse dahi kontrol gücünün ötesinde olan sosyal ve ekonomik güçlüklerdir. Bu güçlüklerle mücadele edilirken yol açılan zararlar bu nedenle devlete atfedilemez.

### iii. Yükümlülüğün İfasının Maddi Olarak İmkansız Hale Gelmesi

Mücbir sebebin koşullarından bir diğeri yükümlülüğü yerine getirmenin maddi olarak imkansız hale gelmesidir. Bu koşul ifanın zorlaştığı durumların mücbir sebep kapsamında kabul edilmediği anlamına gelir. Örneğin ekonomik veya siyasi bir kriz halinde ödemenin yapılması zorlaşmış ise de, genellikle imkansız hale gelmemiştir. Gerçekten de uygulamada mücbir sebep iddialarının birçoğu, yükümlülüğü yerine getirmenin güçleşmesinden farklı olarak “gerçek bir imkansızlık” içermediğinden kabul görmemiştir.<sup>499</sup>

Örneğin *Sempra v Argentine* davasında hakem mahkemesi siyasi veya ekonomik kriz durumlarının yükümlülüğün yerine getirilmesinin imkansız hale gelmesine değil de yalnızca zorlaşmasına neden olması halinde mücbir sebep kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.<sup>500</sup>

Bir başka örnek olarak *Rainbow Warrior* tahkiminde Fransa'nın mücbir sebebe dayanarak belirli eylemlerinin hukuka aykırı olmadığını öne sürmesi; hakem mahkemesi tarafından şu gerekçeyle reddedilmiştir:

---

<sup>498</sup> “Force Majeure” and “Fortuitous Event” as Circumstances Precluding Wrongfulness: Survey of State Practice, International Judicial Decisions and Doctrine’, **Yearbook of the ILC**, vol. II(1), UN Doc A/CN.4/315, s. 215’ten naklen Edwin M Borchard, **The Diplomatic Protection of Citizens Abroad** New York, The Banks Law Publishing Co, 1927, s. 224.

<sup>499</sup> **ILC Commentaries**, Art. 23, para. 5; Szurek, “Force Majeure”, s. 477-478.

<sup>500</sup> *Sempra v Argentine*, Award, para. 246, ayrıca bkz. *Enron v Argentine*, Award, para. 217.

“Yeni Zelanda bu dava bakımından mücbir sebebin ilişkisiz olduğunu, çünkü uygulanabilmesi için mutlak ve maddi imkansızlık gerektiğini ve yerine getirmenin zorlaşması yahut ağırlaşmasının mücbir sebep oluşturmadığını öne sürmekte haklıdır.”<sup>501</sup>

Özellikle ekonomik güçlükler dayanan birçok mücbir sebep iddiası; “imkansızlık” koşulu sağlanamadığından reddedilmiştir. Örneğin *Russian Indemnity*<sup>502</sup> tahkim davasında Türkiye borcunu ödeyememe gerekçesi olarak 1881-1902 yılları arasında yaşanan ekonomik güçlükler nedeniyle mücbir sebep içerisinde olduğunu öne sürmüştür. Ancak mücbir sebep hakem mahkemesince bir prensip olarak kabul edilse de, ödemenin maddi olarak imkansız olmadığı gerekçesiyle Türkiye’nin bu savunması reddedilmiştir.<sup>503</sup> Ancak hakem mahkemesi bu sonuca varırken, söz konusu yıllar arasında Türkiye’nin karşılaştığı güçlükleri incelememiş ve somut olayda bunların bir mücbir sebep oluşturup oluşturmadığını değerlendirmemiştir.<sup>504</sup>

*Serbian Loans* davasında da Sırbistan borcunu ödeyememe gerekçesi olarak mücbir sebebi öne sürmüştür. Sırbistan savaştan sonra borçlarını altın frank ile ödemesinin imkansız hale geldiğini ve bu durumun oluşturduğu mücbir sebep nedeniyle Fransız vatandaşlarına borçlarını ödeyemediğini savunmuştur. Sözleşme hükümlerini inceleyen USAD, Sırbistan’ın yükümlülüğünün ya altın frank yahut eşit değerdeki banknot frank ile ödeme yapmak olduğunu tespit etmiştir. Her ne kadar dönüştürmeden sonra ödenecek meblağ büyük olsa da; Sırbistan hükümetinin ödemesi imkansız değildir.<sup>505</sup>

Uluslararası hukukta anlaşmalar bakımından da “imkansızlık” a bazı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Anlaşmalar hukukunda imkansızlık durumu 1969 Viyana

---

<sup>501</sup> *Rainbow Warrior*, s. 253.

<sup>502</sup> Russian Claim for Interest on Indemnities (Damages Claimed by Russia for Delay in Payment of Compensation Owed to Russians Injured During the War of 1877-1878), Russian Federation v Turkey, Permanent Court of Arbitration, Award, 11 November 1912, UNRIAA, vol. XI (Sales No. 61.V.4), s. 421.

<sup>503</sup> *Ibid.*, s. 443 .

<sup>504</sup> Björklund, “Emergency Exceptions”, s. 501.

<sup>505</sup> *Serbian Loans Case*, s. 33–40.



Sözleşmesi “sonraki imkansızlık” başlığını taşıyan 61. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>506</sup> Buna göre, anlaşmanın ifası için kaçınılmaz olan bir nesnenin daimi olarak yok olması ya da zarar görmesi anlaşmayı sona erdirme veya anlaşmadan çekilme sebebidir.

Anlaşmalar hukuku bakımından imkansızlık durumu ile sorumluluk hukuku bakımından imkansızlık durumu (mücbir sebep) karşılaştırılacak olursa; anlaşmalar açısından daha yüksek bir eşik arandığı görülecektir. 1969 Viyana Sözleşmesi’nin görüşüldüğü BM konferansında anlaşmaların istikrarı adına 61. maddenin dar şekilde düzenlenmesi istenmiş ve bir anlaşmanın sonraki imkansızlık nedeniyle sona erdirilmesi için daha yüksek bir zorluk derecesi aranmıştır.<sup>507</sup> Yine devletlerin yaşadığı ekonomik güçlüklerin anlaşmalar hukuku bakımından bir imkansızlık sebebi olması gündeme gelmişse de; bu öneri çoğunluk tarafından kabul görmemiştir.<sup>508</sup>

*Gould Marketing v Ministry of National Defense of Iran* kararında şirket temsilcisinin İran’daki mevcudiyeti ve belirli hizmetleri sağlaması mücbir sebep nedeniyle geçici olarak imkansız hale geldiğinden; Bakanlık da yapmadığı ödeme nedeniyle sorumlu tutulmamıştır. Söz konusu olayda Bakanlık’ın ödeme

---

<sup>506</sup> **Madde 61**

**Sonraki imkansızlık**

1. Bir tarafın bir andlaşmayı ifa etme imkansızlığını andlaşmayı sona erdirme veya ondan çekilme gerekçesi yapabilmesi için, imkansızlığın andlaşmanın ifası için kaçınılmaz olan bir nesnenin daimi olarak ortadan kalkması veya tahrip olmasından ileri gelmesi gerekir. İmkansızlık geçici ise, ancak andlaşmanın yürürlüğünü askıya alma sebebi yapılabilir.

2. İfa imkansızlığı, bir tarafın gerek anlaşmadan doğan bir yükümlülüğünü, gerekse andlaşmanın diğer herhangi bir tarafına karşı borçlu olunan diğer herhangi bir yükümlülüğünü ihlal etmesi neticesi meydana gelmişse, o taraf, andlaşmayı sona erdirme, andlaşmadan çekilme veya yürürlüğünü askıya alma gerekçesi olarak bu imkansızlığa dayanamaz.

<sup>507</sup> **ILC Commentaries**, Art. 23, para. 4.

<sup>508</sup> *Gabcikovo-Nagymaros* davasında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “md.61 prg 1 (imkansızlık nedeniyle anlaşmanın sona ermesi için) anlaşmanın yerine getirilmesi bakımından olmazsa olmaz bir nesnenin kalıcı olarak ortadan kaybolmasını veya tahrip olmasını aramaktadır. Konferans sırasında ciddi finansal güçlükler nedeniyle belirli ödemelerin yapılmasının imkansız hale gelmesi gibi durumları da içerecek şekilde madde kapsamının genişletilmesi önerilmiştir. Bu gibi durumların anlaşma yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinden kaynaklanan hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı kabul etseler de, katılan devletler böyle bir durumu anlaşmanın sona erdirilmesi veya askıya alınması sebebi olarak kabul etmeye hazır olmayıp, kendilerini daha dar bir kavram ile sınırlamayı tercih etmişlerdir.” *Gabcikovo-Nagymaros* davasında verilen kararın bir analizi için: bkz. Cavid Abdullahzade, “*Gabcikovo-Nagymaros* Davası Kararı’nda Uluslararası Adalet Divanı’nın 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’ne İlişkin Değerlendirmeleri”, **MHB** (Prof. Dr. Aslan Gündüz’e Armağan), Vol. 25-26, No.1-2, 2005, ss. 1-21.

yapmamasının maddi olarak imkansız olup olmadığı üzerinde durulmamış; davacının yükümlülüğünü yerine getirmesinin imkansız hale gelmesi sebebiyle davalının da ödemelere devam etmekten sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir.<sup>509</sup>

*Sylvania Technical Systems v Iran*<sup>510</sup> kararına göre. mücbir sebebe başvuran taraf, mücbir sebep koşullarının söz konusu somut akdi yükümlülük bakımından var olduğunu kanıtlamak zorundadır.<sup>511</sup> Yani genel olarak mücbir sebep halinin mevcut olduğunun tespit edilmesi, dolayısıyla yükümlülük ihlalinin mücbir sebebin varlığı nedeniyle mazur görülmesi söz konusu olamaz. Mücbir sebebin yarattığı imkansızlık durumunun her bir özel yükümlülük bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Bu belirlemeden hareketle hakemlik, mücbir sebebin geçerli kabul edileceği zaman dilimine ilişkin tespitlerde bulunmuştur. İran devrimi öncesi ve sonrasındaki koşulları değerlendiren hakem heyeti, yalnızca belirli bir dönem için mücbir sebebinin varlığını kabul etmiştir. Hakem mahkemesine göre hem Sylvania şirketi hem de İran, aralarındaki akdin ifasını 15 Şubat 1979 tarihi itibarıyla büyük ölçüde durdurmuştur. Aralık 1978 ile bu tarih arasında mücbir sebep koşullarının var olduğunu kabul eden hakem mahkemesi her iki tarafı da yükümlülüklerini yerine getirmemekten sorumlu tutmamıştır.<sup>512</sup> Ancak İran 1979 yılının Temmuz ayında dahi mücbir sebebin mevcut olduğunu savunmuştur.

Hakem mahkemesine göre İran 1979 yılının Temmuz ayında halen mücbir sebep koşullarının mevcut olduğuna ilişkin yeterli delil sunamamıştır.<sup>513</sup> Hakemlik her bir özel yükümlülük bakımından değerlendirme yapılması gerektiğini belirterek mücbir sebep koşullarının genel olarak hangi tarihlerde var olduğunu tespit etmekten kaçınmıştır. Temmuz 1979 tarihi için mücbir sebebin varlığını kabul etmemesinin nedeni İran'ın bu iddiasını ispatlayamamasıdır.<sup>514</sup>

---

<sup>509</sup> *Gould Marketing v Ministry of National Defense of Iran*, Award, s. 153.

<sup>510</sup> *Sylvania Technical Systems, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-US Claims Tribunal, Award No. 180-64-1, 27 June 1985, **Iran-US Claims Tribunal Reports**, Vol. VIII, s. 298 vd.

<sup>511</sup> *Ibid.*, s. 312.

<sup>512</sup> *Ibid.*, s. 308.

<sup>513</sup> *Ibid.*, s. 312.

<sup>514</sup> Hakemliğe göre İran askeri istihbarat faaliyetlerine ilişkin bir projede artık Amerikan şirketleri ile çalışılmaması yönünde alınan siyasi kararın neticesi olarak anlaşmaya (akde) son vermiştir. *Ibid.*, s. 312-313.

#### iv. Mücbir Sebebin Ortaya Çıkmasına Öne Süren Devletin Neden Olmaması

Mücbir sebep yaratan duruma, bunu öne süren devlet sebep olmuşsa eylemin hukuka aykırılığı ortadan kalkmayacaktır. ILC Maddeleri md. 23 metninde mücbir sebebe *tek başına ya da diğer unsurların da katkısıyla, bunu ileri süren devletin tasarrufu*”nun neden olmaması gerektiği belirtilmiştir. Bu ifadeden mücbir sebebin ortaya çıkmasında devletin herhangi bir katkısından değil; bizzat mücbir sebebin ortaya çıkmasına neden olan esaslı<sup>515</sup> bir katkısından söz edildiği anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla söz konusu istisnanın uygulanabilmesi için; devletin mücbir sebebin ortaya çıkmasında esaslı nitelikte olmayan katkıları yeterli olmayacaktır.

*Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) v Burundi*<sup>516</sup> kararında devletin mücbir sebep durumunun ortaya çıkmasına bizzat neden olduğu ve dolayısıyla bu mazerete başvuramayacağına hükmedilmiştir: Burundi devleti barışa karşı tehdit ve devletin iç ve dış güvenliğini öne sürerek Libya ile diplomatik ilişkilerini kesmiş ülkesinde bulunan tüm Libya vatandaşlarını sınır dışı etmiştir. Sınır dışı edilen kişiler arasında Burundi tarafından işletilen ve Libya vatandaşı kişilerce yönetilen HALB isimli şirketin iki yöneticisi de vardır. Burundi devleti, Libyalı temsilcilerin HALB’in yönetimine katılamaması nedeniyle şirketin faaliyetlerini yerine getirmesinin imkansız hale geldiğini öne sürerek HALB’in tasfiyesini istemiştir.<sup>517</sup> Burundi bu durumu “objektif imkansızlık” olarak tanımlamış ve tasfiyenin objektif imkansızlığa dayanması nedeniyle hukuka uygun olacağını savunmuştur. Hakem mahkemesi söz konusu imkansızlık durumunu diğer bazı kurallar yanında mücbir sebep bakımından da değerlendirmiştir:

<sup>515</sup> ILC Commentaries, Art. 23, para. 9.

<sup>516</sup> *Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) v Burundi*, Award, 4 March 1991, **International Law Reports**, vol. 96, s. 279.

<sup>517</sup> *Ibid.*, s. 300-301.

“ileri sürülen imkansızlık, devletin kontrolünün dışında karşı konulamaz bir kuvvet veya öngörülemez bir olayın sonucu olarak ortaya çıkmamıştır. Aslında imkansızlık, devletin tek taraflı bir kararının sonucudur ve bu nedenle devletin maddi imkansızlık durumunun ortaya çıkmasına katkıda bulunması halinde mücbir sebebin söz konusu olamayacağını bildiren ikinci paragraf kapsamına girmektedir.”<sup>518 519</sup>

*Gould Marketing v Ministry of National Defense of Iran* davasında her iki taraf da karşı tarafın sözleşmeyi ihlal ettiğini savunmuştur. İran Savunma Bakanlığı, Gould şirketinin Aralık 1978’de temsilcisini İran’dan geri çekmesinin bir ihlal oluşturduğunu; Gould ise Bakanlık tarafından yapılmayan bazı ödemelerin bir ihlal teşkil ettiği kanaatindedir. Ancak Gould’a göre koşullar Bakanlık’ın yükümlülükleri açısından bir mücbir sebep oluşturmamaktadır; çünkü bu koşullar İran’ın kontrolü dışında meydana gelen olayların sonucu değil; İran hükümetine atfedilebilir eylemlerin sonucudur. Benzer biçimde Bakanlık da Gould’un eylemleri açısından mücbir sebebin geçerli olmadığı kanaatindedir. Hakem mahkemesi her iki tarafın iddiasını da reddederek mücbir sebebin her iki tarafın eylemini de mazur kıldığına karar vermiştir<sup>520</sup>:

Buna göre, Bakanlık’ın Haziran 1979’da Gould şirketine ödeme yapmayarak yükümlülüklerini askıya alması mücbir sebep nedeniyle mazur görülmelidir; çünkü hükümetin bu tarihe kadar söz konusu koşulların devam etmesinden sorumlu olduğu yönünde bir kanıt yoktur.<sup>521</sup> Şubat-Haziran 1979 arasındaki süre boyunca İslam Cumhuriyeti belirli ölçüde devrimin gidişatını kontrol altında tutmaktadır ancak personelin dönüşünü imkansız hale getiren koşulların devam etmesinde sorumlu olduğu yönünde pek az kanıt ortaya konmuştur. Bu kanıtlar, mücbir sebep koşullarının söz konusu aylarda devlete atfedilebilir koşullara dönüştüğünü ve bu nedenle ödeme yapmamanın akdin ihlali niteliğinde olduğunu göstermek bakımından yetersizdir.<sup>522</sup>

---

<sup>518</sup> **Ibid.**, s. 317-318.

<sup>519</sup> Karar tarihinde mücbir sebebin güncel düzenlemesi ILC tarafından 1979 yılında kabul edilen sorumluluğa ilişkin kurallardır. 1979 tarihli kuralların 31.’sinde düzenlenen mücbir sebep, günümüzdeki nihai metin olan 2001 tarihli kurallarda 25. maddede yer almaktadır.

<sup>520</sup> Aldrich, **Iran-United States Claims Tribunal**, s. 308.

<sup>521</sup> *Gould Marketing v Iran*, Award, s. 152-153.

<sup>522</sup> **Ibid.**, s. 152-153.

## v. Mücbir Sebebin Varlığını Öne Süren Devletin Mücbir Sebep Tehlikesini Göze Almış Olmaması

Devletin mücbir sebebin ortaya çıkma tehlikesini göze aldığı ya da kabullendiği durumlarda da mücbir sebep ileri sürmesi mümkün değildir. Devletin bu tehlikeyi göze alıp almadığı üstlendiği yükümlülükler, eylemlerine veya tek taraflı işlemlerine bakılarak anlaşılabilir.<sup>523</sup> Örneğin devletin üstlendiği yükümlülük mücbir sebebi önleme yükümlülüğünü içeriyor olabilir ya da devlet mücbir sebep meydana geldiği takdirde oluşacak sorumluluğu kabul etmiş olabilir. Ancak devletin tehlikeyi kabullenmiş olduğunun yorumuna gerek bırakmayacak biçimde açık olması ve bu kabulün yükümlü olunanlara yönelik olması gerekir.<sup>524</sup>

### C. Zaruret Hali

#### 1. Genel Olarak

Zaruret hali<sup>525</sup>, bir devletin temel bir menfaatini korumak amacıyla yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, bu davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir haldir. ILC Maddeleri'nde zaruret hali şu şekilde düzenlenmiştir:

#### “Madde 25 Zaruret Hali

1. Zaruret hali, bir devlet tarafından o devletin uluslararası yükümlülüğü ile uyuşmayan bir eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmak için eylem şu şartları taşımadıkça bir gerekçe olarak öne sürülemez:

(a) Bir devlet tarafından ağır ve yakın tehlikeye karşı esaslı bir menfaati korumanın tek yolu olması, ve

<sup>523</sup> ILC Commentaries, Art. 23, para. 10.

<sup>524</sup> Ibid.

<sup>525</sup> Uluslararası hukukta zaruret hali hakkında detaylı bilgi ve zaruret halinin yatırım tahkimi de dahil olmak üzere farklı açılardan ele alındığı monografik bir çalışma için bkz. Miray Azaklı Köse, **Milletlerarası Sorumluluk Hukukunda Zaruret Hali**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.

(b) Yüklümlülüğün kendilerine karşı olduğu devlet ya da devletlerin ya da uluslararası toplumun bir bütün olarak esaslı bir menfaatini ciddi olarak zedelememelidir.

2. Her halükarda

(a) Eğer söz konusu uluslararası yüklümlülük zaruret halinin öne sürülmesi olasılığını dışlıyorsa, veya devlet zaruret hali durumuna katkıda bulunmuşsa, zaruret hali hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir gerekçe olarak öne sürülemez.”

Modern uluslararası hukukta zaruret hali, kuralın geçmişteki biçimi olarak kabul edilen kendi koruma prensibinden farklı olarak devletin hayati çıkarları ile sınırlı bir kavram olarak değerlendirilmeyip “esaslı bir menfaatin korunması” şartına bağlandığından uygulanma kapsamının geniş olduğu düşünülebilir. Gerçekten de devletin korumaya yöneldiğı menfaatin ekonomik, çevresel, askeri veya başka bir nitelikte olması mümkündür. Bununla birlikte söz konusu menfaatin “ağır ve yakın bir tehlikeye karşı” korunması koşulu ve bu amaçla yerine getirilen eylemin menfaati korumanın “tek yolu” olması ya da eylemin zaruret halinin ortaya çıkmasına katkıda bulunmamış olması gibi diğer koşullar geçerli bir zaruret hali savunması öne sürülmesi ihtimalini zayıflatmaktadır. Maddenin zaruret halinin belirli şartların mevcut olmadığı durumlarda “öne sürülemeyeceğı” biçiminde negatif bir dille kaleme alınmış olması da, zaruret halinin ancak istisnai koşullarda ve ender olarak başvurulacak bir mazeret olarak öngörüldüğünü ortaya koymaktadır.

Zaruret hali mücbir sebepten farklı olarak, devletin hukuka uygun davranmak konusunda bir seçim yapma şansının olduğu ancak çok önemli bir menfaatini tehlikeye atmak zorunda kaldığından hukuka uygun davranmasının kendisinden beklenemeyeceğı durumlara ilişkindir. Aşağıda detaylı olarak incelenecek olmakla birlikte, günümüzde zaruret halinin örf ve adet hukuku kuralı niteliğinde olduğu konusunda pek fazla tartışma bulunmamaktadır.

ILC Maddeleri ışığında, geçerli bir zaruret haline başvurmanın koşulları şunlardır:

- (1) Devletin esaslı bir menfaatinin söz konusu olması,
- (2) Esaslı bir menfaate yönelik ağır ve yakın bir tehlike bulunması,

- (3) Yükümlülüğe aykırı eylemin menfaati korumanın tek (yegâne) yolu olması,
- (4) Kendilerine karşı yükümlü olunan diğer bir devlete veya uluslararası topluma ait olan başka bir esaslı menfaate zarar verilmemesi,
- (5) Devletin ihlal ettiği yükümlülüğün zaruret hali öne sürmeyi engellememesi,
- (6) Devletin zaruret halinin ortaya çıkmasına katkıda bulunmamış olması.

## **2. Uluslararası Yatırım Hukukunda Zaruret Hali ve Unsurları**

### **a. Genel Olarak**

Yatırım hukuku alanındaki zaruret hali uygulamaları, anlaşmalarda olağanüstü dönemlere ilişkin açık ve şüpheye mahal bırakmayan düzenlemelere yer verilmesinin önemini ortaya koymaktadır. Mücbir sebep gibi “imkansızlık” durumlarının 1969 Viyana Sözleşmesi 61. maddesi uyarınca uluslararası anlaşmalar üzerinde anlaşmanın askıya alınması veya sona ermesi sonucu doğurması mümkün iken, devletin esaslı bir menfaatinin tehlikede olduğu zaruret hali bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Bu bakımdan ilgili yatırım anlaşmasının olağanüstü koşullarda uygulanmasına devam edilip edilmeyeceği ve hangi koşullarda olağanüstü bir durumun ortaya çıktığının örf ve adet hukuku kurallarına başvurmaya gerek bırakmayacak şekilde anlaşmada düzenlenmesi son derece önemlidir. Hiçbir düzenlemeye yer verilmediği ya da düzenlemenin muğlak biçimde kaleme alındığı durumlarda devletin sorumluluğu örf ve adet hukuku kuralları ışığında yorumlanacaktır; ki bu takdirde devletin içinde bulunduğu koşullar son derece ağır ve yerine getirmesi zor şartlar altında değerlendirileceğinden devletin eyleminden sorumlu tutulması yüksek bir olasılıktır.

### **b. Zaruret Halinin Unsurları**

## i. Devletin Esaslı Bir Menfaatinin Tehlikede Olması

Zaruret halinin öne sürülebilmesi için devletin mutlaka esaslı bir menfaatinin tehlikede olması gerekir. Yani zaruret haline ancak devletin önemli sayılacak bir menfaati söz konusu ise başvurulabilir.

Maddede esaslı menfaat tanımlanmadığı gibi, uluslararası hukukta devlete ait esaslı menfaatlerin neler olduğu konusunda bir liste ya da görüş birliği mevcut değildir. Temel menfaatlerin neler olduğunun önceden belirlenemeyeceği ve her somut olaydaki koşullara göre değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>526</sup> Gerçekten de devletlerin içinde bulunabileceği sonsuz olasılıktaki durumlar düşünülecek olursa, böyle bir belirlemenin önceden yapılması hem çok zordur; hem de yapıldığı takdirde zaten ağır koşullara bağlanmış olan maddenin gereksiz biçimde sınırlandırılmasına yol açabilir.

Madde metninde zaruret halini öne süren *devletin esaslı bir menfaatinden* değil; yalnızca *esaslı bir menfaatten* söz edilmektedir. Bunun bilinçli bir tercih olduğu açıkça belirtilmemiş ise de, temel menfaatin bir devlete ve halkına ait olabileceği gibi, bir bütün olarak uluslararası topluma da ait olabileceği ifade edilmiştir.<sup>527</sup> Öyle ise devlet yalnızca kendine ait olan bir temel menfaati korumak için değil; uluslararası topluma ait bir temel menfaati korumak için de normal koşullarda hukuka aykırı sayılacak bir eylemi gerçekleştirebilir.

Esaslı menfaatin türü bakımdan sınırlama öngörülmemiş olması, farklı sebeplere dayanarak zaruret haline başvurulabilmesini sağlamıştır. Temel bir menfaatin söz konusu olabileceği durumlara örnek olarak çevrenin korunması, olağanüstü hal sırasında devlet ve halkın mevcudiyetinin korunması, sivil nüfusun güvenliğinin sağlanması gösterilebilir.<sup>528</sup> ILC Maddeleri özel raportörü Roberto Ago

<sup>526</sup> Commentaries, Art. 25, para. 15; *Report of the International Law Commission on the Work of Its Thirty-Second Session*, (5 May-25 July 1980), UN Doc. A/35/10, para. 32. [Bundan sonra “**ILC Report (1980)**”]

<sup>527</sup> **ILC Commentaries**, Art. 25, para. 15

<sup>528</sup> **Ibid.**, para. 14.



zaruret haline örnek olarak devletin varlığına, siyasi veya ekonomik devamlılığına, temel fonksiyonlarını yerine getirmesine, iç barışın veya ülkesinin belirli bir bölümünün korunmasına yönelik ciddi bir tehlike ile karşı karşıya kalmasını göstermiştir.<sup>529</sup> Yatırım hukuku açısından ise ekonomik krizin devletin temel menfaatleri açısından yarattığı tehlikeler öne çıkmaktadır. Modern uluslararası hukukta zaruret haline başvurabilmek için mutlaka devletin varlığını veya devamlılığını tehdit edecek ağırlıkta bir tehlikenin mevcut olmasını arayan anlayış terk edilmiştir. Zaruret hali devletin varlığına yönelik tehditleri kapsadığı gibi, örnek verdiğimiz başka esaslı sayılabilecek menfaatleri de korumaktadır. ILC esaslı menfaat konusunda çok yüksek bir standart belirleyerek zaruret hali savunmasını anlamsız hale getirmekten veya çok düşük bir standart belirleyerek yükümlülüğün ihlali halinde kolaylıkla dayanılan bir mazeret haline getirmekten kaçınmıştır.<sup>530</sup>

Ekonomik kriz sırasında aldığı önlemler dolayısıyla yabancı yatırımcılar tarafından dava edilen Arjantin'in zaruret hali bakımından esaslı menfaati öncelikle ekonomik menfaatler olmakla birlikte, korunmak istenen esas menfaatler ekonomik bir felaketin yol açabileceği ciddi sosyal veya siyasi olumsuzluklardır. Yani ekonomik krizin tehlikeye düşürdüğü menfaatler yalnızca ekonomik nitelikli olmayıp zaruret halinin tipik olarak korumayı amaçladığı toplumun yaşamını sürdürebilmesi veya devletin mevcudiyeti veya devlet olma fonksiyonlarını yerine getirebilmesine ilişkin menfaatler söz konusudur.

Elbette her ekonomik güçlüğü devletin yükümlülüklerine aykırı davranmasını mazur kılması mümkün değildir. Bu bakımdan esaslı menfaatin tehlikede olup olmadığı, krizin ağırlığına göre belirlenecektir.

*CMS v Argentine* davasında mahkeme öncelikli olarak esaslı bir menfaatin tehlikede olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme yol açacağı tüm sosyal ve siyasi sonuçları ile birlikte, büyük bir krizi önlemenin devletin esaslı bir menfaatini teşkil

---

<sup>529</sup> **Ago Report**, s. 3.

<sup>530</sup> Björklund, "Emergency Exceptions", s. 477.

edebileceğini kabul etmiştir.<sup>531</sup> Ancak önemli olan ekonomik krizin bu denli ağır olup olmadığını tespit etmektir.<sup>532</sup>

Arjantin'in yaşadığı ekonomik krizin ağırlığı konusunda farklı görüşler mevcuttur: Arjantin devleti ve bazı ekonomistler krizin “felaket ölçüsünde” olduğu görüşünde iken, diğer bazı ekonomistler bu denli ağır olmadığını savunmuştur. Mahkeme krizin ağır olduğunu kabul etmekle birlikte, krize atfedilen göreceli (*relative*) etkinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaya elverişli olmadığına karar vermiştir.<sup>533</sup> Konuyu incelemeye geçmeden önce Arjantin ekonomik krizinin zaruret hali oluşturup oluşturmadığını belirlemenin çok zor bir görev olduğunu; çünkü kriz hakkında pek çok farklı görüşün mevcut olduğunu ve bu görüşlerin siyasi tesir altında kaldığını<sup>534</sup> belirten mahkeme, krizin ağırlığı konusu şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

Mahkemeye göre kriz ağır olmakla birlikte ekonomik veya sosyal bir çöküş ile sonuçlanmamıştır. Dünyanın farklı bölgelerindeki ülkeleri etkileyen diğer modern krizler göz önüne alındığında, bu krizler uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin ortadan kalkması ile sonuçlanmamıştır. Yeniden müzakere, uyarılma veya erteleme söz konusu olsa bile, yükümlülüğün özüne dokunulmamıştır.<sup>535</sup>

*Enron v Argentine* davasında da krizin ağırlığı konusunda uzmanların farklı görüşlere sahip olduğuna değinildikten sonra, krizin ağır olmakla birlikte devletin varlığını veya bağımsızlığını tehlikeye sokan bir nitelikte olmadığına ve devletin esaslı bir menfaatinin söz konusu olmadığına karar verilmiştir. Mahkemeye göre kamu düzenine ilişkin veya toplumsal karışıklıklar yürürlükteki anayasal düzenlemelere göre çözümlenecek siyasi istikrarsızlıklar olarak ele alınmalıdır.<sup>536</sup> *Sempre v Argentine* davasında mahkeme *Enron v Argentine* kararındaki ifadelerin

---

<sup>531</sup> *CMS v Argentine*, Award, para. 319.

<sup>532</sup> *Ibid.*, para. 319.

<sup>533</sup> *Ibid.*, para. 320-321.

<sup>534</sup> *Ibid.*, para. 318.

<sup>535</sup> *Ibid.*, para. 355.

<sup>536</sup> *Enron v Argentine*, Award, para. 306.

aynısını yineleyerek krizin ağır olmakla birlikte devletin esaslı bir menfaatini tehdit etmediğine karar vermiştir.<sup>537</sup>

*LG&E v Argentine* davasında korunan menfaatin devlet açısından esaslı bir menfaat olması gerektiği, ancak esaslı menfaati devletin varlığına ilişkin olanlar ile sınırlı olmadığı belirtilmiştir. Buna göre ekonomik, finansal veya devletin iç veya dış koşullarını ciddi biçimde tehdit eden herhangi bir tehlikeden korunmasına ilişkin menfaati de esaslı menfaat olarak kabul edilmektedir.<sup>538</sup> Roberto Ago'nun belirttiği gibi esaslı menfaat ekonomiye, çevreye veya diğer başka konulara ilişkin olabilir.<sup>539</sup> James Crawford'ın esaslı menfaatin *a priori* belirlenemeyeceği, ancak korunan menfaatin devletin varlığına ilişkin olmasının da gerekmediği, çünkü meşru müdafaanın amacının zaten devletin varlığını korumak olduğuna ilişkin görüşünü<sup>540</sup> alıntılamanın mahkeme, bir menfaatin ne kadar esaslı olduğunun belirlenmesinde, her somut olay bakımından devletin içinde bulunduğu özel durumun ve koşulların değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>541</sup> Sonuçta Arjantin devletinin esaslı menfaatinin 2001 yılının Aralık ayından belirli bir tarihe kadar tehdit edildiğine karar vermiştir.<sup>542</sup>

## **ii. Esaslı Menfaate Yönelik Ağır ve Yakın Bir Tehlikenin Varlığı**

Zaruret halinin önemli unsurlarından biri de esaslı menfaate yönelik tehlikenin ağır ve yakın olmasıdır. Ancak hangi durumlarda tehlike ağır ve yakın olarak nitelendirilecektir? Esaslı menfaat bakımından bir belirleme yapılmadığı gibi, ağırlık ve yakınlığın seviyesi konusunda da bir belirleme yapılmamıştır. ILC *objektif olarak varlık kazanmış ve bir olasılıktan ibaret olmayan* bir tehlikenin var olması

<sup>537</sup> *Sempra v Argentine*, Award, para. 348.

<sup>538</sup> *LG&E v Argentine*, Award, para. 251.

<sup>539</sup> Kararda şu belgeden alıntı yapılmıştır: *Draft Articles Submitted by Mr. Ago*, State responsibility (continued) (A/CN.4/318/Add.5- 7, A/CN.4/328 and Add.1-4), **Yearbook of the ILC**, 1980, Vol. I, s. 174.

<sup>540</sup> *Second Report on State Responsibility*, by Mr. James Crawford, UN Doc. A/CN.4/498/Add 2, s. 30.

<sup>541</sup> *LG&E v Argentine*, Award, para. 252.

<sup>542</sup> **Ibid.**, para. 257.

gerektiğini belirtmektedir.<sup>543</sup> Yani esaslı bir menfaate yönelik *güncel* bir tehdidin söz konusu olması gerekir.<sup>544</sup>

Bir tehlikenin yalnızca bir olasılık mı yoksa gerçekten güncel bir tehdit mi olduğunun belirlenmesi her zaman kolay olmayabilir. Çevrenin korunması gibi veya büyük yapıların güvenliğinin sağlanması gibi konularda bilimsel veriler veya uzman görüşleri bir tehdidin olup olmadığı veya tehdidin ne kadar ağır ve yakın olduğu konusunda farklı sonuçlara varabilir. *Gabcikovo-Nagymaros* davasında makul ölçüde delil ortaya konduğu takdirde, geleceğe ilişkin bir miktar belirsizliğin devleti zaruret haline başvurmaktan alıkoymayacağı belirtilmiştir.<sup>545</sup>

*CMS v Argentine* davasında mahkeme, ekonominin tamamen çökmesi tehlikesine karşı ve durumun daha da kötüleşmesini önlemek için hükümetçe alınan önlemlerin mazur görülebileceğini; ancak krizin göreceli etkisinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaya cevaz vermediğine karar vermiştir. Mahkemenin esaslı menfaat unsuruna ilişkin değerlendirmesindeki belirsizlik, bu unsur bakımından da mevcuttur.

*Enron v Argentine* davasında hükümetin durumun kötüleşmesini önlemekle yükümlü olduğu, olayları doğal akışına bırakmasının beklenemeyeceği ancak somut olayda durumun kontrol edilemez hale geldiği veya başedilemez olduğunun söylenemeyeceğine karar verilmiştir.<sup>546</sup> *Sempre v Argentine* davasında mahkeme *Enron v Argentine* kararındaki ifadeleri yineleyerek olayların kontrol edilemez hale geldiğine ilişkin ikna edici kanıt bulunamadığına, dolayısıyla ağır ve yakın tehlike şartının gerçekleşmediğine karar vermiştir.<sup>547</sup>

*LG&E v Argentine* davasında menfaatin ciddi ve yakın bir tehlike nedeniyle tehdit edilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme, ILC Maddeleri özel raportörlerinin görüşlerine atıf yaparak tehdidin “son derece ağır” (*extremely grave*) ve yakın olması ve yalnızca bir olasılıktan ibaret olmaması gerektiğini tekrarlamıştır.

<sup>543</sup> ILC Commentaries, Art. 25, para. 15.

<sup>544</sup> ILC Report (1980), para. 33.; Ago Report, para. 13.

<sup>545</sup> *Gabcikovo-Nagymaros Case*, para. 16.

<sup>546</sup> *Enron v Argentine*, Award, para. 307.

<sup>547</sup> *Sempre v Argentine*, Award, para. 349.

Mahkemenin yakın unsurundan anladığı tehlikenin pek yakında gerçekleşecek olmasıdır.<sup>548</sup>

Mahkeme tehdidin belirli bir dönem süresince zaruret halinin kabulünü gerektirecek derecede ağır olduğuna karar vermiştir. Bu dönem 1 Aralık 2001 ile 26 Nisan 2003 arasındaki dönemdir.<sup>549</sup> Mahkemeye göre Arjantin varlığını, ekonomik ve siyasi devamlılığını, temel hizmetlerin sürdürülmesini ve iç barışının korunmasını tehdit eden son derece ciddi bir tehdit ile karşı karşıya kalmıştır.<sup>550</sup>

### **iii. Yükümlülüğe Aykırı Eylemin Esaslı Menfaati Korumanın Tek Yolu Olması**

Hukuken geçerli bir zaruret hali ancak devletin esaslı bir menfaatini korumak için hukuka aykırı eylemi yerine getirmekten başka bir seçeneğinin olmadığı durumlarda söz konusudur. Yani ilgili eylem, menfaati korumanın yegâne yolu olmalıdır.

Eğer menfaati korumak için hukuka uygun başka bir yol mevcut ise, bu yol çok daha masraflı veya daha az elverişli dahi olsa, “tek yol” olma koşulu gerçekleşmemiştir.<sup>551</sup> Yani devletten bu masrafa veya zorluğa katlanarak menfaati korumak için hukuka uygun olan yola başvurması beklenmektedir.

*Gabcikovo-Nagymaros* davasında UAD projenin tek taraflı olarak askıya alınması ve sona erdirilmesinin hali hazırda tamamlanmış işler ve harcanan para göz önüne alındığında menfaati korumanın tek yolu olmadığına karar vermiştir. Buna göre hem çevrenin korunması hem de Budapeşte’ye su sağlanması yönündeki menfaatlerin korunması için hukuka uygun başka yollara başvurmak mümkündür. UAD’a göre bu alternatif yolların maliyeti de belirleyici bir faktör değildir.<sup>552</sup>

<sup>548</sup> *LG&E v Argentine*, Award, para. 253.

<sup>549</sup> *Ibid.*, para. 266.

<sup>550</sup> *Ibid.*, para. 257.

<sup>551</sup> *ILC Commentaries*, Art. 25, para. 16; *ILC Report (1980)*, para. 33.

<sup>552</sup> *Gabcikovo-Nagymaros Case*, para. 55-57.

Burada Şu soru akla gelebilir: Devletin katlanması beklenen ekstra maliyetin bir sınırı var mıdır? Diğer bir deyişle, masrafın devletin katlanması beklenemez bir düzeyde olması durumunda, hukuka uygun diğer yolların bir alternatif olarak değerlendirilemeyeceği sŧylenebilir mi? UAD kararında buna ilişkin bir açıklama getirmemiŐ ise de, yaptığı akıl yŧrŧtmeden alternatif yolun maliyetinin, bu yolun kendisinin devletin esaslı bir menfaatine yŧnelik tehdit haline dŧnŧŐmesine yol açacak bŧyŧklŧkte olmaması gerektiği anlaşılmaktadır.<sup>553</sup>

*CMS v Argentine* davasında Arjantin'in aldığı ŧnlemlerin menfaati korumanın tek yolu olup olmadığı konusunun tartışmalı olduğu belirtilmiştir. Ekonomistler başvurulabilecek alternatif yollar konusunda farklı gŧrŧŐlere sahiptir. Mahkeme alternatif politikalardan hangisinin daha iyi olduğunu belirlemenin gŧrevi dışında olduğunu, yalnızca alternatif bir yol olup olmadığını belirleyeceğini açıklamıştır.<sup>554</sup> ILC'nin daha az masraflı ya da daha az elverişli olsa dahi, hukuka uygun başka yollar olduğu takdirde alternatiflerin var olduğunun kabul edilmesi gerektiği yŧnŧndeki gŧrŧŐŐne atıf yapan mahkeme, Arjantin'in aldığı ŧnlemlerin menfaati korumanın tek yolu olmadığına karar vermiştir.<sup>555</sup> Ancak alternatif yolların hangileri olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır.

*Enron v Argentine* davasında dŧnya genelindeki ekonomik krizlerin, bu gibi durumlarla baş etmede birçok yol ve yŧntemin mevcut olduğunu gŧsterdiđi; Arjantin'in durumunda bu yollardan hiçbirisinin mevcut olmadığını sŧylemenin mŧmkŧn olmadığı belirtilmiş ve olađanŧstŧ hal kanunu uyarınca alınan ŧnlemlerin krizle baş etmenin tek yolu olmadığına karar verilmiştir.<sup>556</sup>

*Sempra v Argentine* davasında da *Enron v Argentine* kararındaki ifadeler tekrarlanarak aynı sonucu varılmıştır.<sup>557</sup>

Zaruret haline ilişkin ŧrf ve adet hukukunun uygulanmasından ziyade anlaşmanın XI. maddesini uygulayan *Continental Casualty v Argentine* hakem

---

<sup>553</sup> Roman Boed, "State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct", **Yale Human Rights & Development Law Journal**, Vol. III, No. 1, 2000, ss. 1-43, s. 18.

<sup>554</sup> *CMS v Argentine*, Award, para. 323.

<sup>555</sup> *Ibid.*, para. 324.

<sup>556</sup> *Enron v Argentine*, Award, para. 308.

<sup>557</sup> *Sempra v Argentine*, Award, para. 350.

mahkemesi, maddenin lafzı uyarınca eylemin çıkarı korumanın tek yolu olması kriterini değil, bundan çok daha hafif bir düzenleme olan eylemin “gerekli” (*necessary*) olması kriterini uygulamıştır. Bu çerçevede davacı tarafından Arjantin’in a) banka hesaplarının dondurulması b) peso para biriminde devalüasyon yapılması, c) dolar cinsinden sözleşme ve mevduatların pesoya çevrilmesi d) kamu yatırım araçlarının ödemesinin askıya alınması ve yeniden planlanması biçiminde almış olduğu önlemlerin alternatifi yollar olduğu iddiasını değerlendirmiştir. Mahkeme bu dört önlemden ilk üçünün Arjantin’in ekonomik krizin üstesinden gelmesi için gerekli olduğuna ve zaruret hali kapsamında kabul edileceğine<sup>558</sup>, son önlem çerçevesinde yapılan bazı eylemlerin ise gerekli olmadığı için md. XI çerçevesinde olmadığına karar vermiştir.<sup>559</sup> Ayrıca hazine bonolarının yeniden yapılandırıldığı dönemde Arjantin ekonomisinin normalleşmeye başlamış olması sebebiyle bu önlem bakımından Arjantin’in örf ve adet hukukuna dayanan zaruret hali savunması da kabul edilmemiştir.<sup>560</sup>

*LG&E v Argentine* davasında zaruret halinin ilk koşulu olarak eylemin menfaati korumanın tek yolu olması öngörülmüştür. Bu unsur bakımından ILC üyesi S. P. Jagota’nın görüşlerine atıf yapılmıştır. Buna göre devletin çok daha külfetli olsa bile uluslararası yükümlülüklerine uygun olan başka bir yol ile tehlikeden kaçınmasının mümkün olmaması gerekir. Devletin yapmak zorunda kaldığı eylemden önce mümkün olan tüm yasal yolları tüketmiş olması gerekir.<sup>561</sup> Zaruret halinin varlığı kabul edilse bile kesinlikle gerekli olanlar haricindeki herhangi bir eylemin hukuka aykırılığı ortadan kalkmaz.<sup>562</sup> Mahkemeye göre Arjantin’in karşı karşıya kaldığı koşullar çerçevesinde, bir ekonomik kurtarma paketi krizle baş etmenin tek yoludur.<sup>563</sup> Her ne kadar farklı ekonomik kurtarma planları yapılabilirse de, mahkeme önündeki deliller sınır ötesi tedbirlerin ve kamu hizmeti gören işletmelerin tarifelerinde değişiklik yapılmasının gerekli olduğunu göstermektedir.<sup>564</sup>

---

<sup>558</sup> *Continental Casualty v Argentine*, Award, para. 205, 210, 214.

<sup>559</sup> *Ibid.*, para. 221.

<sup>560</sup> *Ibid.*, para. 222.

<sup>561</sup> *Yearbook of the ILC*, 1980, Vol. I, s. 155, 175.

<sup>562</sup> *LG&E v Argentine*, Award, para. 250.

<sup>563</sup> *Ibid.*, para. 257.

<sup>564</sup> *Ibid.*

#### iv. Başka Bir Esaslı Menfaate Zarar Vermeme

Devletler ancak yükümlü oldukları devlete veya uluslararası topluma ait olan başka bir esaslı menfaate zarar vermedikleri takdirde zaruret haline başvurabilir. Aslında bu koşul mantığın gereğidir. Zaruret hali biçimde bir mazeret nedeni öngörülürken amaçlanan esaslı menfaatlerin korunması olduğuna göre, başka bir esaslı menfaatin ihlal edilmesine cevaz verilerek bunun diğer menfaatten daha az önemli sayılması mantıken açıklanamaz. ILC de zaruret uğruna feda edilen menfaatin korunmak istenen menfaatten açıkça daha az önemli olması gerektiğini belirtmiştir.<sup>565</sup>

Bu koşul zaruret haline başvuran devlet ile eylemden zarar gören devletin veya uluslararası toplumun menfaati arasında bir kıyaslamayı gerektirmektedir. Kıyas ile amaçlanan, yarışan menfaatler arasında bir denge kurulması olduğundan söz konusu koşul *dengeleme testi (balancing test)* olarak adlandırılmaktadır.<sup>566</sup>

*CMS v Argentine* davasında mahkeme bir bütün olarak uluslararası toplumun herhangi bir menfaatine zarar verilmediğine ve uluslararası hukukun emredici bir normuna da aykırı hareket edilmediğine karar vermiştir.<sup>567</sup> Yükümlü olunan devletin menfaatine ilişkin olarak ise, yatırım anlaşmasının yatırımcıları korumakla birlikte, bunun devletler açısından da önemli bir menfaat sayılması gerektiğini, ancak somut olayda ABD'nin esaslı bir menfaatinin ihlal edilmediğini belirtmiştir.<sup>568</sup>

*Enron v Argentine* davasında bu unsura kısaca değinilse de detaylı bir değerlendirme yapılmamıştır. Buna göre alınan önlemlerin uluslararası toplumun veya ABD'nin esaslı bir menfaatine zarar vermediğine karar verilmiştir.<sup>569</sup>

---

<sup>565</sup> ILC Report (1980), para. 35.

<sup>566</sup> Bin Cheng, zaruret halinin birbiriyle çatışan menfaatlerden hangisinin daha önemli olduğu sorusunu ortaya çıkardığını ve sosyal bakımdan daha önemli sayılan bir menfaatin objektif olarak önemsiz bir menfaate saygı uğruna yok edilmesini önlediğini belirtmiştir. Her somut olayda çatışan menfaatlerin karşılaştırılması gerekmektedir. Bkz. Bin Cheng, **General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals**, London, Stevens and Sons, 1953, s. 74.

<sup>567</sup> *CMS v Argentine*, Award, para. 325.

<sup>568</sup> *Ibid.*, para. 357-358.

<sup>569</sup> *Enron v Argentine*, Award, para. 341.



Mahkemeye göre yükümlülüklerden yararlananlar yatırımcılar olduğundan olayda özel kişilerin menfaatlerinin göz önünde bulundurulması gerekir. Olayda davacıların esaslı menfaati ciddi biçimde zarar görmüştür.<sup>570</sup> *Sempre v Argentine* davasında da aynı yönde karar verilmiştir.<sup>571</sup>

*LG&E v Argentine* davasında devletin zaruret hali çerçevesinde aldığı önlem ile ancak başka bir devletin açıkça daha az önemli olan bir menfaatinin ihlal edilebileceği belirtilmiştir. Başka bir devletin esaslı menfaatine ise zarar verilmemelidir. Bu koşul ile esaslı olmayan bir menfaati korumak uğruna zaruret haline başvurmaya engel olunamaması amaçlanmıştır.<sup>572</sup> Mahkemeye göre başka bir devletin menfaatlerinin Arjantin'in kriz süresince aldığı önlemlerden etkilendiği söylenemez.<sup>573</sup>

## v. Yükümlülüğün Zaruret Hali Öne Sürmeyi Engellememesi

Eğer devletin esaslı menfaatini korumak uğruna ihlal ettiği yükümlülük zaruret hali öne sürülmesine cevaz vermiyorsa, zaruret halinin öne sürülmesi mümkün değildir. Uluslararası hukukta bazı kurallar zaten olağanüstü koşullarda veya zaruret hali olarak nitelendirilebilecek koşullarda uygulanmak üzere tasarlanmıştır. Silahlı çatışmalara uygulanan insancıl hukuk anlaşmaları bu niteliktedir.<sup>574</sup> Anlaşmada yükümlülüğü yerine getirmemenin gerekçesi olarak zaruret haline başvurmak açıkça yasaklanmış olabileceği gibi, bu anlaşmadan zımni olarak da çıkarılabilir. Örneğin bazı insancıl hukuk anlaşmaları “askeri zaruret”in (*military necessity*) öne sürülmesini açıkça yasaklamıştır. Anlaşmanın konu ve amacından olağanüstü koşullarda uygulanacağı ve zımni olarak zaruret halinin yasaklandığı da anlaşılabilir.<sup>575</sup> Bu halde zaruret haline başvurmak anlaşmanın konu ve amacına aykırı olacaktır.

---

<sup>570</sup> *Ibid.*, para. 342.

<sup>571</sup> *Sempre v Argentine*, Award, para. 352; para. 390.

<sup>572</sup> *LG&E v Argentine*, Award, para. 254

<sup>573</sup> *Ibid.*, para. 257.

<sup>574</sup> *ILC Commentaries*, Art. 25, para. 19; *ILC Report (1980)*, para. 38.

<sup>575</sup> *ILC Report (1980)*, para. 38.

*CMS v Argentine* davasında mahkeme anlaşmanın konu ve amacının zaruret halini dışlayıp dışlamadığına ilişkin olarak, bazı anlaşmaların zaruret durumunda uygulanmak üzere tasarlandığını, silahlı çatışmalar sırasında uygulanan insancıl hukuk kurallarının bu nitelikte olduğunu; somut olaydaki anlaşmanın ise ekonomik zorluklar veya hükümetin önlem almasına yol açan diğer durumlarda yatırımların korunması amacıyla tasarlandığını belirtmiştir.<sup>576</sup> Ancak bu koruma ekonomik krizin ağırlığına göre değişecektir. Yani eğer bütün bir çöküş veya felaket düzeyinde bir kriz söz konusu değilse koruma devam edecek; bu gibi durumlar söz konusu değilse zaruret hali değil; anlaşma hükümleri uygulanacaktır.<sup>577</sup> Daha önce belirtildiği üzere, mahkeme Arjantin krizinin bu denli ağır olmadığı kanaatindedir.

*Enron v Argentine* kararına göre anlaşmanın konu ve amacı, anlaşma ile garanti altına alınan haklardan yararlananların ekonomik güçlüklerin yaşandığı dönemlerde korunması olduğundan yükümlülüklerin kolayca ortadan kaldırılması yönündeki bir yorum bu amaç ile bağdaşmaz.<sup>578</sup> Ancak sınırlayıcı bir yorum benimsenerek zaruret haline başvurmaya hiçbir engel yoktur.<sup>579</sup> Dolayısıyla anlaşmanın konu ve amacı zaruret halinin uygulanması ihtimalini dışlamamaktadır.

*LG&E v Argentine* davasında söz konusu olan uluslararası yükümlülüğün zaruret haline cevaz vermesi gerektiği belirtilmiştir. İki taraflı yatırım anlaşmasına konan bir madde ile devletlerin aralarındaki ilişkilerde zaruret haline başvurulması olasılığına rıza gösterebilecekleri belirtilmektedir. Belirtmek gerekir ki burada mahkemenin zaruret haline başvurulabilmesi için tarafların bir düzenleme ile buna açıkça izin vermesi gerektiği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Oysa hem sorumluluk hukukuna hakim olan genel prensipler, hem de ILC'nin maddeye ilişkin açıklaması aksi yöndedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi örf ve adet hukuku uyarınca zaruret haline başvurabilmek için bunun açık veya örtülü olarak *yasaklanmamış* olması yeterlidir.

---

<sup>576</sup> *CMS v Argentine*, Award, para. 353-354.

<sup>577</sup> *Ibid.*, para. 354.

<sup>578</sup> *Enron v Argentine*, Award, para.331; aynı yönde bkz. *Sempra v Argentine*, Award, para. 373

<sup>579</sup> *Enron, v Argentine*, Award, para. 331-332; aynı yönde bkz. *Sempra v Argentine*, Award, para. 373-374.

## vi. Zaruret Hali Öne Süren Devletin Zaruret Halinin Ortaya Çıkmasına Katkıda Bulunmaması

Devletin geçerli bir zaruret hali öne sürebilmesi için, zaruret halinin ortaya çıkmasına katkıda bulunmamış olması gerekir. Ancak bu koşul, kuralın uygulanmasını imkansız hale getirdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Çünkü her zaman devlet karar alma sürecinin bir noktasında yer alarak olaylar zincirine bir miktar katkıda bulunacaktır.<sup>580</sup> Öyleyse katkının derecesinin belirlenmesi gerekir.

Madde açıklamasında devletin zaruret haline katkısının yeterince önemli olması gerektiği ve arızı ve önemsiz katkıların bu nitelikte kabul edilmeyeceği belirtilmiştir.<sup>581</sup> *Gabcikovo-Nagymaros* davasında Macaristan'ın icra ya da ihmal suretiyle zaruret halinin ortaya çıkmasına yardım ettiğine ve bu nedenle daha sonra hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak zaruret haline başvuramayacağına karar verilmiştir.<sup>582</sup>

*CMS v Argentine* davasında Arjantin'in krize katkısının esaslı olup olmadığı değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre kriz tek bir idareye atfedilemez, kökleri 1980 yılında yaşanan krize ve 1990'larda izlenen hükümet politikalarına, özellikle 2002 ve sonrasında dayanmaktadır. Sonuç olarak hükümet politikaları krize önemli oranda katkıda bulunmuştur; dış faktörlerin yarattığı ek zorluklar ise devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.<sup>583</sup>

*Enron v Argentine* kararına göre krizin ortaya çıkmasında hem iç hem de dış faktörler birlikte etkili olmuştur.<sup>584</sup> Bu durum devletin bir dereceye kadar krize esaslı katkıda bulunduğu olarak yorumlanmış ve krizin tamamen dışsal faktörlerin sonucunda ortaya çıktığının söylenemeyeceği belirtilmiştir. Problem tek bir idarenin eylemlerinden kaynaklanmasa da, bir bütün olarak devletin sorumluluğu söz

---

<sup>580</sup> Maria Agius, **The Invocation of Necessity in International Law**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uppsala University, s. 40'tan naklen, J. J. Salmon, "Faut-il codifier l'etat de ne'cessite en droit international", **Essays in Honour of Judge Manfred Lachs**, ed. by J. Makarczyk, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, s. 270

<sup>581</sup> **ILC Commentaries**, Art. 25, para. 20.

<sup>582</sup> *Gabcikovo-Nagymaros Case*, para. 57.

<sup>583</sup> *CMS v Argentine*, Award, para. 329.

<sup>584</sup> *Enron v Argentine*, Award, para. 311.

konusudur.<sup>585</sup> *Sempra v Argentine* davasında da diğer unsurlar bakımından olduğu gibi *Enron v Argentine* kararı ile aynı sonuca varılmıştır.<sup>586</sup>

*Continental v Argentine* davasında bir devletin her zaman ekonomi politikası ve sonuçlarından nihai olarak sorumlu olduğu kabul edilmekle birlikte, hukuki değerlendirmenin farklı parametrelere dayandığı belirtilmiştir. Arjantin'in en son tahlilde krize yol açan ekonomi politikaları ise uzun yıllar başarılı biçimde sürdürülen doğru politikalar olarak görülmüştür.<sup>587</sup> Arjantin'in bazı ekonomi politikaları ABD ve Uluslararası Para Fonu'nun da aralarında bulunduğu uluslararası toplum tarafından tavsiye edilmiştir.

Arjantin'in bu önerileri reddedip başka bir politika izleyebileceği, ya da tam tersine bu politikaları çok daha etkili bir biçimde uygulayabileceği tartışılmışsa da; mahkeme bu çatışan görüşlerin her halükarda politikaların biri ya da diğerininin doğruluğu ve elverişliliğini savunduğunu belirtmiştir. Ayrıca krizi önlemenin tek yolu olarak Arjantin'in yıllar önce, verilen tavsiyeleri göz ardı ederek farklı bir politika izlemesi görünmektedir. Bu çerçevede mahkeme Arjantin'in kendi eyleminin zaruret haline başvurmaya engel nitelikte olmadığına karar vermiştir.<sup>588</sup>

*LG&E v Argentine* davasında devletin zaruret halinin ortaya çıkmasında bir kusuru mevcut ise; devletin eylemi ile zarar arasında illiyet bağı kurulduğundan, istisnaya başvurma imkanının kaybolduğu belirtilmiştir. Mahkemeye göre davacılar Arjantin'in krizin ortaya çıkmasına katkıda bulunduğunu kanıtlayamamıştır ve Arjantin hükümetinin tavrı eldeki tüm imkanlarla krizin şiddetini azaltma arzusunda olduğunu göstermiştir.<sup>589</sup>

*El Paso v Argentine*<sup>590</sup> kararı, Arjantin hükümetinin ekonomi politikaları ve bu politikaların krizin ortaya çıkmasına etkisi hakkında içerdiği detaylı analiz bakımından diğer kararlardan ayrılmaktadır. Arjantin'in makro ekonomi

---

<sup>585</sup> *Ibid.*, para. 312.

<sup>586</sup> *Sempra v Argentine*, Award, paras. 353-354.

<sup>587</sup> *Continental Casualty v Argentine*, Award, para. 235.

<sup>588</sup> *Ibid.*, para. 236.

<sup>589</sup> *LG&E v Argentine*, Award, para. 256.

<sup>590</sup> *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011.

politikalarını değerlendirmenin yetkisinin dışında olduğunu belirten *CMS v Argentine* hakem mahkemesinin aksine, *El Paso v Argentine* hakem mahkemesi kendini devletin tehlikenin ortaya çıkmasına esaslı bir katkısının olup olmadığının belirlenmesinde bu politikaların yerindeliği hakkında karar vermeye yetkili görmüştür. Hakem mahkemesi öncelikle Arjantin'in egemen bir devlet olarak halkının ihtiyaçlarına en iyi cevap verecek ekonomi politikasını seçme hakkına saygı duyduğunu ve Arjantin'in kasten yabancı yatırımcılara zarar vermek amacıyla hareket ettiği kanaatinde olmadığını belirtmiştir.<sup>591</sup>

Diğer davalarda olduğu gibi Arjantin'in krizin ortaya çıkmasındaki sorumluluğu konusunda farklı uzman görüşleri mevcuttur. Davacı ve davalı tarafın sunduğu uzman görüşlerini değerlendiren mahkeme, Arjantin tarafından sunulan ve Profesör Roubini'ye ait görüşte 2001 yılındaki krizin tetiklenmesinde Arjantin'in bütçe açığı ve borç birikiminin önemli rol oynadığının kabul edildiğini vurgulamıştır.<sup>592</sup> Yine Arjantin'in işgücü piyasaları ve ticaret politikalarının daha liberal hale getirilmesinde başarısız olduğu Roubini tarafından kabul edilmiştir. Ancak başka bir uzman görüşü olan Edwards raporunda krize bizzat Arjantin'in sebep olduğu kabul edilirken, Roubini bu durumdan dış makroekonomik unsurları sorumlu tutmaktadır.

Hakem mahkemesine göre ekonomik krizin temelinde hem iç hem de dış unsurlar yer almaktadır. Ancak Arjantin'in bütçe açığı, borç birikimi ve işgücü piyasalarının esnemezliği gibi bazı iç unsurların kontrol edilmesinde başarısız olması sebebiyle krize esaslı biçimde katkıda bulunduğu karar verilmiştir.<sup>593</sup>

Hakem mahkemesi kararını desteklemek için Uluslararası Para Fonu Bağımsız Değerlendirme Bürosu'nun 2004 tarihli raporuna değinmiştir. Buna göre, kriz Arjantin politikasını belirleyenlerin gereken düzeltici tedbirleri yeterince erken almada başarısız olmalarından kaynaklanmıştır.<sup>594</sup>

---

<sup>591</sup> **Ibid.**, para. 649.

<sup>592</sup> **Ibid.**, para. 652.

<sup>593</sup> **Ibid.**, para. 656.

<sup>594</sup> **Ibid.**, para. 657.

Kararın ekonomi politikalarına ilişkin detaylı değerlendirmeler dışındaki bir diğer önemli özelliği, Arjantin'in krize katkısını olduğu sonucuna varılmasında devlet yetkililerinin beyanlarının önemli ölçüde etkili olmasıdır. Bu durum, devlet yetkililerinin beyanlarının ileride devletin sorumluluğunun belirlenmesinde ne kadar önemli sonuçlar doğurabileceğini göstermektedir.

Örneğin Arjantin eski Ekonomi Bakanı'nın "*Arjantin tecrübesinden öğrendiğimiz en önemli ders, mali politikanın ve özellikle iyi günlerdeki mali disiplinin önemidir.*" şeklindeki ifadesi<sup>595</sup> ve kriz esnasındaki Arjantin Devlet Başkanı'nın "*Arjantin örneğinde, hiç kimse krizden Arjantin'in kendisinden daha fazla sorumlu değildir. Kazandığımızdan daha fazlasını harcadık; ekonomik reformları bütünüyle tamamlamada başarısız olduk; kendi üretkenliğimizi oluşturmadan kendimizi dünyanın en üretken ekonomisine bağlı kıldık ... Arjantin krizi büyük ölçüde Arjantin'den kaynaklanmaktadır.*" şeklindeki beyanına<sup>596</sup> kararda yer verilmiştir.

Hakem mahkemesi yetkin gözlemcilerin krizin asıl sebeplerinin ve krizi engelleyebilecek tedbirlerin neler olduğu konusunda görüş ayrılığında olduklarının farkında olduğunu; ancak davacı tarafından Arjantin'in eylemlerine ilişkin sunulan deliller ve Arjantin'in kendisinin mali disiplin konusundaki yetersizliğini kabul etmesi karşısında çoğunluk görüşü ile Arjantin'in krize esaslı biçimde katkıda bulunduğu kabul edilmesine ve md. XI'in Arjantin'i sorumluluktan kurtaramayacağına karar vermiştir.<sup>597</sup>

## **D. Karşı Önlem**

### **1. Uluslararası Hukukta Karşı Önlem**

---

<sup>595</sup> **Ibid.**, para. 659.

<sup>596</sup> **Ibid.**, para. 661.

<sup>597</sup> **Ibid.**, para. 665.

## a. Genel Olarak

Uluslararası hukuk belirli koşullar altında, bir devletin kendisine hukuka aykırı bir eylemle zarar veren diğer bir devlete karşı kuvvet kullanma içermeyen önlemlere başvurmasına cevaz vermektedir. Diğer devletin hukuka aykırı eylemi sonlandırmasını ve meydana getirdiği zararı onarmasını amaçlayan bu eylemler karşı önlemler olarak adlandırılmaktadır.<sup>598</sup>

Tarihsel olarak karşı önlemler terimi yerine “meşru misilleme” (*legitimate reprisal*) veya “kendini koruma” (*self-protection/self-help*) terimleri daha çok tercih edilmiş olsa da, uluslararası hukukta kuvvet kullanmanın yasaklanması ile birlikte, kuvvet kullanmayı içeren “misilleme” terimi terk edilmiştir.<sup>599</sup>

Karşı önlemler ILC Maddeleri 22. maddesinde bir eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran hallerden biri olarak düzenlenmiştir. Buna göre, bir devletin diğer bir devlete karşı olan uluslararası yükümlülüğünü ihlal eden eylemi karşı önlem niteliği taşıyorsa, bu niteliği taşıdığı oranda o eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır.

Belirtmek gerekir ki, karşı önlemlerin mutlaka önceki bir hukuka aykırı eyleme karşılık olarak alınması gerekir.<sup>600</sup> Dolayısıyla bir devletin yalnızca hukuka aykırı eylemi ile kendisine zarar veren devlete yönelik karşı önlemleri eylemi hukuka uygun hale getirir. Bu nitelikte olmayan üçüncü bir devlete karşı, karşı önlemlere başvurulamaz. Ancak, üçüncü devleti dolaylı olarak etkilemekle birlikte, o devlete karşı bir yükümlülüğün ihlalini içermeyen karşı önlemler bir hukuka aykırılık içermemektedir.<sup>601</sup> *Cysne* davasında üçüncü devlet vatandaşlarının karşı önlemlerden etkilenebileceği; ancak bunun dolaylı ve kasıtsız olarak oluşması gerektiği ve karşı

<sup>598</sup> ILC Commentaries, Art. 22, para. 1.

<sup>599</sup> ILC Commentaries, Art. 22, para. 3; Martins Paparinskis, “Investment Arbitration and The Law of Countermeasures”, *British Yearbook of International Law*, C.79, No:1, 2009, ss. 264-352, s. 268-269.

<sup>600</sup> *Gabcikovo Nagymaros Case*, p. 55; *Naulilaa Case*, Arbitral award, 31 July 1928, UNRIAA, vol. II, 1928 s. 1011 vd., s. 1027; *Cysne Case*, Arbitral award, 30 June 1930, UNRIAA, Vol. II, s. 1035 vd., s. 1057.

<sup>601</sup> ILC Commentaries, Art. 22, para. 4.

önleme başvuran devletin mümkün olduğunca zararlı sonuçtan kaçınması veya bunu sınırlamaya çalışması gerektiği belirtilmiştir.<sup>602</sup>

Yine karşı önlemlerin doğrudan olmayan etkilerininin de bütünüyle önlenemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre, örneğin zarar gören devlet sorumlu devletin geçiş (*transit*) haklarını askıya almış ise üçüncü devletler dahil olmak üzere diğer taraflar bundan etkilenebilir. Eğer o devlete karşı bireysel bir hakka sahip değil iseler, şikayette bulunamazlar. Benzer şekilde sorumlu devlet ile yapılan bir ticaret anlaşması karşı önlemler kapsamında askıya alınmış ve sorumlu devlet ile ticaret yapan kişiler bundan olumsuz olarak etkilenmişlerse, bunun karşı önlemin dolaylı ve hukuka aykırı olmayan bir sonucu olduğunu kabul etmek gerekir.<sup>603</sup> Bu halde şirketlerin iş kaybına uğraması hatta iflas etmesi bile söz konusu olabilir.

## **b. Karşı Önlemin Amacı, Şartları ve Sınırları**

Karşı önlemlerin amacı, karşı önlemlere başvurulurken uyulması gereken şartlar ve buna ilişkin sınırlamalar ise ILC Maddeleri içerisinde ayrı bir bölüm olarak düzenlenmiştir.<sup>604</sup>

Öncelikle karşı önlemlere ancak belirli bir amaçla başvurulabilir. Zarar gören devletin karşı önlemler ile ulaşmak istediği amaç, sorumlu devleti cezalandırmak değil; önceki hukuka aykırı eylemiyle kendisini zarara uğratan devleti yükümlülüklerine uymaya razı etmek olmalıdır.<sup>605</sup> Karşı önlemlerin yalnızca yükümlülüklerini ihlal eden bir devleti bu yükümlülüklerle uymaya zorlamak amacıyla alınabileceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca karşı önlemler yalnızca zarara uğratan sorumlu devlete yönelik olarak alınabilir.

Düzenlemede ayrıca sorumlu devletin yükümlülüklerine ilişkin olarak ILC Maddeleri ikinci kısma gönderme yapılmıştır. Buna göre sorumlu devletin söz konusu yükümlülükleri ilgili kısımda yer verilen hukuka aykırı eylemi sona erdirmeye

<sup>602</sup> *Csyne Case*, s. 1056-1057. Aynı yönde bkz. *Gabcikovo-Nagymaros Case*, para. 83.

<sup>603</sup> **ILC Commentaries**, Art. 49, para. 5.

<sup>604</sup> ILC Maddeleri, İkinci Kısım, Üçüncü Bölüm (md. 49-54)

<sup>605</sup> ILC Maddeleri, md. 49(1); **ILC Commentaries**, Art. 49, para. 1; para. 7.



ve tekrarlamama (md. 30) yükümlülüğü ile hukuka aykırı eylemin yol açtığı zararı onarma (md. 31) yükümlülüğüdür. Dolayısıyla karşı önlemlere sorumlu devlet hukuka aykırı eylemini sonlandırmış olsa bile, zararın onarılması yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamak amacıyla da başvurulabilir.<sup>606</sup> Bu durum, ikinci kısma yapılan göndermenin son derece önemli bir sonucudur.

Alınacak karşı önlemin sınırlarına ilişkin ise ilk olarak, karşı önlemlerin zarar gören devletin sorumlu devlete karşı olan uluslararası yükümlülüklerini belirli bir süreyle yerine getirmemesinden ibaret olduğu belirtilmiştir.<sup>607</sup> Dolayısıyla karşı önlemlerin geçici nitelikte olması esastır. Zarar gören devletin aldığı karşı önlem aynı anda, sorumlu devlete karşı olan birden fazla yükümlülüğünün yerine getirilmesini etkileyebilir. Örneğin, karşı önlemler kapsamında yapılan bir eylem o devletle yürürlükte olan farklı anlaşmalardaki farklı yükümlülüklerle zarar verebilir. Bu halde de her bir yerine getirmeme karşı önlem kapsamında kabul edilir.<sup>608</sup>

İkinci olarak, karşı önlemlerin mümkün olduğunca, sorumlu devletin söz konusu yükümlülüklerini yeniden yerine getirmeye başlamasına müsaade edecek biçimde alınması gerektiği düzenlenmiştir.<sup>609</sup> Her ne kadar madde metninde açıkça ifade edilmese de, madde açıklamasında karşı önlemlerin mümkün olduğunca geri döndürülebilir (*reversible*) nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir.<sup>610</sup> Böylece sorumlu devletin yükümlülüklerini yeniden yerine getirmesi mümkün olacaktır. Ancak maddedeki “mümkün olduğunca” ifadesinden, bunun mutlak bir yükümlülük olmadığı, devletin elinden geldiğince bu nitelikte önlemlere başvurmasının bekleneceği anlaşılmaktadır.

UAD da *Gabcikovo-Nagymaros* davasında, karşı önlemlerin amacının zarara yol açan devleti yükümlülüklerine uymaya zorlamak olduğundan yola çıkarak, karşı önlemin etkilerinin geri döndürülebilir olması gerektiği sonucuna varmıştır.<sup>611</sup>

---

<sup>606</sup> **ILC Commentaries**, Art. 49, para. 8

<sup>607</sup> ILC Maddeleri, md. 49(2).

<sup>608</sup> **ILC Commentaries**, Art. 49, para. 6.

<sup>609</sup> ILC Maddeleri, md. 49(3).

<sup>610</sup> **ILC Commentaries**, Art. 49, para. 9.

<sup>611</sup> *Gabcikovo-Nagymaros Case*, para. 87.

Bunlar dışında ILC Maddeleri'nde karşı önlemlere başvururken uyulması gereken ve son derece önemli bir ilke olan "orantılılık ilkesi"ne yer verilmiştir.<sup>612</sup> Buna göre, karşı önlemin uğranılan zarar ile orantılı olması gerekir. Bunun belirlenmesinde, hukuka aykırı eylemin ağırlığı ve söz konusu olan haklar göz önünde bulundurulur.

Burada haklara yapılan atıf son derece önemlidir. Karşı önlemlerin zarar verdiği hakların niteliğinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Sorumlu devletin haklarının orantılılık bakımından değerlendirilmesinin önemli bir örneği *Gabcikovo-Nagymaros* davasında görülmüştür.<sup>613</sup>

Tüm bu koşulların yanı sıra zarar gören devletin hiçbir biçimde karşı önlemler vasıtasıyla ihlal edemeyeceği bazı yükümlülükler söz konusudur. Yani tüm diğer koşullar sağlanmış olsa dahi, karşı önlemlere başvurulduğu gerekçesiyle bu yükümlülükler aykırı hareket etmek mümkün değildir. Bu konu ILC Maddeleri'nde "karşı önlemlerden etkilenmeyen yükümlülükler" başlığı ile düzenlenmiştir. Buna göre karşı önlemler, BM Şartı'nda düzenlenen a. kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidine başvurma yasağına ilişkin yükümlülüğe, b. Temel insan haklarının korunması yükümlülüklerine, c. Misillemeleri yasaklayan insancıl nitelikteki yükümlülükler, d. Genel uluslararası hukukun emredici normlarından kaynaklanan yükümlülükler aykırı olamaz.<sup>614</sup>

Bu yükümlülüklerin yanı sıra karşı önlemlere başvuran devletin, diğer devlet ile arasında bir uyuşmazlık usulü buluyor ise, bundan kaynaklı yükümlülükleri ve diplomatik ya da konsolosluk temsilcileri, binaları, arşivleri ve evraklarının

---

<sup>612</sup> ILC Maddeleri, md. 51.

<sup>613</sup> UAD'nin 1977 yılında verdiği *Gabcikovo-Nagymaros* kararında kullanmış olduğu ifadenin, ("hukuka aykırı eylemin ağırlığının" da dikkate alınacağına ilişkin yapılan ekleme haricinde) 2001 tarihli ILC Maddeleri'nin orantılılık ilkesini düzenleyen 51. maddesinin kaleme alınmasında aynen kullanıldığı anlaşılmaktadır:

UAD'nin ifadesi: "*In view of the Court, an important consideration is that the effects of a countermeasure must be commensurate with the injury suffered, taking account of the rights in question.*" *Gabcikovo Nagymaros Case*, para. 85-86.

ILC Maddeleri md. 51 metni: "*Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question.*"

<sup>614</sup> ILC Maddeleri, md. 50(1).

dokunulmazlığına saygı gösterme yükümlülüğü varlığını sürdürür.<sup>615</sup> Yani karşı önlemlere başvuran devlet bu yükümlülüklerine aykırı davranamaz.

Yukarıda açıkladığımız ve hukuka uygun bir karşı önlemin taşınması gereken maddi koşulları bir arada özetlemek gerekirse, karşı önlem:

1. kuvvet kullanma ya da kuvvet kullanma tehdidi içermemelidir.
2. temel insan hakları, insancıl hukuk ve emredici normlardan kaynaklanan yükümlülükler aykırı olmamalıdır.
3. başka bir devletin hukuka aykırı eylemine karşılık olarak alınmalıdır.
4. üçüncü devletlere değil, yalnızca sorumlu olan devlete karşı alınmalıdır.
5. yalnızca sorumlu devleti yükümlülüklerine uymaya zorlama amacı taşınmalıdır.
6. geçici ve geri döndürülebilir nitelikte olmalıdır.
7. Uğranılan zarar ile orantılı olmalıdır.

Karşı önlemler bakımından bu maddi koşulların yanı sıra ILC Maddeleri md. 52'de karşı önlemlerin uygulanma usulüne ilişkin de belirli şartlar öngörülmüştür. Bunlardan bir kısmı karşı önlemlere başvurmadan önce yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerle ilişkindir. Maddede yer alan şartları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Zarar gören devlet, karşı önlemlere başvurmadan önce (md. 43 uyarınca)<sup>616</sup> sorumlu devleti yükümlülüklerini<sup>617</sup> yerine getirmeye davet etmelidir.
2. Yine karşı önlemlere başvurmadan önce, karşı önlemlere başvurma kararını sorumlu devlete bildirmeli ve müzakere teklif etmelidir.

<sup>615</sup> ILC Maddeleri, md. 50(2).

<sup>616</sup> İlgili düzenleme şu şekildedir:

**Madde 43**

**Zarara Uğrayan Devletin Talep Bildirimi**

1. Başka bir devletin sorumluluğunu ileri süren zarara uğrayan devlet talebini bu devlete bildirir.

2. Zarara uğrayan devlet,

(a) Eğer devam ediyorsa, sorumlu devletin hukuka aykırı eylemi sona erdirmek için bulunması gereken tasarrufu;

(b) Kısım iki uyarınca onarımın alması gereken biçimi özellikle belirtebilir.

<sup>617</sup> Kısım İki'de yer alan yükümlülükler kast edilmektedir.

3. Zarar gören devlet bu bildirim ve müzakere teklifi koşuluyla bağlı olmaksızın, haklarını korumak için gerekli ve acil olan karşı önlemleri alabilir.

4. Eğer hukuka aykırı eylem sona ermişse ve uyuşmazlık mahkeme veya hakemlik önüne götürülmüşse, zarar gören devlet karşı önleme başvurmamalı ya da karşı önlem almayı durdurmalıdır. Ancak bu kural, sorumlu devlet uyuşmazlık çözüm yollarına iyi niyetle uymazsa uygulanmaz.

Son olarak, sorumlu devletin ILC Maddeleri İkinci Kısım'da yer alan yükümlüklerini yerine getirir getirmez karşı önlemlere derhal son verilmesi gerektiğini belirtmek gerekir.<sup>618</sup>

## 2. Uluslararası Yatırım Hukukunda Karşı Önlem

### a. Genel Olarak

Karşı önlemlerin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal olarak yatırım anlaşmalarından doğan uyuşmazlıklarda öne sürülmesi, birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmalar, uluslararası yatırım hukukunun sorumluluk hukuku ile olan ilişkisi ve yabancı yatırımcıların yatırım anlaşmaları uyarınca sahip olduğu hakların doğası gibi geniş bir perspektiften ele alınması gereken ve teorik konuları içeren tartışmalardır.

Yatırım hukuku alanında karşı önlemlere ilişkin iddiaların iki biçimde ortaya çıkabileceği belirtilmektedir: İlk olarak, ev sahibi devletin yatırım hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir hal olarak karşı önlemler savunmasına başvurması; ikinci olarak

---

<sup>618</sup> ILC Maddeleri, md. 53.

yatırımcının uyuğunda olduğu devletin ev sahibi devleti bu yükümlülöklere uymaya zorlamak üzere karşı önlemlere başvurması.<sup>619</sup>

Uluslararası yatırım hukukunda karşı önlemler konusu, Meksika'nın kendisine karşı açılan tahkim davalarında bunu bir savunma olarak öne sürmesiyle gündeme gelmiştir. Burada temel mesele uluslararası hukukta yerleşmiş kabul edilen karşı önlemler kurumunun yatırımcı-devlet tahkimi alanına uygulanabilir olup olmadığı, Meksika'ya karşı açılan tahkim davaları özelinde konuşursak, bilhassa NAFTA 11. bölümünden kaynaklanan bir uyuşmazlığa uygulanabilirliğidir.

## **b. ICSID Önünde Meksika'ya Karşı Açılan Karşı Önlemlere İlişkin Tahkim Davalarında Verilen Kararlar**

### **i. Corn Products International Inc. v Mexico**

Corn Products International, kurmuş olduğu bağı şirket ile Meksika'da faaliyet gösteren ve meşrubatların tatlandırılmasında kullanılan yüksek fruktozlu mısır şurubu üreten bir Amerikan firmasıdır. 2001 yılında Meksika Federal Kongresi, şeker kamışından elde edilen şeker dışında bir tatlandırıcı içeren meşrubatlardan 20% oranında satış vergisi alınmasına karar vermiştir. Corn Products'a göre bu durum meşrubat üreticilerinin içecekleri tatlandırmak için yüksek fruktozlu mısır şurubu yerine şeker kamışı kullanmalarına ve Corn Products ürünlerine olan talebin bitmesine yol açmıştır.<sup>620</sup>

Corn Products, Meksika'nın bu eylemi nedeniyle ICSID'e başvurmuştur. Meksika ise bu verginin Meksika şeker kamışının Amerikan pazarına girmesine izin vermeyerek (ve NAFTA 20. bölümü altındaki uyuşmazlık çözüm yöntemini

---

<sup>619</sup> Paporinskis, "Investment Arbitration and The Law of Countermeasures", s. 270. Karşı önlemlerin yatırım hukuku alanında bu iki açıdan uygulanmasını incelediği bu makale boyunca yazar; ev sahibi devletin karşı önlemler savunmasını bir kalkana, yatırımcının uyuğunda olduğu devletin ev sahibi devleti zorlamak amacıyla karşı önlemlere başvurmasını ise kılıca benzetmektedir.

<sup>620</sup> *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 January 2008, para. 1-4.

engelleyerek) NAFTA'yı ihlal eden ABD'ye karşı alınmış bir karşı önlem olduğunu savunmuştur.<sup>621</sup>

Hakem heyeti öncelikle karşı önlemler savunmasını bir yana bırakarak, vergilendirme eyleminin karşı önlemler savunması dikkate alınmaksızın NAFTA'nın çeşitli maddelerini ihlal edip etmediğini incelemekle işe başlamıştır. Sonuç olarak heyet, yalnızca bir çeşit tatlandırıcının vergilendirilip diğer tatlandırıcıları içeren içeceklerin vergilendirilmemesinin NAFTA md. 1102'de düzenlenen ulusal muamele standardının ihlali anlamına geldiği sonucuna varmıştır. Bundan sonra olayda geçerli bir karşı önlem olup olmadığının incelenmesine geçilmiştir.

Öncelikle uluslararası hukukta karşı önlemlerin yerleşmiş olduğu UAD'ın *Gabcikovo-Nagymaros* davasındaki içtihadı ve *ABD-Fransa Hava Hizmetleri*<sup>622</sup> hakemlik kararı da örnek gösterilerek belirtilmiştir. Karşı önlemlerin şartlarının ise ILC Maddeleri'nin yukarıda incelediğimiz maddeleri tarafından belirlendiği konusunda genellikle görüş birliği olduğu ifade edilerek söz konusu kurallara atıfla şartlar sıralanmıştır.<sup>623</sup>

Tarafların argümanlarını özetlemek gerekirse, Meksika 11. Bölüm kapsamındaki hakların, yatırımcının tek başına sahip olduğu haklar olmadığını, yatırımcıların ABD'ye ait olan hakları yalnızca tahkim kapsamında öne sürebileceğini savunmuştur. Buna karşılık Corn Products diğer iddialarının yanı sıra, NAFTA altında karşı önlemlere yer olmadığını ve karşı önlemlerin üçüncü bir taraf olan Corn Products'a karşı öne sürülemeyeceğini iddia etmiştir.

Meselenin çözümü için hakem heyeti tarafından şu sorulara yanıt aranmıştır:

a) Devletler arasındaki ilişkiler bağlamında kullanılan karşı önlemler doktrini, bu bağlamı dışında, yani bir özel kişi olan yatırımcının NAFTA 11. Bölüm kapsamında devlete karşı ileri sürdüğü iddialara uygulanabilir mi?

---

<sup>621</sup> *Ibid.*, para. 6.

<sup>622</sup> Case concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France, Decision of 9 December 1978, UNRIAA, Vol. XVIII, ss. 417-493.

<sup>623</sup> *Corn Products v. Mexico*, Decision on Responsibility, para. 145-149.

b) Eğer karşı önlemler bu iddialara da uygulanabilir ise, genel uluslararası hukukta geçerli bir karşı önlemin şartları olayda mevcut mudur?

İlk soru esasen teorik bir değerlendirmeye, bazı uluslararası hukuk kavram ve kurumlarının yatırım hukuku özel alanına uygulanabilirliğine ilişkindir. İkinci soru ise, somut olayın özelliklerinin incelendiği pratiğe ilişkin bir değerlendirme gerektirmektedir.

İlk soruya ilişkin değerlendirmesi neticesinde hakem heyeti karşı önlemler doktrininin NAFTA'nın 11. Bölümü kapsamındaki iddialara uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Bu bölüm çerçevesindeki iddialar devletler değil, yatırımcılar tarafından öne sürölmektedir. Hakem heyetine göre bu bölümün düzenlenmesindeki temel amaç zaten bu iddiaların devletler arası ilişkiler düzleminden çıkarılması ve yatırımcıların doğrudan ev sahibi devlete karşı hak ileri sürebilmesinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla böyle bir iddiaya karşı, yatırımcının değil de uyuğuunda bulunduğu ve uyuşmazlığa taraf olmayan devletin hukuka aykırı eylemine dayanılarak bir savunma öne sürölemez.<sup>624</sup>

Daha önce belirtildiği gibi, karşı önlemin koşullarından biri hukuka aykırı eylem gerçekleştiren bir devlete karşı alınmasıdır. Bu durumda o devlete karşı olan yükümlölüklerin ihlali mazur görölürken, karşı önlem başka birine karşı olan yükümlölüğü ihlal ederse hukuka aykırılık ortadan kalkmayacaktır. Buradan hareketle karşı önlemlerin hukuka aykırı eylemde bulunan devletten başkasının haklarına zarar veremeyeceği, ancak *menfaatlerini* etkileyebileceği belirtilmiştir.<sup>625</sup>

Uyuşmazlıkta NAFTA 11. Bölümündeki hakların ihlal edildiği öne süröldüğüne göre şu soruya yanıt vermek gerekmektedir: Söz konusu haklar yatırımcının uyuğuunda bulunduğu devlete mi tanınmıştır, yoksa yatırımcıya mı

---

<sup>624</sup> **Ibid.**, para. 161.

<sup>625</sup> **Ibid.**, para. 163-164. Kararın bu bölümünde hakem heyeti ILC Maddeleri md. 49 değerlendirmesine atıfta bulunmuştur. Uluslararası hukukta karşı önlemlerin koşullarını belirten değerlendirmemiz üzere, karşı önlemler üçüncü devlet veya diğer üçüncü tarafların durumunu etkileyebilir. Bu noktada ILC, hakem heyetinin yaptığı gibi bir *hak-menfaat* ayırımına gitmemiş; etkilenen kişilerin ancak bireysel bir hakka sahip olmaları halinde şikayetçi olabilecekleri, bunun dışında uğradıkları dolaylı zararlara katlanmaları gerektiğini ifade etmiştir. Kanaatimizce burada ILC üçüncü kişilerin menfaatlerinin etkilenmesine cevaz veren bir yorumda bulunmamakta, karşı önlemin sonuçlarından *dolaylı olarak* etkilenmeye vurgu yapmaktadır.

aittir? Meksika'ya göre bu haklar NAFTA'ya taraf olan kişiye yani yatırımcının uyuğunda bulunduğu devlete aittir. 11. Bölüm kapsamında yatırımcıya yalnızca devlete karşı bu hakları doğrudan ileri sürebilme imkanı tanınmıştır. Dolayısıyla NAFTA'nın yatırımcıya tanıdığı haklar esasa değil (*substantive*) usule ilişkin (*procedural*) haklardır. Yatırımcının öne sürdüğü hak aslında uyuğunda bulunduğu devlete aittir.<sup>626</sup>

Hakem heyeti bu savunmayı yerinde bulmamış ve uluslararası hukukta yalnızca devletlerin değil; bireylerin ve şirketlerin de hak sahibi olabileceğini, tarafların NAFTA ile doğrudan yatırımcılara esasa ilişkin hak tanıma iradelerinin bulunduğunu ifade etmiştir.<sup>627</sup> Heyet diplomatik himayeye ilişkin olarak da farklı bir yorumda bulunmuştur: Diplomatik himaye mekanizması işletilirken devletin kendine ait bir hakkı kullandığı varsayımı, geçmişte uluslararası hukukta yalnızca devletlerin hak iddia edebilmesinden kaynaklanmıştır. Aslında devlet kendisine ait bir hakkı değil, uyuğunun hakkını onun adına savunmaktadır. Bireylerin kendi adına iddiada bulunma hakkına sahip olduğu hallerde dolayısıyla, artık böyle bir varsayımın sürdürülmesine gerek yoktur. Kaldı ki devletin davanın yürütülmesinde herhangi bir etkisi olmadığı gibi, devlete tazminat ödenmesi de söz konusu değildir.<sup>628</sup>

Sonuç olarak, NAFTA altında kendine ait haklara sahip olan Corn Products, alınan karşı önlemler karşısında *üçüncü bir taraftır*. Uyuğunda bulunduğu devletin haklarının zarara uğratılması ve Corn Products'ın bu durumdan dolayı olarak zarar görmesi söz konusu değildir. Meksika'nın bir bütün olarak NAFTA çerçevesinde ABD'ye karşı olan yükümlülüklerinden bağımsız olarak 11. Bölüm çerçevesinde

---

<sup>626</sup> **Ibid.**, para. 166

<sup>627</sup> **Ibid.**, para. 169.

<sup>628</sup> **Ibid.**, para. 170,173. Bu görüşü desteklemek için *GAMI v Mexico* kararına (*Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, UNCITRAL, Award, 15 November 2004), *Mondev v. USA* kararında (*Mondev v USA*, Award) Kanada hükümetinin pozisyonuna ve İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesinin yatırımcıların hem NAFTA hem de iki taraflı yatırım anlaşmaları uyarınca kendilerine ait bir hakkı ileri sürdükleri; bunun devlete ait bir hakkın ileri sürülmesine yönelik usuli bir haktan ibaret olmadığı yönündeki görüşüne atıfta bulunulmuştur. Bkz. *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Award, 1 July 2004, para. 14-22. Ayrıca bkz. Douglas, "The Hybrid Foundations", s. 170.



Corn Products'a karşı olan yükümlülükleri mevcuttur.<sup>629</sup> Karşı önlemler ile üçüncü bir tarafın hakkının ihlal edilmesi ise uluslararası hukukta mazur görülmemektedir.

Meksika'nın savunmasını desteklemek üzere *ABD-Fransa Hava Hizmetleri* kararını emsal göstermesi nedeniyle bu karara da değinilmiştir. Bu olayda ABD Fransa'nın bir Amerikan havayolu şirketinin ABD'nin batı kıyısı ile Paris arasındaki uçuşuna izin vermeyerek ABD ile aralarındaki Hava Hizmetleri Anlaşması'nı ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Bundan dolayı bir karşı önlem olarak ABD, bir Fransız havayolu şirketinin Paris-ABD'nin batı kıyısı arasındaki uçuşlarını engelleyeceği tehdidinde bulunmuştur. ABD'nin Fransız havayolu şirketine yönelik bu eylemi hukuka uygun bir karşı önlem kabul edilmiştir.<sup>630</sup> Somut olay bakımından bu kararı değerlendiren *Corn Products v Mexico* hakem heyeti, yargılamanın iki devlet arasında olduğunu ve yalnızca iki devletin haklarının ele alındığını, havayolları gibi özel bir tarafın haklarının ilgisinin bulunmadığını, dolayısıyla *ABD-Fransa Hava Hizmetleri* kararının *Corn Products v Mexico* kararına emsal olamayacağını ifade etmiştir.<sup>631</sup>

Böylece karşı önlemler doktrinin NAFTA 11. Bölümüne uygulanamayacağına karar verilmiştir. Varılan bu sonuç doğal olarak, hukuka uygun bir karşı önlemin koşullarının olayda mevcut olup olmadığına ilişkin ikinci sorunun yanıtlanmasını gereksiz kılmıştır. Bu nedenle hakem heyeti, örneğin orantılılık veya karşı önlemin devlete bildirilmesi gibi koşulların olaydaki varlığını araştırmaya girişmemiştir. Kaldı ki, hakem heyeti bu karşı önlemlerin ABD'ye karşı hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp kaldırmadığı değerlendirmesini yetkisinin dışında görmektedir.<sup>632</sup> Bu nedenle başka bir hakemliğin yetkisine girebilecek bir konuyu değerlendirmekten kaçınmıştır. Ancak yetkisinin sınırları dolayısıyla karşı önlemleri değerlendirmede ortaya çıkan zorluklara değinilmiştir.

Hakem heyetinin yetkisi NAFTA 11. Bölümünün ihlaline ilişkin iddialar ile sınırlıdır. NAFTA'nın diğer hükümleri veya ABD'nin eylemleri bakımından yetkiye

<sup>629</sup> *Corn Products v Mexico*, Decision on Responsibility, para. 176.

<sup>630</sup> *US-France Air Services*, para. 72-98.

<sup>631</sup> *Corn Products v Mexico*, Decision on Responsibility, para. 177-178.

<sup>632</sup> *Ibid.*, para. 180.

sahip değildir. Bu durum karşı önlemlerin değerlendirilmesi bakımından zorluklar çıkarmaktadır. Çünkü karşı önlemin en önemli koşullarından biri sorumlu devletin önceki hukuka aykırı eylemi iken, hakem heyeti hem genel olarak yargılamanın bir tarafı olmayan ABD'nin eylemlerini hem de özel olarak NAFTA 11. Bölüm dışındaki hükümlere dair iddiaları değerlendirmek bakımından yetkisizdir. Bu durum onu karşı önlemin uluslararası hukuka aykırı bir eyleme karşı alınıp alınmadığını belirlemekten alıkoymaktadır.<sup>633</sup> Sonuç olarak Meksika'nın karşı önlemler savunması reddedilmiştir.

## ii. Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. v Mexico

Mısır şurubuna getirilen vergi nedeniyle aynı vakıalara dayanan uyuşmazlıklardan biri de *ADM v Mexico*<sup>634</sup> davasıdır. Burada da Meksika karşı önlemler savunmasına başvurarak eylemlerinin hukuka aykırı olmadığını öne sürmüştür.

<sup>633</sup> **Ibid.**, para. 182-189.

Meksika her ne kadar hakem heyetinin bu konudaki yetkisizliğini kabul etse de, ABD'nin önceki hukuka aykırı eylemini ispat etmekle yükümlü olmadığını savunmuştur. Bu argümana dayanak olarak gösterdiği *Hava Hizmetleri* kararında : "... her devlet diğer devlet karşısındaki hukuki pozisyonunu kendisi belirler. Eğer bir devlet diğer devletin bir uluslararası yükümlülüğünü ihlal ettiği kanaatindeyse, uluslararası hukukun silahlı kuvvet kullanımına ilişkin genel kuralları ile bağlı olmak koşuluyla, haklarını karşı önlemler vasıtasıyla teyit etmeye yetkilidir." denmiştir (*US-France Air Services*, para. 81)

Meksika'ya göre karşı önleme başvuran devletin hakem heyetini önceki hukuka aykırı eylemin gerçekleştiğine ikna etmesi zorunlu değildir. Yalnızca, karşı önlem alınıp sürdürülürken gerekirse ABD'nin ihlalini ispat etmekte başarılı olacağı konusunda makul bir beklentisi, gerçek bir inancı olduğunu kanıtlaması yeterlidir. (*Corn Products v Mexico*, Decision on Responsibility, para. 184)

Hakem heyeti bu savunmayı yerinde bulmamıştır. Çünkü uluslararası hukukun önceki bir ihlali karşı önlem almanın mutlak koşuludur. Ayrıca ILC'nin 49. maddeye ilişkin yorumuna göre bir devlet karşı önlemlere başvururken kendisi tek taraflı olarak durumu değerlendirmekte ve böylece yanlış bir değerlendirme yaparak hukuka aykırı davranma risk ve sorumluluğunu üstlenmektedir. (**ILC Commentaries**, Art. 49, para. 3) Yine Meksika'nın dayanak gösterdiği *ABD-Fransa Hava Hizmetleri* kararına ilişkin yorum yapan ILC, karardaki "*her devletin diğer devlet karşısındaki hukuki pozisyonunu kendisinin belirleyeceği*" ifadesinin ABD'nin bir ihlalin varlığına ilişkin haksız inancının yeterli sayılacağı anlamına gelmediğini belirtmiştir. (**ILC Commentaries**, Art. 49, para. 3, fn. 788)

<sup>634</sup> *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award, 21 November 2007.

Kararın karşı önlemler savunmasına ilişkin değerlendirmesi altı bölümden oluşmaktadır: a) Genel yetki meseleleri, b) *lex specialis*, c) karşı önlemlere ilişkin örf ve adet hukuku, d) verginin iddia edilen ABD ihlallerine karşılık olarak ve onu NAFTA yükümlülüklerini yerine getirmeye yöneltmek amacıyla getirilip getirilmediği, e) orantılılık, f) bağımsız haklar sorunu. Dolayısıyla kararda karşı önlemler incelenirken farklı meselelere de değinilmiş olup, özellikle *lex specialis* konusunda detaylı bir değerlendirme yapılmıştır. Bu bakımdan karar, uygulamaya önemli bir örnektir. Ayrıca yatırım anlaşmalarındaki hakların aidiyeti konusunda da teorik tartışmalara da yer verilmiştir.

Hakem heyeti ilk olarak karşı önlemler savunmasını değerlendirmeye yetkili olup olmadığı ile işe başlamıştır. Bunun için esasa uygulanacak hukuku düzenleyen anlaşma maddesine, yani NAFTA 1131(1)'e başvurulmuştur. Düzenlemeye göre:

“Bu bölüm uyarınca oluşturulan bir hakem heyeti uyuşmazlığa ilişkin meseleleri, işbu Anlaşma'ya ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarına uygun olarak çözer.”

Karşı önlemler hukuku da örf ve adet hukukunun bir parçası olması nedeniyle uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını oluşturmaktadır. Kararda bu hükmün örf ve adet hukukunun uygulanmasını içerecek şekilde anlaşılması gerektiğine hükmedilmiştir.<sup>635</sup>

Taraflar arasında hükmün bu yönde anlaşılması bakımından bir uyuşmazlık olmamakla birlikte, davacılar NAFTA hükümlerinin örf ve adet hukukuna göre *lex specialis*, yani özel hüküm niteliğinde olduğunu ve NAFTA taraflarının NAFTA hükümleri bakımından karşı önlemlere ilişkin örf ve adet hukukunun uygulanmasından feragat ettiklerini öne sürmüşlerdir. Bu iddiaya göre, devletlerin bir uyuşmazlık halinde başvuracağı bir uyuşmazlık çözüm rejimi getiren sözleşmeler bakımından ILC Maddeleri'nin ikincil olarak uygulanması da duracaktır<sup>636</sup> ve

<sup>635</sup> **Ibid.**, para. 111.

<sup>636</sup> **ILC Commentaries**, Art. 55 , para. 2. Daha önce belirtildiği gibi ILC, ilgili madde yorumunda *lex specialis*'in varlığı halinde genel nitelikteki kurallar olan ILC Maddeleri'nin uygulanmasının bütünüyle durmayacağını, (boşluk halinde) ikincil olarak uygulanmaya devam edeceğini ifade etmektedir. Yine ILC'ye göre bir uyuşmazlık çözüm sistemi getiren sözleşmeler bakımından bu ikincil nitelikteki uygulama da ortadan kalkacaktır. ADM tahkiminde davacılar bu iddialarını

NAFTA böyle bir rejim getiren bir anlaşmadır. NAFTA'nın 19. ve 20. Bölümleri uluslararası hukuka aykırı bir eylemin koşullarını ve devletlerin uluslararası sorumluluğunun içeriğini düzenleyen bir uyumsuzluk çözüm rejimi oluşturmaktadır.<sup>637</sup>

Hakem heyeti yabancılara ve yabancıların mallarına muamele konusunda gelişmemiş standartlar içeren örf ve adet hukukunun eksiklerini gidermek amacıyla NAFTA Bölüm 11 Kısım A'da *lex specialis* hükümlere yer verildiği kanaatindedir.<sup>638</sup> Diğer bir deyişle NAFTA'nın ilgili bölümünün *lex specialis* statüsü konusunda davacılar ile aynı görüştedir. *Lex specialis*'in varlığı halinde ILC Maddeleri'nin uygulanmayacağı ILC Maddeleri md. 55'te açıkça ifade edilmiştir. Burada heyet bir adım daha ileri giderek bu durumun özel kişilerin haklarına dair anlaşmalar bakımından da geçerli olduğunu; çünkü md. 33(2) uyarınca ILC Maddeleri'nin kişiler ve devlet dışındaki birimler açısından da uygulanacağını belirtmiştir.<sup>639</sup> Yani yatırımcıların haklarını koruyan anlaşmalar bakımından da *lex specialis*'in varlığı halinde ILC Maddeleri'nin uygulanması duracaktır.

Ancak NAFTA karşı önlemler konusunda sessizdir. Yani karşı önlemlere ne cevaz vermekte ne de karşı önlemlerin uygulanmasını yasaklamaktadır. Kararda, her ne kadar NAFTA 11. Bölümü *lex specialis* oluştursa da, düzenleme getirilmeyen bütün konularda örf ve adet hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla Bölüm 11 bakımından karşı önlemler savunmasına başvurulabileceğine hükmedilmiştir.<sup>640</sup>

Kararda karşı önlemlerin koşulları bakımından ILC Maddeleri'ne de temel oluşturan *Gabcikovo-Nagymaros* davasındaki UAD içtihadı esas alınmıştır. Hakem heyeti davada aranan koşulları "geçerlilik testi" olarak adlandırmıştır. Bu davada UAD'ın değerlendirmesi şu şekilde olmuştur:

---

desteklemek üzere bu ILC yorumuna atıfta bulunmuşlardır. Davacılar göre NAFTA'yı imzalayan taraflar, karşı önlemlere başvurma niteliğindeki ikincil haklarından feragat etmişlerdir.

<sup>637</sup> *ADM v Mexico*, Award, para. 113-114

<sup>638</sup> *Ibid.*, para. 117.

<sup>639</sup> *Ibid.*, para. 118.

<sup>640</sup> *Ibid.*, para. 120-123.

“Bir karşı önlemin meşru sayılması için belirli koşulları sağlaması gerekir... İlk olarak başka bir devletin önceki uluslararası hukuka aykırı eylemine karşılık olarak alınması ve bu devlete karşı yapılması gerekir ... İkinci olarak, zarar gören devlet hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren devleti bu haksız tasarrufu sona erdirmeye veya onarmaya davet etmiş olmalıdır... Mahkemenin görüşüne göre, söz konusu haklar dikkate alınarak karşı önlemin etkilerinin verilen zararlarla orantılı olması önemli bir mülahazadır... [ve] amacı hukuka aykırı davranan devleti uluslararası hukuk altındaki yükümlülüklerine uymaya yönlendirmek olmalıdır, ve ... bu nedenle önlem tersine döndürülebilir olmalıdır.”<sup>641</sup>

Bu bağlamda, hakem heyeti şu koşulların kümülatif olarak olayda mevcut olmasını arayacaktır:

1. ABD'nin NAFTA'nın iddia edildiği gibi bazı bölümlerini ihlal etmiş olması.
2. Verginin ABD'nin ihlallerine karşılık olarak ve ABD'yi NAFTA yükümlülüklerine uymaya yönlendirmek amacıyla getirilmiş olması.
3. Verginin orantılı bir önlem olması.
4. Verginin davacıların esasa ilişkin bireysel haklarına zarar vermemiş olması.

**- ABD'nin Uluslararası Yükümlülüğünü İhlal Edip Etmediği:**

11. bölüme göre kurulmuş olan hakem heyeti, ilk koşulu değerlendirme bakımından kendini yetkili görmemiştir.<sup>642</sup> Çünkü 11. Bölüm uyarınca yalnızca yatırım uyuşmazlıkları bakımından yetkili olmasına rağmen, ABD'nin NAFTA üçüncü ve yedinci bölümleri altındaki yükümlülüklerini ihlal edip etmediğine karar vermesi gerekecektir. Böylece karşı önlemlerin koşullarından biri olan zarar gören devletin önceki hukuka aykırı eyleminin varlığı saptanabilecektir. Bu açıdan kendisini yetkisiz gören heyet, karşı önlemin yukarıda sayılan diğer üç koşulu açısından ise yetkili olduğunu; bu konularda karar vereceğini belirtmiştir.<sup>643</sup> Eğer üç koşulun da karşılandığı sonucuna varırsa, Meksika'nın ABD'ye karşı NAFTA 20.

<sup>641</sup> *Gabcikovo Nagymaros Case*, s. 55-56; *ADM v Mexico*, Award, para. 126.

<sup>642</sup> *ADM v Mexico*, Award, para. 128.

<sup>643</sup> *Ibid.*, para. 131.

Bölümü altında öne sürdüğü iddialara ilişkin uyuşmazlığın çözümlenmesini bekleyip beklemeyeceğine karar verecektir.<sup>644</sup>

Kararın bundan sonraki kısmı yatırım hukuku alanında bir karşı önlemin önceki hukuka aykırı eyleme karşı yapılma, orantılılık gibi koşullar açısından somut olayda değerlendirilmesine emsal teşkil ettiği için önemlidir. Bu değerlendirme somut vakıalara dayanmaktadır. *Corn Products v Mexico* kararını veren hakem heyeti karşı önlemleri davada uygulanamaz bulunduğundan, işin esasına girmesi ve karşı önlemin koşullarının bulunup bulunmadığını incelemesi söz konusu olmamıştır.

#### - **Karşı Önlemin Amacı:**

Hakem heyeti Meksika'nın vergi getirmesinin esas amacının gerçekten de ABD'yi uluslararası yükümlülüklerine uymaya ikna etmek olup olmadığı sorusunu sormuştur. Bunu yanıtlayabilmek için dönemin olayları, vergi değişikliğine ilişkin yasal hazırlık çalışmaları, hükümet temsilcilerinin beyanları ve mahkeme kararları gibi pek çok unsuru göz önünde bulundurmıştır.

Hakem heyetine göre verginin kabulünden önceki dönem önemlidir. Çünkü verginin getirilmesinden dört buçuk yıl kadar önce Meksika, mısır şurubuna karşı anti-damping önlemleri almıştır. ABD ile Meksika arasındaki uyuşmazlık, vergi uyuşmazlığının daha öncesine, bu önlemlere dayanmaktadır. ABD söz konusu anti-damping önlemlerini hem DTÖ uyuşmazlık çözüm mekanizmasına, hem de NAFTA tahkimine taşımıştır. Her iki mekanizma da alınan bu önlemleri hukuka aykırı bulmuştur.<sup>645</sup>

Hakem heyetine göre mısır şurubuna getirilen verginin esas amacı ABD'ye yönelik karşı önlemler almak değil; Meksika milli şeker üreticileri ile rekabet içinde olan yabancı mısır şurubu üreticilerine karşı iç şeker pazarını ve endüstrisini korumaktır. DTÖ Paneli ve Temyiz Organı'nın daha önce almış olduğu aynı yöndeki

---

<sup>644</sup> **Ibid.**, para. 133.

<sup>645</sup> **Ibid.**, para. 136-140.

kararlar<sup>646</sup>, vergiye ilişkin yeni düzenlemenin metni ve hazırlık çalışmaları bunun delili olarak kabul edilmiştir.<sup>647</sup> Düzenleme metninde verginin ABD'ye yönelik bir karşı önlem olduğuna ilişkin hiçbir gösterge yoktur. Yine hazırlık çalışmalarına bakıldığında karşı önlemlerden söz edilmemektedir. Yasama organının esas amacının iç şeker endüstrisini korumak olduğu belirtilmiştir.<sup>648</sup>

Aynı şekilde Meksika hükümetinin kamusal açıklamaları ile Meksika yargısının kararları amacın Meksika şeker endüstrisini korumak olduğunu göstermektedir.<sup>649</sup>

Sonuç olarak vergi ABD'yi NAFTA'dan kaynaklanan yükümlülüklerine uymaya ikna etmek amacıyla kabul edilmediğinden, hukuka uygun karşı önlemin şartlarından biri mevcut değildir. Dolayısıyla olayda geçerli bir karşı önlem bulunmadığına karar verilmiştir.<sup>650</sup>

#### **Karşı Önlemin Orantılılığı:**

Karşı önlemin şartlarından biri uğranılan zarar ile orantılı olmasıdır. Hakem heyeti bu koşulu yukarıda incelediğimiz karşı önlemin amacı koşulu ile bağlantılı olarak değerlendirmiş ve karşı önlemin amacının ABD'yi NAFTA yükümlülüklerine uymaya ikna etmek olmadığından hareketle gerekli ve makul de olmadığı sonucuna varmıştır.

Orantılılık ile karşı önlemin amacı arasında nasıl bir bağlantı mevcuttur? ILC'ye göre orantılılık bazı açılardan amaç unsuruna bağlıdır: Orantısız bir önlemin devleti yükümlülüklerine uymaya yönlendirmek için gerekli olmadığı; hatta bu amacın dışında cezalandırma gayesi güttüğü söylenebilir.<sup>651</sup> ILC'nin amaçla orantılılık arasında kurmuş olduğu bu bağlantıdan hareket eden hakem heyeti, olayda Meksika'nın koyduğu verginin ABD'yi NAFTA'ya uymaya ikna etme amacı

---

<sup>646</sup> DTÖ Paneli kararına göre "... alınan verginin Meksika iç şeker üretimine yönelik koruyucu etkisi, amaçlanmayan bir etki gibi görünmekten ziyade kasıtlıdır."bkz. **Ibid.**, para. 141. Aynı husus DTÖ Temyiz Organı tarafından da onaylanmıştır.

<sup>647</sup> **Ibid.**, para. 142-143.

<sup>648</sup> **Ibid.**, para. 144.

<sup>649</sup> **Ibid.**, para. 145-147.

<sup>650</sup> **Ibid.**, para. 148.

<sup>651</sup> **ILC Commentaries**, Art. 51, para. 7

taşımadığı yönündeki tespitini tekrarlayarak karşı önlemin gerekli ve orantılı olmadığı sonucuna varmıştır.<sup>652</sup>

Yine hakem heyetine göre, orantılılık yalnızca seçilen amaca uygun önlemler alınmasını değil, amacın kendisinin yerinde olup olmadığı değerlendirmesini de ifade eder. Dolayısıyla önlemin yerine getirmesi gereken işlevi ışığında bir değerlendirme yapılması gerekir.<sup>653</sup>

ABD'nin ihlal ettiği öne sürülen NAFTA'nın 7. ve 20. bölümlerindeki yükümlülüklerine gelinecek olursa, bunların özel kişi veya şirketleri koruyan bir koruma standardı içermediği, devletler arası ticarete veya uyuşmazlık çözümüne ilişkin olduğu belirtilmiştir. Diğer yandan Meksika, getirdiği vergi ile 11. Bölüm'de yatırımcıların doğrudan konusu ve yararlanıcısı (*direct objects and beneficiaries*) olduğu standartları yerine getirmemiştir. Bu uyumsuzluk da orantısızlığın bir gerekçesi olarak görülmüştür.<sup>654</sup>

Son olarak, ABD'yi yükümlülüklerine uymaya ikna etme amacının yatırım koruma standartlarına zarar vermeyen bir önlemlerle de yerine getirilebileceği ifade edilmiştir.<sup>655</sup>

### **Bağımsız Haklar Sorunu:**

Hem *Corn Products v. Mexico* hem de *ADM v. Mexico* kararında karşı önlem savunması reddedilmekle birlikte, red gerekçeleri farklıdır. Bu durum esasen anlaşmada yer alan hakların yatırımcıya mı yoksa devlete mi ait olduğu şeklindeki teorik soruya farklı yanıtlar verilmesinden kaynaklanmaktadır. *ADM v Mexico* kararında bu mesele karşı önlemlere ilişkin değerlendirmenin en son kısmında ele alınmıştır. Bu mesele çerçevesinde NAFTA 11. Bölümünün yatırımcılara maddi ve usule ilişkin haklar tanıyıp tanımadığı ve bu hakların devletler arasındaki hukuki

---

<sup>652</sup> *ADM v Mexico*, Award, para. 153.

<sup>653</sup> *Ibid.*, para. 154.

<sup>654</sup> *Ibid.*, para. 157-158.

<sup>655</sup> *Ibid.*, para. 159.



ilişkiden bağımsız olup olmadığı cevaplanmalıdır.<sup>656</sup> Davacı ve davalının argümanlarını değerlendiren hakem heyeti, 11. Bölüm Kısım A'da esasa ilişkin devletler arası yükümlülüklerin düzenlendiğine ve davacılar bakımından bireysel haklar bahsedilmediğine hükmetmiştir.<sup>657</sup>

Teorik açıdan yatırım anlaşmalarının bir devleti anlaşmada öngörülen koruma standartlarına uygun davranmakla yükümlü kıldığı, ancak bu yükümlülüklerin yalnızca yatırımcının uyuğunda bulunduğu devlete karşı olduğu değerlendirilmesi yapılmıştır. Hakem mahkemesine göre eğer bu standartlardan biri ihlal edilirse, yatırımcı ev sahibi devlete karşı dava açabilecek olsa da yatırımcı gerçekte devletin yerine geçerek uyuğunda bulunduğu devletin haklarını öne sürmektedir.<sup>658</sup>

Karara göre yatırımcıların 11. Bölüm altındaki haklarının doğası insan hakları anlaşmaları tarafından sağlanan koruma ile kıyaslanamaz. 11. Bölüm (Kısım B) insan hakları anlaşmalarına benzer şekilde devlet dışı aktörlere bir uluslararası uyuşmazlık çözüm organı önünde egemen bir devletin sorumluluğunu öne sürme şeklinde usuli bir hak tanımaktadır.<sup>659</sup> Ancak NAFTA 11. Bölümü ile insan hakları anlaşmaları arasındaki farklılık, 11. Bölüm'ün yatırımcılara maddi haklar tanımaması, yabancıların korunmasına ilişkin örf ve adet hukuku kurallarını tamamlamasıdır.<sup>660</sup>

Sonuç olarak yatırımcıların NAFTA 11. Bölümü Kısım A altında bireysel haklar kullanmadığına, ancak verginin ABD'yi yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlamak amacıyla alınmaması ve orantılılık koşulunu sağlamaması sebebiyle geçerli bir karşı önlemin mevcut olmadığına hükmedilmiştir.<sup>661</sup>

### iii. Cargill Inc. v Mexico

---

<sup>656</sup> **Ibid.**, para. 161.

<sup>657</sup> **Ibid.**, para. 168.

<sup>658</sup> **Ibid.**, para. 169.

<sup>659</sup> **Ibid.**, para. 171.

<sup>660</sup> **Ibid.**

<sup>661</sup> **Ibid.**, para 180.

*Cargill v Mexico*<sup>662</sup> davasında da diğer davalarda olduğu gibi karşı önlemlerin NAFTA 11. Bölümü çerçevesinde uygulanıp uygulanamayacağını belirlemede yatırımcıya tanınan hakların doğası değerlendirilmiş ve yalnızca usuli nitelikte sayılamayacak maddi haklar içerdiği gerekçesiyle karşı önlemlerin uygulanamaz olduğuna karar verilmiştir.

Uluslararası hukukta bir devlete yönelik karşı önlem alındığında, çoğu zaman bu önlemlerin o devletin vatandaşları üzerinde yarattığı etki vasıtasıyla devlet üzerinde amaçlanan etkiyi doğuracağı kabul edilmektedir. Yani karşı önlem alınan devletin vatandaşlarının karşı önlemden etkilenmesi doğal bir durumdur. *Cargill v Mexico* hakem mahkemesi, kararında bu hususu kabul etmiş<sup>663</sup>; ancak doğrudan o devletin vatandaşlarına karşı olan belirli yükümlülüklerin ihlalinin karşı önlemler nedeniyle hukuka uygun hale gelmeyeceğini belirtmiştir.<sup>664</sup> Buna göre ABD'ye yönelik alınan meşru karşı önlemlerin ABD vatandaşlarını etkileme olasılığının bulunması bu önlemlerin doğrudan ABD vatandaşlarına karşı olan yükümlülükler üzerinde hukuki etkiye sahip olacağı anlamına gelmemelidir.

Yatırımcıların NAFTA Bölüm 11 altındaki haklarının doğasına ilişkin olarak ise hakem mahkemesi bunların yalnızca usuli haklar olduğunu kabul etmemiştir. Davalı Meksika yatırımcıların haklarının doğası bakımında şöyle bir benzerlik kurmuştur: Bir devlet diplomatik koruma vasıtasıyla meşru bir karşı önlem nedeniyle zarar gören vatandaşlarının taleplerini öne sürecek, ancak karşı önlemler normal koşullarda devletin sorumluluğuna yol açacak eylemlerin hukuk aykırılığını ortadan kaldıracak ve bu iddialar reddedilecektir. Söz konusu uyuşmazlıktaki durum da bundan farklı değildir. Hakem mahkemesi diplomatik koruma konusunda davalının iddiasına katılmakla birlikte, diplomatik korumada tarafların devlet olduğunu ve iddia sahibinin de devlet olduğunu ve yargılama sonucunda hüküm kurulurken

---

<sup>662</sup> *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, 18 September 2009.

<sup>663</sup> *Ibid.*, para. 421.

<sup>664</sup> *Ibid.*, para. 422.

vatandaşın değil diplomatik korumada bulunan devletin adının geçtiğini belirtmiştir.<sup>665</sup>

Hakem mahkemesine göre davalı, hakkın kaynağı ile hakkın sahibi konularını karıştırmaktadır. Buna göre yatırımcıların Bölüm 11 altındaki hakları taraf devletlerin anlaşmasından doğmakta ve bu anlaşmanın devamına bağlı olmakla birlikte, bu durum iç hukuk sistemleri uyarınca bireylere haklar tanınmasından farklı değildir.<sup>666</sup> Bu bireysel hakların kaynağı da egemen devletin işlemlerinde bulunabilir. NAFTA Bölüm 11’de yatırımcıya tanınan haklar bakımından da aynı durum söz konusudur. Bu bakımdan hakem mahkemesi yatırımcıların haklarının usuli mi yoksa maddi mi olduğuna karar vermeyi gerekli bulmamıştır.<sup>667</sup> Sonuç olarak karşı önlemlerin somut uyuşmazlıkta uygulanamayacağına karar verilmiştir.<sup>668</sup>

### c. Genel Değerlendirme

Yatırım anlaşmaları çerçevesinde yatırımcılara tanınan hakların doğrudan yatırımcılara ait haklar olduğu gerekçesiyle, yatırımcı-devlet tahkiminde karşı önlemler savunmasının geçerli olmasının oldukça güç olduğu belirtilmiştir.<sup>669</sup> Öyle ki *Crawford*’ın insan hakları yükümlülüklerinin devletlere karşı olmadığı, bu nedenle karşı önlemlere konu olamayacağı; diğer bir ifadeyle insan hakları yükümlülüklerinin karşı önlemler nedeniyle askıya alınamayacağı ve bu yükümlülüklerle aykırı davranışın karşı önlemler vasıtasıyla mazur kılınamayacağı biçimindeki ifadeleri, bu görüşü destekler biçimde sunulmuştur.<sup>670</sup> Diğer yandan *Crawford* ve *Olleson* bir devletin yatırımcıya yönelik normal koşullarda yatırım anlaşmasının ihlali sayılabilecek davranışının, o yatırımcının uyuşmazlıkta bulunduğu devlete karşı alınmış

---

<sup>665</sup> *Ibid.*, para. 424.

<sup>666</sup> *Ibid.*, para. 426.

<sup>667</sup> *Ibid.*

<sup>668</sup> *Ibid.*, para. 429.

<sup>669</sup> Christina Binder, “Circumstances Precluding Wrongfulness”, **International Investment Law: A Handbook**, ed. By Marc Bungenberg, Nomos/Hart, 2015, ss.442-480, s. 466.

<sup>670</sup> *Ibid.*

bir karşı önlem olduğu öne sürülerek hukuka uygun hale getirilebileceği kanaatindedir.<sup>671</sup>

Biz de *Crawford*'ın görüşüne katılmakta ve bunun önemli bir gerekçesi olarak ILC Maddeleri, md. 50'de zaten “*karşı önlemlerden etkilenmeyen yükümlülükler*”in düzenlenmiş olmasını görmekteyiz. Buna göre diğerleri yanında kuvvet kullanma yasağı ya da insan hakları yükümlülükleri karşı önlemlerden etkilenmeyecek yükümlülükler olarak özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme karşısında yatırımcıların yatırım anlaşmalarından kaynaklanan haklarının da karşı önlemlerden etkilenmeyeceğini öne sürmek oldukça zordur. Çünkü söz konusu maddenin devletlerin doğrudan bireylere karşı olan yükümlülüklerinin karşı önlemlerden etkilenmeyeceği biçiminde genel bir biçimde kaleme alınması mümkün iken, bu yapılmamış ve söz konusu yükümlülüklerin hangileri olduğu teker teker sayılmıştır. Ayrıca karşı önlemlerin, bir devletin uyruklarının haklarını etkilememesi gerektiği varsayımı, bir bütün olarak karşı önlemler savunmasının varlığını anlamsız hale getirmektedir.<sup>672</sup>

## **E. Eylemin Emredici Bir Kurala Aykırı Olmaması Koşulu**

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerin tüm bakımından ortak olan bir düzenlemeye ILC Maddeleri md. 26'da yer verilmiştir:

### **“Madde 26**

#### **Emredici Kurala Uygun Davranma**

Bu bölümde yer alan hiçbir şey, bir devletin genel uluslararası hukukun emredici kurallarına aykırı olan bir eyleminin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.”

Görüldüğü üzere uluslararası hukukun emredici kuralları tüm hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller bakımından bir sınır oluşturmaktadır. Buna göre

<sup>671</sup> Crawford, Olleson, “The Application of the Rules of State Responsibility”, s. 419.

<sup>672</sup> Kate Parlett, “The Application of the Rules on Countermeasures in Investment Claims, **Sovereignty, Statehood and State Responsibility : Essays in Honour of James Crawford**, ed. by Christine Chinkin, Freya Baetens, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, ss. 389-405, s. 404.

devlet eylemi ile bir emredici kuralı ihlal etmişse, örneğin zaruret halinin ya da mücbir sebebin tüm diğer koşulları olayda bulunsa bile, eylemin hukuka uygun hale gelmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla her hukuka aykırılığı ortadan kaldıran neden bakımından somut olayda emredici bir normun ihlal edilip edilmediği incelenmelidir. Öyle ki incelemenin en başında yapılacak emredici kural ihlaline ilişkin bir tespit, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerin incelenmesine gerek bırakmayacaktır.

Uluslararası hukukun emredici kuralları, *jus cogens* norm veya buyruk kural olarak da adlandırılmaktadır. Emredici kural aynı zamanda irade serbestisinin de sınırlarını çizer ve iç hukuklarda yer verilen kamu düzenine aykırı sözleşme akdedilemeyeceği prensibine benzer bir biçimde, uluslararası sahada kamu düzenin korunması işlevi görür ve kendisine aykırı biçimde akdedilmiş anlaşmaların geçersizliği sonucunu doğurur.

1969 Viyana Sözleşmesi'nde emredici kurala ilişkin bir tanıma yer verilmekle birlikte, hangi kuralların emredici nitelikte olduğuna ilişkin bir liste verilmemiştir. 1969 Viyana Sözleşmesi 53. maddesinde emredici kural "*bir bütün olarak devletlerin milletlerarası toplumunun kendisinden hiçbir surette sapmaya müsait olmayan ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası hukuk normu ile değiştirilebilecek nitelikte olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir norm*" olarak tanımlanmıştır. ILC de bu tanıma tekrar ederek, ILC Maddeleri md. 26'da emredici kural ifadesi ile kast edilenin *jus cogens* olduğunu belirtmiştir.<sup>673</sup>

Uluslararası yatırım uyuşmazlıkları bakımından emredici kuralın ihlali pek fazla gündeme gelen bir mesele değildir. ILC Maddeleri çerçevesinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir nedene dayanılan davalarda, emredici kurala aykırı davranmama yükümlülüğü ilgili nedenin bir unsuru olarak ya hiç ele alınmamış<sup>674</sup>; ya da kısa bir cümle ile emredici bir kurala aykırılık bulunmadığı tespit edilmiştir<sup>675</sup>. Yatırım hukuku bağlamında normal koşullarda başarıya ulaşacak bir zaruret hali

<sup>673</sup> ILC Raporu (1980), para. 37.

<sup>674</sup> Örneğin; *LG&E v Argentine*, Award; *Enron v Argentine*, Award; *Sempra v Argentine*, Award.

<sup>675</sup> *CMS v Argentine*, Award, para. 325.

iddiasının emredici kurala aykırılık nedeniyle reddedileceği durumların pek olası olmadığı belirtilmektedir.<sup>676</sup>

Her ne kadar yatırım hukuku uygulamasında henüz bu yönde bir eğilim olmasa da çeşitli durumlarda emredici norma aykırılık iddialarının gündeme gelmesi mümkündür. Yatırım uyuşmazlıklarında emredici normlara ilişkin iddialar yalnızca hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler bağlamında ortaya çıkmamaktadır. Hem yatırımcı hem de devletin çeşitli iddialarının dayanağı olarak emredici normlara başvurduğu durumlar söz konusu olmuştur.<sup>677</sup> Ancak bu bölümün konusunu yalnızca hukuka aykırılığın ortadan kalkması bağlamında emredici normlar oluşturmaktadır.

Uluslararası hukukun hangi kurallarının emredici olduğuna ilişkin bir görüş birliği olmamakla birlikte, kuvvet kullanma, işkence, soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar, kölelik ve köle ticaretine ilişkin yasakların ve silahlı çatışmalarda bireylerin korunmasına ilişkin insancıl hukuk kurallarının emredici kural oldukları kabul edilmektedir.<sup>678</sup> Ancak kuvvet kullanma yasağının emredici niteliği bakımından bir ayrıma gidilmektedir.

ILC'ye göre her tür kuvvet kullanma eylemi emredici kuralın ihlali anlamına gelmemektedir. Kuvvet kullanmanın bazı meşru amaçlara dayanan biçimlerinin yasağa aykırı olmakla birlikte emredici bir kuralı ihlal etmediği kabul edilmektedir.

ILC'ye göre saldırı, fetih ve zorla ilhak gibi devletin ülkesel bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığına karşı kuvvet kullanılan durumlar *jus cogens*'in ihlalidir ve hukuka aykırılığının ortadan kaldırılabilmesi için herhangi bir gerekçeye başvurulamaz.<sup>679</sup> Bu tip fiiller aynı zamanda saldırı fiili (*act of aggression*)

<sup>676</sup> Björklund, "Emergency Exceptions", dn. 202.

<sup>677</sup> Genel olarak yatırım tahkimi ile emredici normlar arasındaki teorik ilişki ve hem yatırımcı hem de ev sahibi devlet tarafından çeşitli iddiaların dayanağı olarak emredici normlara başvurulması hakkında bir inceleme için bkz. Valentina Vadi, "Jus Cogens in International Investment Law and Arbitration", **Netherlands Yearbook of International Law**, 2015, ss. 357-388. (Bundan sonra "Jus Cogens")

<sup>678</sup> Aksar, **Uluslararası Hukuk I**, s. 97.

<sup>679</sup> ILC emredici norma aykırı olmayan kuvvet kullanma biçimlerine örnek olarak şu fiilleri saymıştır: "ülkesine saldırmaya hazırlanan silahlı grupların zararlı eylemlerini önlemek için yabancı bir devletin ülkesine girilmesi; sınırı geçerek yabancı devletin ülkesine giren ve belki de merkezi orada bulunan silahlı bir grubun veya suç çetesinin takip edilmesi sırasında yabancı devlet ülkesine girilmesi, devlet otoritesi ve kontrolü altında bulunmayan düşman güçlerce yahut gruplarca saldırıya uğrayan veya ahkonulan vatandaşların veya diğer kişilerin hayatlarının korunması için yabancı devlet ülkesine

kapsamında kalmaktadır. Ancak saldırı fiili olarak nitelendirilebilecek bir ağırlığa ulaşmayan fiillerin işlenmesi halinde ise kuvvet kullanma yasağının ihlali mevcut olmakla birlikte emredici bir norma aykırılık söz konusu değildir.<sup>680</sup> Yani ILC kuvvet kullanma yasağını ikiye ayırmakta ve kuvvet kullanmanın ancak belirli bir ağırlığa ulaşmış ve saldırı niteliğinde olan biçimlerini emredici norma aykırı kabul etmektedir. O halde kuvvet kullanmanın emredici normu ihlal etmeyen biçimleri bakımından bir hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebebe başvurmak mümkündür.

Yatırım tahkimi bakımından emredici norma aykırılık iddialarının insan hakları hukuku ihlalleri ile bağlantılı olarak ortaya çıkması daha olasıdır. Her ne kadar bir bütün olarak insan hakları hukuku normlarının emredici kural düzeyinde olduğunu söylemek mümkün değil ise de, belirtildiği üzere işkence yasağı emredici olduğu kabul edilen bir normdur. Ancak yatırım hukuku bakımından mesele normun emredici niteliğinden ziyade hakem mahkemesinin konu bakımından yargı yetkisinin sınırları içinde kalıp kalmadığına ilişkindir. Genel olarak yatırımcının emredici norma dayanan iddiaları hakem mahkemeleri tarafından yetkisizlik sebebiyle dikkate alınmamaktadır.<sup>681</sup> Örneğin Suriyeli bir yatırımcının işkence dahil olmak üzere bazı insan hakları ihlallerini öne sürdüğü *Biloune v Ghana*<sup>682</sup> davasında mahkeme, yalnızca yatırımla ilişkili olan uyuşmazlıkları görmeye yetkili olduğunu belirterek bağımsız bir biçimde öne sürülen insan hakları ihlali iddialarını değerlendiremeyeceğini belirtmiştir.<sup>683</sup>

## F. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Bir Hal Öne Sürmenin Sonuçları

---

girilmesi; sınırın ötesinde meydana gelme veya sınırın ötesine sızrama tehdidi taşıyan tehlikelerin kaynağını ortadan kaldırmak veya etkisiz hale getirmek için yabancı devlet ülkesine girilmesi” bkz. **ILC Raporu**, 1980, para. 37.

<sup>680</sup> **ILC Raporu**, 1980, para. 23.

<sup>681</sup> Vadi, “Jus Cogens”, s. 372.

<sup>682</sup> *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989.

<sup>683</sup> **Ibid.**, para. 203.

## 1. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Bir Hal Öne Sürmenin Yükümlülüğe Etkisi

ILC Maddeleri 27. maddesinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal öne sürmenin sonuçları V. Bölüm’de yer alan mazeretlerin tamamı bakımından ortak olarak düzenlenmiştir. Düzenleme şu şekildedir:

### “Madde 27

#### Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Bir Hal Öne Sürmenin Sonuçları

Bu bölüm uyarınca hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal öne sürmek aşağıdakilere halel getirmez:

- (a) Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hal artık mevcut değilse ve bu ölçüde, söz konusu yükümlülüğe riayet;
- (b) Söz konusu yükümlülüğün yol açtığı maddi kayıp için tazminat meselesi.”

Görüldüğü üzere hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal öne sürmenin iki temel sonucu bulunmaktadır. İlk sonuç yükümlülüğe ilişkin olup, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hal süresince devletin aykırı davranışının mazur görüleceği; ancak bu durumun sona ermesi ile birlikte yükümlülüğe uygun davranma görevinin yeniden ortaya çıkacağını düzenlemektedir. Bu prensip Gabcikovo-Nagymaros davasında şu şekilde ifade edilmiştir: “*Zaruret hali sona erdiği anda anlaşma yükümlülüklerine uygun davranma görevi canlanır.*”<sup>684</sup> Böylece söz konusu prensip ile hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerin geçici niteliği vurgulanmaktadır.

Bu durum hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hal süresince yükümlülüğün ortadan kalkıp kalkmadığı sorusunu akla getirebilir. Özellikle anlaşmadan kaynaklanan yükümlülükler bakımından bu noktada anlaşmalar hukuku ile sorumluluk hukuku arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Hem anlaşmalar hukukuna ilişkin 1969 Viyana Sözleşmesi hem de ILC Maddeleri bu ayrımı gösteren kurallar içermektedir. 1969 Viyana Sözleşmesi 73. Maddesine göre: “*Bu Sözleşmenin hükümleri bir anlaşma ile ilgili olarak devletin halefiyeti veya bir devletin*

<sup>684</sup> Gabcikovo-Nagymaros Case, para. 101.



uluslararası sorumluluğu veya devletler arasında ortaya çıkabilecek herhangi bir soruna hanel getirmeyecektir.” ILC Maddeleri 56. maddesine<sup>685</sup> ilişkin açıklamada ise “Bu maddelerin anlaşmalar hukuku veya diğer hukuk alanlarından kaynaklanan bir uluslararası yükümlülüğün ihlalinin hukuki neticeleri ile hiçbir ilgisi yoktur.” ifadesine yer verilmiştir.<sup>686</sup> Örneğın bir anlaşmanın esaslı ihlal nedeniyle sona erip ermediğinin tespiti tamamen anlaşmalar hukuku uyarınca belirlenmesi gereken bir konudur. 1969 Viyana Sözleşmesi bir anlaşmanın ve dolayısıyla anlaşmada yer alan yükümlülüklerin sona ermesi veya yürürlüğünün askıya alınmasına ilişkin düzenlenmeler içermektedir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden birinin örneğın zaruret hali veya mücbir sebebin bu düzenlemeler çerçevesinde bir askıya alma veya sona erme sebebi oluşturup oluşturmadığı mahkeme tarafından incelenebilir. Ancak bunun dışında ILC Maddeleri 27. maddesi hükmünün doğrudan yükümlülük üzerinde böyle bir etkisi bulunmamaktadır. 27. madde yalnızca devletin sorumluluğunun değerlendirilmesi bakımından yükümlülüğün askıda sayılacağı; dolayısıyla devletin yükümlülüğe aykırı eylemlerinin mazur görüleceği zaman dilimini göstermektedir. *Rainbow Warrior* davasında anlaşmalar hukuku ve sorumluluk hukuku arasındaki bu ayırım gündeme gelmiş ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal olsa dahi, yükümlülüğün geçerliliğinin anlaşmalar hukukuna göre belirleneceği ifade edilmiştir.<sup>687</sup>

Diğer yandan devletin sorumluluktan kurtulmak için anlaşmalar hukukundan kaynaklanan savunmaların yanı sıra sorumluluk hukuku temelli savunmalara da başvurabileceği uluslararası uygulamada kabul edilmektedir. Bu bakımdan yukarıda sözünü ettiğimiz ayırım, devletin bu bağlamda yapacağı savunmaya bir sınırlama getirmemektedir. Örneğın *Rainbow Warrior* davasında hakem mahkemesi her iki normatif sistemin de dava ile ilişkili ve uygulanabilir olduğuna karar vermiş; anlaşmadan kaynaklanan yükümlülüğün içeriğinin anlaşmalar hukuku çerçevesinde belirleneceğini, eğer koşullar mevcut ise hukuka aykırılığı ortadan kaldıran

---

<sup>685</sup> **Madde 56**

**Bu Maddelerin Düzenlemediği Devletin Sorumluluğuna İlişkin Meseleler**

*Uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları, bu maddeler tarafından düzenlenmediği ölçüde, bir devletin uluslararası hukuka aykırı eylemden sorumluluğuna ilişkin meseleleri düzenlemeye devam eder.*

<sup>686</sup> **ILC Commentaries**, Art. 56, para. 3.

<sup>687</sup> *Rainbow Warrior Case*, s. 251-252.

durumların da öne sürülebileceğini ifade etmiştir.<sup>688</sup> *Gabcikovo-Nagymaros* davasında da benzer biçimde anlaşmalar hukukunun yanı sıra, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar çerçevesinde daha geniş savunmalar öne sürme hakkının mevcut olduğu belirtilmiştir.<sup>689</sup>

## 2. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Bir Hal Öne Sürmenin Tazminata Etkisi

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal öne sürmenin sonuçlarından bir diğeri tazminata ilişkindir. Öncelikle belirtmelidir ki, ILC Maddeleri'nde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durumun varlığı halinde tazminat ödenip ödenmeyeceği meselesi kesin bir çözüme kavuşturulmamıştır. ILC Maddeleri'nde bunun kesin bir biçimde düzenlenmesinden kaçınılarak “halel getirmez” (*without prejudice*) ifadesi ile mutlaka tazminat ödeneceğini öngören bir kural yerine, tazminata açık kapı bırakan bir düzenleme tercih edilmiştir. Yani bugün “hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durumun varlığı halinde tazminat yükümlülüğü devam eder” denilmesi mümkün olmadığı gibi, tam tersinin de kesin bir biçimde öne sürülmesi mümkün değildir.

ILC Maddeleri'nin hazırlık çalışmalarından hareketle bunun bir sebebinin tüm hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar bakımından “ortak” bir düzenleme getirilmesi, böylelikle meşru müdafaa, karşı önlemler veya zauret hali gibi birbirinden çok farklı olan durumlar bakımından neticenin tek bir düzenlemede yer almasının imkansızlığı belirtilmektedir.<sup>690</sup> Madde açıklamasında da bunu destekler biçimde 27. madde kapsamındaki durumların çeşitliliği nedeniyle detaylı bir tazminat rejimi öngörülmesinin uygun olmadığı ifade edilmektedir.<sup>691</sup> ILC Maddeleri'nin hazırlık çalışmaları incelendiğinde de başlangıçta rıza, mücbir sebep, zaruret hali ve tehlike bakımından tazminat imkanı öngörülürken meşru müdafaa ve

<sup>688</sup> *Ibid.*, s. 251, para. 75.

<sup>689</sup> *Gabcikovo-Nagymaros Case*, s. 7.

<sup>690</sup> Binder, “Circumstances Precluding Wrongfulness”, s. 468 vd.

<sup>691</sup> *ILC Commentaries*, Art. 27, para. 6.

karşı önlemler bakımından tazminata yer verilmediği görülmektedir.<sup>692</sup> Sonuç olarak ILC konuyu kesin bir biçimde düzenlemeyerek, tazminat konusundaki kararın somut olaydaki adalete göre hakem mahkemesi tarafından verilmesine imkan sağlamıştır.

Bu konudaki mahkeme kararları birbirinden farklı olmakla birlikte, bazı hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar bakımından belirgin bir eğilimin olduğu da savunulmaktadır. Buna göre yargı ve hakem mahkemesi kararlarından hareketle zaruret halinin varlığı durumunda tazminat söz konusu iken, mücbir sebep durumunda böyle bir yükümlülüğün mevcut olmadığı öne sürülmüştür.<sup>693</sup> Çünkü zaruret halinde devletin bir iradesi söz konusu iken, mücbir sebep halinde böyle bir iradeden söz etmek mümkün değildir.

Yatırım tahkiminde verilen kararlar incelendiğinde bu konuda taraflar arasındaki özel düzenlemelerin de varlığından dolayı farklı uygulamaların olduğu görülmektedir. Örneğin *LG&E v Argentine* davasında zaruret hali süresince meydana gelen zarara yatırımcının katlanması gerektiğine ve tazminat ödenmesine yer olmadığına karar verilmiştir.<sup>694</sup> *CMS v Argentine* davasında ise ekonomik krizin yol açtığı maddi zararın taraflar arasında dağıtılmasına karar verilmiş ise de<sup>695</sup>, *CMS İptal Komitesi* bu kararın taraflar arasındaki özel düzenlemenin doğru bir biçimde uygulanmamasından kaynaklandığına, çünkü ilgili düzenlemenin anlaşmanın esasa ilişkin hükümlerinin uygulanmasını ve yükümlülüğün ihlalini engellemesi sebebiyle tazminat yükümlülüğünün doğmayacağına karar vermiştir.<sup>696</sup>

*Enron v Argentine* davasında mahkeme kesin bir yargıya varmamakla birlikte, zaruret hali durumunda tazminat yükümlülüğünün devam edeceği lehine bir yaklaşım içinde gibi görünmektedir.<sup>697</sup> Ancak ideal çözümün zarar gören taraf ile davalı arasında müzakere yoluyla bu konunun çözülmesi olduğunu belirtmiştir.<sup>698</sup> Böyle bir çözümün söz konusu olmaması halinde, hakem mahkemesi tazminatın

<sup>692</sup> Binder, “Circumstances Precluding Wrongfulness”, s. 468.

<sup>693</sup> *Ibid.*, s. 469.

<sup>694</sup> *LG&E v Argentine*, Award, para. 264.

<sup>695</sup> *CMS v Argentine*, Award, para. 264. Hakem mahkemesi kararında şu ifadeye yer vermiştir: “zaruret hali bir eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilir, ancak feda edilen hakkın sahibine tazminat ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.” (para. 388)

<sup>696</sup> *CMS v Argentine*, Decision on Annulment, para. 146.

<sup>697</sup> Björklund, “Emergency Exceptions”, s. 512.

<sup>698</sup> *Enron v Argentine*, Award, para. 345.

düzeyini belirleyecektir. *Sempra v Argentine* davasında da meselenin çözümü için en iyi yöntemin müzakere olduğu belirtilmiştir.<sup>699</sup>

27. maddede öngörülen tazminatın onarım yöntemlerinden biri olarak 36. Maddede öngörülen tazminattan farklı olduğu ifade edilmektedir. ILC'ye göre 27. Madde (b) paragrafında “tazminat” ifadesi kullanılmış olsa da, bunun hukuka aykırı eylemden dolayı onarım yükümlülüğü kapsamındaki tazminat ile bir ilgisi yoktur.<sup>700</sup> Ayrıca 27 maddede “zarar” (damage) ifadesi yerine “maddi kayıp” (material loss) ifadesinin tercih edildiği göze çarpmaktadır. ILC bunun bilinçli bir tercih olduğunu şu sözlerle ifade etmiştir:

“Maddi kayıp ifadesi diğer maddelerdeki zarar kavramından daha dardır: Madde 27 yalnızca taraflardan biri V. Bölüm’de düzenlenen bir duruma dayandığı zaman ortaya çıkabilecek kayıpların belirlenmesi ile ilgilidir.”<sup>701</sup>

Bu açıklama hukuka aykırı eylemden dolayı tazminat ile hukuka aykırılığı ortadan kalkmış bir eylemin neden olduğu maddi kayıpların tazmini arasında teorik bir ayırım yapmakla birlikte, zarar ve maddi kayıp arasındaki farklılığı tam olarak ortaya koymamaktadır. Doktrinde tazminatın “maddi kayıp” ile sınırlanmış olmasının örneğin “mahrum kalınan kazanç” veya “dolaylı zararlar”ın tazminini dışarıda bıraktığı; yine bu dönem boyunca “faiz” işlemeyeceği, dolayısıyla devlet bakımından genel tazminat yükümlülüğü ile kıyaslandığında daha lehe bir düzenleme olduğu belirtilmektedir.<sup>702</sup> Bir diğer olumlu özellik olarak hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durum boyunca tazminat yükümlülüğünün askıda olacağı ve esas yükümlülüğün yeniden canlanması ile birlikte bu yükümlülüğün yeniden ortaya çıkacağı ifade edilmiştir.<sup>703</sup>

<sup>699</sup> *Sempra v Argentine*, Award, para. 395-395.

<sup>700</sup> **ILC Commentaries**, Art. 27, para. 4.

<sup>701</sup> **Ibid.**

<sup>702</sup> Binder, “Circumstances Precluding Wrongfulness”, s. 470-471.

<sup>703</sup> Björklund, “Emergency Exceptions”, s. 515.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### YATIRIM İHTİLAFLARINDA DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI

#### I. Genel Olarak Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Sonuçları

##### A. Genel Olarak

Bir devletin hukuka aykırı eyleminden sorumlu olduğuna karar verildiği takdirde, her sorumluluk türünde olduğu gibi bazı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu sonuçlar esasen, devletin sorumluluk nedeniyle birtakım yeni yükümlülükler üstlenmesine ilişkindir. Devletin sorumluluğun sonucu olarak ortaya çıkan yükümlülükleri, birincil kurallar ile düzenlenen ve ihlal edilmesi sorumluluğa yol açan yükümlülüklerden farklıdır. Devletin sorumluluğunun tespit edilmesi ile birlikte zarar gören ile devlet arasında, önceki mevcut ilişkilerinden farklı yeni bir ilişki kurulmaktadır. Bu ilişkiye hâkim olan prensipler ve bu ilişki çerçevesinde devletin sahip olduğu yükümlülükler ILC Maddeleri İkinci Kısım'da düzenlenmiş bulunmaktadır. Birinci Kısım uyarınca sorumluluğun koşulları veya hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller çerçevesinde bir devletin sorumluluğunun doğup doğmadığı tespit edilirken; İkinci Kısım bu belirlemenin neticelerini düzenlemektedir. Birinci ve İkinci Kısımlar arasındaki bu teorik ve mantıksal ayırım ILC Maddeleri'nde de ifade edilmiştir:

##### “Madde 28

##### Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Eylemin Hukuki Sonuçları

Birinci kısım hükümleri uyarınca bir uluslararası hukuka aykırı eylemin neticesi olan devletin uluslararası sorumluluğu, bu kısımda yer alan hukuki sonuçları içerir.”

Aşağıda öncelikle ILC Maddeleri'nde sorumluluk ilişkisine hâkim olan prensiplere ve ikinci olarak sorumluluğun neticesinde ortaya çıkan yükümlülüklerle yer verilecektir.

## **B. Devletin Uluslararası Sorumluluğun Sonuçlarına İlişkin Genel Prensipler**

### **1. İç Hukukun Öne Sürülememesi**

ILC Maddeleri, 32. maddesi uluslararası hukukun temel bir prensibini ortaya koymaktadır. Buna göre, sorumlu devlet sorumluluğun neticesinde ortaya çıkan yükümlülüklerini yerine getirmeme gerekçesi olarak iç hukukundaki hükümleri öne süremeyecektir.<sup>704</sup> Aksine izin verilmesi halinde “uluslararası sorumluluk” müessesinin anlamsız ve etkisiz hale geleceği aşikardır. İç hukukun öne sürülememesi, esasen uluslararası hukuk ve iç hukuk biçiminde yapılan temel ayrıma dayanmaktadır ve uluslararası hukukun yerleşik bir prensibidir. Ayrıca bu kural *pacta sunt servanda* prensibinin de doğal bir sonucudur.

1969 Viyana Sözleşmesi'nde de bir devletin anlaşmada yer alan yükümlülüklerini yerine getirmeme gerekçesi olarak iç hukukundaki hükümleri öne süremeyeceği düzenlenmiştir. Böylece devletin (anlaşma ile düzenlenen) birincil normlardan kaynaklanan yükümlülüklerine uygun davranması ve iç hukukunu bir mazeret olarak öne sürememesi temin edilmiştir. ILC Maddeleri'nde yer verilen prensip ise bunun tamamlayıcısıdır. İkincil normlar, yani ILC Maddeleri'nin uygulanması neticesinde ortaya çıkan yükümlülükler de iç hukuka dayanan iddialara karşı korumaya alınmıştır.

---

<sup>704</sup> İlgili kuralın metinde kaleme alındığı biçimi şöyledir:

#### **Madde 32**

#### **İç Hukukun İlgisizliği**

*Sorumlu devlet bu kısım altındaki yükümlülüklerini yerine getirmeme gerekçesi olarak iç hukukundaki hükümleri öne süremez.*

## 2. Sorumluluk Neticesinde Ortaya Çıkan Yükümlülüklerin Kapsamı ve Yönelik Olduğu Kişiler

Devletin sorumluluğu neticesinde ortaya çıkan yükümlülüklerinin içeriği, kapsamı ve kimlere karşı yükümlü olunabileceği ILC Maddeleri'nde şu şekilde düzenlenmiştir:

### “Madde 33

#### **Bu Bölümde Ortaya Konan Uluslararası Yükümlülüklerin Kapsamı**

1. Sorumlu devletin bu kısımda ortaya konan yükümlülükleri, özellikle uluslararası yükümlülüğün niteliği ve içeriğine ve ihlalin koşullarına bağlı olarak, başka bir devlete, devletlere veya bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olabilir.
2. Bu kısım, bir devletin uluslararası sorumluluğundan doğan, devlet dışında herhangi bir kişi veya birimin doğrudan sahip olabileceği herhangi bir hakka hanel getirmez.”

Madde 33(1)'de sorumluluk sonucu ortaya çıkan yükümlülüklerin kime karşı olacağını, ihlal edilen uluslararası yükümlülüklerin nitelik ve içeriğine ve ihlalin koşullarına bağlı olarak belirleneceği vurgulanmıştır. Yani bu konu ILC Maddeleri çerçevesinde değil, ihlal edilen uluslararası yükümlülüğün niteliği, kısacası birincil normlar uyarınca çözümlenmesi gereken bir konudur.

Aynı maddede birincil normlar çerçevesinde yapılan belirlemelere göre İkinci Kısım uyarınca ortaya çıkan yükümlülüklerinin kimlere karşı olabileceği belirtilmiştir: Buna göre sorumluluğun neticesi olan yükümlülükler bir veya birden fazla devlete veya uluslararası topluma karşı olabilir. Bu ifade ile ilgili yükümlülüklerin devlet dışındaki kişi veya birimlerce, örneğin yabancı yatırımcılar tarafından öne sürülemeyeceği mi kast edilmek istenmiştir?

Öncelikle maddenin lafzından hareket edilirse, ilgili yükümlülüklerin bir devlete, devletlere veya bir bütün olarak uluslararası topluma karşı “olabileceği”nden söz edilmektedir. Bu nedenle ilgili ifadenin sınırlayıcı ya da emredici bir anlam taşımadığı; böyle bir anlam verilmek istense idi bunu şüpheye yer bırakmayacak bir

ifadenin tercih edilebileceği; ancak ILC'nin böyle bir tercihte bulunmamasının bu yorumu desteklediği söylenebilir. Madde açıklamasından da ILC'nin böyle bir niyet taşıdığı anlaşılmaktadır:

“Bir devlete karşı onarım yükümlülüğü söz konusu olduğunda, onarımın bu devletin yararına olma zorunluluğu yoktur. Örneğin, bir devletin insan haklarının korunmasına ilişkin bir anlaşmadan kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlali nedeniyle sorumluluğu, anlaşmanın diğer tüm taraflarına karşı olabilir; ancak ilgili bireyler ilgili hakkın nihai yararlanıcıları ve ilgili hakkın sahipleri olarak değerlendirilmelidir. ... İhtimallerin çeşitliliği LaGrand davasında UAD'ın Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi 36. maddesinin “bireysel haklar yarattığı, ve bunların İhtiyari Protokol'ün birinci maddesi uyarınca bu mahkeme önünde alıkonulan kişinin vatandaşı olduğu devlet tarafından öne sürülebileceği” biçimindeki yargısı ile ortaya konmuştur.”<sup>705</sup>

ILC'nin açıklamasından da anlaşılacağı gibi, uluslararası sorumluluk başka devlet veya devletlere karşı iken, uluslararası anlaşma ile bahsedilen hakkın yararlanıcıları ya da sahipleri bireyler veya devlet dışındaki diğer birimler olabilmektedir. Bu gibi durumları düzenleme ihtiyacının sonucu olarak md. 33(2) hükmü getirilmiştir.

Madde 33(2)'de devlet dışındaki kişi veya birimlerin “devletin uluslararası sorumluluğundan doğan” haklarından söz edilmektedir. Yani devlet dışındaki kişi veya birimler de ikincil normlardan doğan yükümlülüklerin yararlanıcıları olabilmektedir. ILC Maddeleri, İkinci Kısım hükümlerinin uygulanabileceği kişilerin devletler ile sınırlı olmadığı ILC tarafından madde açıklamasında daha açık bir biçimde ortaya konmuştur:

“Kısım İki devletlerin sona erdirme ve onarıma ilişkin ikincil yükümlülükleri ile ilgilidir ve bu yükümlülükler, *inter alia*, bir veya birden fazla devlete veya bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olabilir. Birincil yükümlülüğün devlet dışında bir birime karşı olduğu durumlarda, bu birimin kendi hesabına ve herhangi bir devletin müdahalesi olmaksızın sorumluluğu öne sürebileceği bir prosedür söz konusu olabilir. Bu durum örneğin bir mahkemeye ve etkilenen kişiler için öngörülen başka bir organa başvuru hakkı tanıyan insan hakları sözleşmeleri bakımından geçerlidir. Aynı şekilde iki taraflı veya bölgesel yatırım koruma anlaşmaları çerçevesinde hak tanınması durumları bakımından da geçerlidir.”<sup>706</sup>

<sup>705</sup> ILC Commentaries, Art. 33, para. 3

<sup>706</sup> Ibid., para. 4.



Madde yorumunda “*inter alia*” (diğerleri yanında) ifadesi ile İkinci Kısımın uygulanabileceği kişiler bakımından bir sınırlandırma amacı taşınmadığı, bu yükümlülüklerin devlet dışındaki birimlere karşı da olabileceği anlaşılmaktadır. Yalnızca bu kişilerin devlet müdahalesi olmaksızın doğrudan başvurabilecekleri mekanizmaların mevcut olma ihtimali göz önünde bulundurulmuş ve bu mekanizma çerçevesindeki haklara ILC Maddeleri’nin hanelerini getirmeyeceği ortaya konmuştur. Dolayısıyla *lex specialis* ile düzenlenmediği ölçüde yatırım ihtilafları bakımından sorumluluğun sonuçlarının uygulanmasına bir engel yoktur. Ancak sorumluluğun ileri sürülmesine ilişkin Üçüncü Kısım Birinci Bölüm’de yer alan usuli kurallar yatırım ihtilaflarının özel tahkim mekanizmaları çerçevesinde çözülmesi nedeniyle uygulanabilir nitelikte değildir. ILC tarafından da devlet dışındaki kişilerin kendi hesabına devletin sorumluluğunu öne sürmeye yetkili olup olmadığı veya ne ölçüde yetkili olduğu meselesinin özel birincil kurallar çerçevesinde belirlenecek bir mesele olduğu ifade edilmiştir.<sup>707</sup>

### **3. Zarar Unsuru ve Zarar Görenin Kusurunun Zararın Belirlenmesinde Dikkate Alınması**

Devletin sorumluluğunun koşulları incelenirken belirtildiği üzere, zarar sorumluluğun kurucu unsurlarından biri değildir. Başka bir ifadeyle, devletin bir hukuka aykırı bir eylemi nedeniyle sorumluluğunun ileri sürülebilmesi için bir zararın meydana gelmiş olması gerekmez. Ancak bu durum daha çok devletler arasındaki ilişkiler bakımından geçerli olup yatırımcı-devlet tahkiminde öne sürülen yatırımcının ev sahibi devlet tarafından uğradığı zararın onarımıdır.

Eğer bir zarar meydana gelmiş ise, zarar görenin kusuru da sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde dikkate alınır. ILC Maddeleri md. 39’da zarar görenin kasdi veya ihmali davranışının onarım yükümlülüğüne etkisi düzenlenmiştir. Buna göre:

#### **“Madde 39**

---

<sup>707</sup> Ibid.

### **Zarara Katkı**

Onarımın belirlenmesinde, zarar gören devletin veya kendisi için onarım talep edilen kişi veya birimin kasdi veya taksirli fiili veya eylemi vasıtasıyla zarara katkısı dikkate alınır.”

Zarar görenin kendi kusurlu davranışından fayda elde etmesi veya bir devletin başkasının kusurundan sorumlu tutulması beklenemeyeceğinden, zarar gören ortaya çıkan zarara kendi kusurlu eylemi ile sebep olmuşsa onarım yükümlülüğün belirlenmesinde bu durum dikkate alınacaktır. Bu noktada önemli olan husus “kusur”un varlığının aranmasıdır. Yani zarar görenin zarara katkıda bulunan her türlü davranışı değil; yalnızca kusur içeren davranışları sorumluluğun sonuçlarını etkileyecektir.

Yatırım tahkimi alanında da yatırımcının zarara katkısı, tazminatın belirlenmesinde açık ya da zımni bir biçimde dikkate alınmaktadır.<sup>708</sup> Örneğin *MTD v Chile* davasında açıkça ILC Maddeleri’ne atıf yapılmamakla birlikte, yatırımcıların kusuru tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmış ve verilen kararda tazminat miktarının yüzde elli oranında düşürülmesine yol açmıştır. Karara göre yatırımcılar projenin Şili’nin ilgili düzenleme ve politikalarını uygun olup olmadığını dikkate almayarak ihmalî bir davranışta bulunmuştur. Nihayetinde proje için gerekli izin alınamamıştır. Hakem mahkemesi ev sahibi devletin adil ve hakkaniyet uygun muamele standardını ihlal ettiğine hükmetmekle birlikte, yatırımcının da gerekli izinleri alıp alamayacağını araştırmayarak dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmedikçe karar vermiştir. Bu nedenle yatırımcı uğradığı zararın yarısına katlanmak zorunda kalmıştır.<sup>709</sup>

## **C. Genel Olarak Devletin Uluslararası Sorumluluğu Neticesinde Doğan Yükümlülükler**

<sup>708</sup> Sergey Ripinsky, “Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in Search of Perfect”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 10, no. 38, ss. 5-37, s. 20.

<sup>709</sup> *MTD v Chile*, Award, para. 242-243.

ILC Maddeleri uyarınca devletin bir eyleminden hukuken sorumlu tutulması sonucundan üç temel yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Bunlar: ihlal edilen yükümlülüğün yerine getirilmesine devam etmek (md. 29), uluslararası hukuka aykırı eylemi sona erdirmek ve tekrarlamamak (md. 30) ve onarım yükümlülüğüdür (md. 31). Bu yükümlülüklerden zararın onarımı, farklı biçimlerde gerçekleştirilebilecek olup bu onarım türleri ve bunlara hakim olan prensipler ILC Maddeleri'nin İkinci Kısım, İkinci Bölüm'ünde düzenlenmiştir.

## **1. İhlal Edilen Yükümlülüğe Uygun Davranma Görevi**

Devletin ihlal ettiği için sorumlu tutulduğu yükümlülük, sorumluluk ilişkisinin kurulması ile ortadan kalkmamaktadır. Dolayısıyla devlet ihlal ettiği yükümlülüğe uygun bir biçimde davranmaya devam etmeli ve bu yükümlülüğün gereklerini yerine getirmelidir. Bu husus, ILC Maddeleri'nde şu şekilde ifade edilmiştir. Bu kural ILC Maddeleri, md. 29'da şu şekilde ifade edilmiştir: *“Bu kısım altında yer alan uluslararası hukuka aykırı eylemin hukuki sonuçları, sorumlu devletin devam etmekte olan, ihlal edilen yükümlülüğü ifa etme görevini etkilemez.”*

## **2. Hukuka Aykırı Eylemi Sona Erdirme ve Tekrarlamama Görevi**

Devletin sorumluluk neticesinde ortaya çıkan bir diğer yükümlülüğü eğer hukuka aykırı eylem devam ediyorsa sona erdirme ve eğer şartlar öyle gerektiriyorsa tekrarlamama hususunda uygun güvence ve garantileri verme yükümlülüğüdür.

## **3. Onarım Yükümlülüğü**

Zararın meydana gelmesi her ne kadar sorumluluğun koşullarından biri değilse de; eğer bir zarar meydana gelmişse sorumlu devlet bunun tam onarımını gerçekleştirmekle yükümlüdür. Yani onarım yükümlülüğünün ayrılmaz bir unsuru

“tam onarım prensibi”dir (*full reparation*). Sorumluluğun sonucu olarak ortaya çıkan onarım yükümlülüğü ILC Maddeleri, md. 31’de ifade edildiği gibi, onarım biçimleri ve bunlara ilişkin kurallar ile faiz konusu md. 34-38 arasında düzenlenmiştir. ILC Maddeleri’nde temel olarak üç onarım biçimi kabul edilmiştir. Bunlar eski hale iade, tazminat ve tatmindir. İlgili hükümler ve yatırım hukuku açısından uygulanabilirlikleri aşağıda yatırım ihtilaflarında devletin sorumluluğun sonuçları incelenirken detaylı biçimde değerlendirilecektir.

## II. Yatırım İhtilaflarında Devletin Sorumluluğunun Sonuçları

### A. Genel Olarak

Yatırım anlaşmaları yatırımların korunmasına ilişkin standartları belirleyen birincil kurallar içermekle birlikte, bu birincil yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde tazminatın belirlenmesine ilişkin hükümler içermemektedir.<sup>710</sup> Onarıma ilişkin *lex specialis* bulunmadığından, yatırım hakem heyetleri ILC Maddeleri’nde düzenlenen örf ve adet hukuku niteliğindeki kurallara yönelmektedir.

ILC Maddeleri’nin devletler arasındaki sorumluluk ilişkisini düzenlemek üzere tasarlandığı ve bu nedenle onarıma ilişkin maddelerin eşitler arasında uygulanmaya elverişli iken, bir egemen ile karşı karşıya kalan özel kişiler, yani yatırımcılar ile devlet arasındaki ilişkiye uygulanmaya uygun olmadığı öne sürülmüştür. Bu görüşe göre, taraflar arasında yapısal eşitlik olduğunu varsayan onarıma ilişkin ILC Maddeleri yatırımcı-devlet ilişkisine uygulanmak zorunda değildir.<sup>711</sup> Bu görüş kabul edildiği takdirde, tazminatın öncelikle ilgili yatırım

<sup>710</sup> Zeno Crespi Reghizzi, “General Rules and Principles on State Responsibility and Damages in Investment Arbitration: Some Critical Issues”, **General Principles of Law and International Investment Arbitration**, ed. by Andrea Gattini et. al., Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2018, ss. 58-73, s. 58; (Bundan sonra “Damages in Investment Arbitration”); Ripinsky, “Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in Search of Perfect”, s. 8.

<sup>711</sup> Reghizzi, “Damages in Investment Arbitration”, s. 60-61.

anlaşmasının konu, amacı ve ışığı altında, ikinci olarak ise genel hukuk prensipleri uyarınca belirlenmesi gerekmektedir. Genel hukuk prensiplerinin ise idarenin eylemleri nedeniyle ödenecek tazminat ilişkin ulusal idare hukuku prensiplerini ve tazminata ilişkin uluslararası insan hakları mahkemeleri tarafından geliştiren standartları içerdiği belirtilmiştir.<sup>712</sup> Onarıma ilişkin ILC Maddeleri'nin yatırım tahkimi alanına uygulanmaması gerektiği görüşüne katılmamakla birlikte, 31. maddede yer alan “tam onarım” prensibi karşısında, söz konusu standartların uygulanmasının genellikle devleti daha düşük miktarda bir tazminat ile sorumlu kıldığını<sup>713</sup> vurgulamayı gerekli görmekteyiz. Dolayısıyla ilgili görüş, sorumluluk ve tazminat açısından devletin daha lehine bir uygulama olarak ortaya çıkmaktadır.

Yatırım anlaşmalarına dayanan ihtilaflarda tazminata ilişkin her mesele bakımından başlangıç noktası uluslararası hukuka aykırı eylemler nedeniyle devletin sorumluluğunu düzenleyen genel uluslararası hukuk rejimi, yani ILC Maddeleri'dir.<sup>714</sup> ILC Maddeleri'nde onarıma ilişkin yer alan prensipler bu konudaki örf ve adet hukuku prensiplerine dayanmaktadır.

Onarım biçimlerine ilişkin ILC Maddelerinin açıklaması, temelde devletler arasındaki sorumluluğa ilişkin yargı ve hakem mahkemesi kararlarına atıf yapmakla birlikte, yatırım tahkiminde olduğu gibi devlet dışındaki birimlerin devletin sorumluluğunu ileri sürdüğü durumlarda uygulanan prensipler ile benzerdir.<sup>715</sup> Yani söz konusu düzenlemeler hem devletler arasındaki sorumluluk ilişkileri, hem de birey veya tüzel kişiler ile devlet arasındaki sorumluluk ilişkileri ve sonucunda ortaya çıkan onarım yükümlülüğü bakımından uluslararası mahkeme ve hakemlikler tarafından verilmiş olan tutarlı içtihadı yansıtmaktadır. Bu bakımdan ILC Maddeleri, yatırımcı-devlet arasındaki sorumluluk ilişkisi ile de uyumludur.

Yatırım anlaşmalarının ihlali devletin uluslararası bir yükümlülüğünü ihlal etmesi anlamına geldiğinden, devletin yatırım anlaşmalarından kaynaklanan

---

<sup>712</sup> *Ibid.*, s. 61.

<sup>713</sup> *Ibid.*, s. 62.

<sup>714</sup> Eric De Brabandere, **Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications**, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, s. 177. (Bundan sonra “**Investment Treaty Arbitration**”)

<sup>715</sup> *Ibid.*, s. 178, dn. 12.

sorumluluğu aslında genel sorumluluğun bir görünümünden ibarettir. Dolayısıyla hukuka aykırı eylem nedeniyle meydana gelen zararın onarımı için yalnızca tazminat değil; ILC Maddeleri’nde öngörülen diğer onarım biçimleri olan eski hale iade ve tatminin de yatırım hukuku alanına uygulanması meselesi gündeme gelmektedir. Yatırım hukuku açısından önemli olan bir diğer mesele de ILC Maddeleri çerçevesinde onarımı öngörülen manevi tazminatın, yatırım ihtilaflarında öne sürülebilir olup olmadığıdır.

Elbette daha önce belirtildiği gibi, sorumluluğun sonuçlarının da taraflar arasında özel olarak düzenlenmesine bir engel yoktur. Yine *lex specialis* prensibi gereği, sorumluluğun sonuçları taraflarca düzenlendiği ölçüde ILC Maddeleri uygulanmayacaktır. Ancak yatırım anlaşmalarının çoğu sorumluluğun sonuçları konusunda sessizdir.<sup>716</sup> Genellikle yatırım anlaşmaları tarafından düzenlenen konu, hukuka uygun bir kamulaştırma için ödenmesi öngörülen tazminata ilişkindir; ki bu halde söz konusu olan tazminat hukuka aykırı eylemden kaynaklanan sorumluluk nedeniyle ödenen tazminat değildir. Dolayısıyla tahkim davalarının birçoğunda ILC Maddeleri ile kodlaştırılmış olan onarım yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün yerine getirilmiş sayılması için gerekli standartlar belirleyici olmuştur.

Yine de sorumluluğun sonuçları bakımından ILC Maddeleri’nin rolünün sınırlı olması gerektiğini savunan bir görüş de mevcuttur.<sup>717</sup> Bu görüş yatırım ihtilafları bakımından ILC Maddeleri’ne ve burada düzenlenen onarım biçimlerine temkinli yaklaşmaktadır.

## **B. Kamulaştırmadan Doğan Tazminat – Hukuka Aykırı Eylemden Doğan Tazminat Ayrımı**

ILC Maddeleri’nde devletin yalnızca hukuka aykırı bir eyleminin sonuçları düzenlenmiş olup, bu eylem neticesinde meydana gelen zararın onarım biçimi olarak yalnızca “tazminat” (*compensation*) kavramı kullanılmaktadır. Uluslararası yatırım

<sup>716</sup> *Ibid.*, s. 178; Andrés Jana, “Reparation in Investment Treaty Arbitration”, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 110, 2016, ss. 288-292, s. 288.

<sup>717</sup> Douglas, *The International Law of Investment Claims*. s. 96 vd., özellikle s. 97, para. 175.

hukukunda ise kavramların kullanılması bakımından bir ayrıma gidilmektedir. Bu ayrım hukuka uygun kamulaştırma ve hukuka aykırı kamulaştırma farklılığından kaynaklanmaktadır.

Uluslararası hukukta bir devletin düzenleyici yetkileri çerçevesinde kamulaştırma yapabileceği ve bu kamulaştırmanın hukuka uygun olması için kamulaştırılan mal karşılığında uygun bir bedel ödemesi kabul edilmektedir.<sup>718</sup> Bu halde, devletin hukuka uygun bir eylemi neticesinde ödediği bir bedel söz konusudur ve bu bedel yatırım hukukunda “tazminat” (*compensation*) olarak adlandırılmaktadır.<sup>719</sup> Devletin hukuka aykırı şekilde bir malı kamulaştırması ise onun sorumluluğunu doğurur ve bu sorumluluğun sonucu olarak ödediği bedel ise bazı yazarlarca, Türkçe’de yine tazminat anlamına gelecek bir biçimde *damages* olarak adlandırılmaktadır.<sup>720</sup> Bu halde devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi ve bu eylemin yarattığı zararın onarımı amacıyla bir bedel ödemesi söz konusudur. Dolayısıyla bu ayrımın temelinde hukuka uygunluk-hukuka aykırılık ayrımı bulunmaktadır.

Çalışmamızın konusunu ise devletin uluslararası hukuka aykırı eylemleri nedeniyle sorumluluğu oluşturduğundan, devletin hukuka uygun bir kamulaştırma için ödemiş olduğu veya ödemesi gereken bedel konunun dışında kalmaktadır. Bu bağlamda inceleyeceğimiz mesele yalnızca devletin hukuka aykırı kamulaştırma eylemi ve hukuka aykırı eylem nedeniyle ödemekle yükümlü olduğu bedel olup, bu yükümlülüğü nitelendirmek için çalışma boyunca “tazminat” ifadesini ILC

---

<sup>718</sup> İki taraflı yatırım anlaşmalarında genellikle kamulaştırma nedeniyle ödenecek tazminatın uygun, yeterli ve etkin (*prompt, adequate and effective compensation*) olması öngörülmektedir. Bunun yanında adil ve hakkaniyetli (*fair and equitable*) olması yönünde hükümlere de rastlanmaktadır. Kamulaştırmanın şartları ve ödenecek tazminatın hesaplanması ile ilgili örf ve adet hukuku kuralları yeterince açık olmadığından, iki taraflı yatırım anlaşmalarının sayısı giderek artmakta ve bu konu anlaşmalarla düzenlenmektedir. Bkz. Aksar, **Uluslararası Hukuk II**, s. 225.

<sup>719</sup> Adlandırmada söz konusu ayrımı benimseyen yazarlar için bkz. Irmgard Marboe, “Compensation and Damages in International Law – The Limits of Fair Market Value”, **Journal of World Investment & Trade**, 2006, Vol. 7, ss. 723-759 (Bundan sonra “Compensation and Damages”), s. 725-728; Charles N. Brower, Michael N. Ottolenghi, “Damages in Investor–State Arbitration”, **Transnational Dispute Management**, 2007, vol. 4, s. 6.

<sup>720</sup> Kamulaştırmadan doğan tazminat ve hukuka aykırı eylemden doğan tazminat ayrımını vurgulayan bazı kararlar için bkz. *AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1, 30 November 1979, **ICSID Reports**, Vol. I, 1993, ss. 306-330; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992, para. 183.

Maddeleri terminolojisine uygun olarak “*compensation*” ifadesine karşılık olarak kullanacağız.<sup>721</sup>

## **C. Yatırım İhtilaflarında Onarım Yükümlülüğü ve Onarım Biçimleri**

### **1. Genel Olarak Onarım Yükümlülüğü ve Tam Onarım (*full reparation*) Prensipleri**

Onarım yükümlülüğü ILC Maddeleri’nde açıkça düzenlenmiş olup, uluslararası hukuka aykırı eylem nedeniyle bir zararın meydana gelmesi halinde devletin bu zararı gidermekle yükümlü olmasını ifade etmektedir. Onarım yükümlülüğünün uluslararası hukuka aykırı eyleme son verilmesi yükümlülüğü gibi, sorumluluğun sonuçlarından biri olarak düzenlenmiştir.

Onarım çeşitli biçimlerde gerçekleştirilebilir. ILC Maddeleri’nin onarım yükümlülüğüne ilişkin bölümünde (Kısım II Bölüm II) onarım biçimleri olarak eski hale iade, tazminat ve tatmin öngörülmüş olup, 34. maddede onarımın bunlardan birinin tek başına veya diğerleri ile birlikte uygulanması ile gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir. Yani somut olayda onarım için örneğin tazminat ile aynı anda tatminin yerine getirilmesine karar verilebilir.

ILC Maddeleri’nin konu ile ilgili temel düzenlemesi şu şekildedir:

#### **“Madde 31**

#### **Onarım**

---

<sup>721</sup> Aynı yönde kullanım için bkz. Brabandere, “Investment Treaty Arbitration”, s. 176. Yazar tazminat kavramını uluslararası hukukta kullanıldığı biçimiyle kullanacağını, yani tazminat ile kast edilenin hukuka aykırı herhangi bir eylemin sonucunda ve parasal olarak değerlendirilebilir herhangi bir zararın onarımı amacıyla ödenen maddi karşılık olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda bir anlam karmaşasını önlemek adına ILC Maddeleri’nde kullanılan “*compensation*” ifadesinin yatırım tahkiminde kullanılan ve yukarıda açıkladığımız hukuka aykırı eylemden doğan tazminat (*damages*) anlamına geldiğini vurgulamak gerekir.



1. Sorumlu devlet uluslararası hukuka aykırı eylemin neden olduğu zararın tam onarımını gerçekleştirmek yükümlülüğü altındadır.
2. Zarar, bir devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminin neden olduğu, maddi veya manevi her türlü zararı kapsar.”

31. madde iki önemli prensibi ortaya koymaktadır: Birincisi, zararın tam olarak onarılması yükümlülüğü; ikincisi ise tam olarak onarılması öngörülen zararın maddi veya manevi nitelikte olabileceğidir.

Tam onarım prensibine ILC Maddeleri'nin onarım biçimlerini düzenleyen 34. maddesinde de yer verilmiştir. Maddede uluslararası hukuka aykırı eylemin neden olduğu zararın *tam onarımının* yukarıda belirttiğimiz onarım biçimleri ile gerçekleştirileceğinden söz edilmektedir.

Tam onarım prensibi kaynağını USAD'ın *Chorzow Factory*<sup>722</sup> davasından almaktadır. Esasen bu dava genel olarak hukuka aykırı bir eylemin sonuçları konusundaki prensipleri ortaya koymaktadır. USAD'ın kararına göre:

“Hukuka aykırı eylem kavramında mündemiç temel prensip – ki bu prensip uluslararası uygulama ve özellikle hakem mahkemesi kararları tarafından oluşturulmuştur – onarımın mümkün olan en kısa zamanda, hukuka aykırı eylemin neden olduğu sonuçların tamamını ortadan kaldırması ve eylem gerçekleşmeseydi büyük olasılıkla mevcut olacak olan durumu yeniden tesis etmesidir.”<sup>723</sup>

Bu paragrafta USAD'ın onarım terimini en genel anlamıyla kullandığı, yani spesifik bir onarım biçimine atıf yapmadığı belirtilmektedir.<sup>724</sup> Bir yükümlülüğün ihlal edilmesi neticesinde yeterli (tam) bir biçimde onarımın gerçekleştirilmesi uluslararası hukukun temel bir prensibidir. Onarım yükümlülüğünün ortaya çıkması için bunun özel olarak ilgili anlaşmada düzenlenmesi gerekmemektedir; bu yükümlülük anlaşmayı ihlal etmenin doğal sonucudur.<sup>725</sup>

<sup>722</sup> The Factory at Chorzow (Germany v. Poland) (Claim for Indemnity) (Merits) (1928), P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (Sept. 13).

<sup>723</sup> *Ibid.*, s. 47.

<sup>724</sup> *ILC Commentaries*, Art 31, para. 1.

<sup>725</sup> *Ibid.*

Tam onarım prensibi, devleti ihlal ile orantısız ağırlıkta bir onarım yükümlülüğüne mecbur bırakabileceği gerekçesiyle tereddütler doğurmuştur. Bu açıdan dengeleyici olarak değinilmesi gereken bir diğer prensip “orantılılık”tır. Her ne kadar ILC Maddeleri, md. 31 metninde açıkça ifade edilmemiş ise de ILC tüm zararın onarılması biçimindeki bir prensibin ihlal ile orantısız sonuçlara yol açabileceği biçimindeki tereddütleri dikkate almış ve tek tek onarım biçimlerine ilişkin düzenlemelerde orantılılık prensibini gözetmiştir.<sup>726</sup> Dolayısıyla tam onarım prensibi ile orantılılık prensibinin yakın ilişkisi her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.

Tam tazminat prensibi doğası gereği genel niteliktedir ve tazminatın nasıl hesaplanacağı sorusunu cevaplamamaktadır.<sup>727</sup> Bu nedenle somut olayda tazminatın belirlenmesinde hakem mahkemeleri takdir yetkisine sahiptirler ve tam tazminatın ne şekilde hesaplanacağına ilişkin farklı uygulamalar benimsemişlerdir. Kısacası yatırım tahkimi uygulaması bu konuda yeknesaklıktan uzak olup, zarar gören hak ve menfaatlerin niteliği, kaybın doğası ve kapsamı, yatırımın tamamen mi ortadan kalktığı yoksa zarar mı gördüğü, yatırımın planlama ve kurulum aşamasında mı olduğu yoksa tamamen işleyen bir girişim mi olduğu gibi pek çok farklı faktöre bağlı olarak değişiklik göstermektedir.<sup>728</sup>

## 2. Zarar ve İliyet Bağı

Tam onarımın gerçekleştirilmesi bakımından zarar nasıl hesaplanacaktır? *Chorzow Factory* davasında USAD buna da yanıt vermiştir. Buna göre zarar gören kişinin güncel finansal durumu ile hukuka aykırı eylem gerçekleşmeseydi mevcut olacak finansal durumu arasında bir karşılaştırma yapılmalıdır.<sup>729</sup> Bu iki durum arasındaki fark zararı oluşturacaktır.

---

<sup>726</sup> **Ibid.**, para. 14.

<sup>727</sup> Ripinsky, “Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in Search of Perfect”, s. 8-9.

<sup>728</sup> **Ibid.**

<sup>729</sup> Marboe, “Compensation and Damages”, s. 733.

Onarım yükümlülüğü kapsamında maddi veya manevi her türlü zararın giderilmesi öngörülmüştür. Maddi zarar devletin veya uyruklarının malları veya diğer menfaatlerine yönelik olan ve parasal bakımdan değerlendirilebilir zararı ifade etmektedir. Manevi zarar kişisel acı ve ızdırabı, sevdiklerinin kaybını veya bir kişinin konut veya özel hayat dokunulmazlığının ihlali gibi durumları içermektedir.<sup>730</sup>

Zarar hukuka aykırı eylemin unsurlarından biri olmamakla birlikte, birincil yükümlülük tarafından bunun aksi öngörülmüş olabilir. Her somut olayda sorumluluğun doğması için birincil yükümlülük çerçevesinde zararın aranıp aranmadığı incelenmelidir.<sup>731</sup> ILC'ye göre bazı hallerde hukuka aykırılığın özünü zarar oluştururken, bazı hallerde ise zarar meydana gelmese bile zararın önlenmesi için gereken tedbirlerin alınmaması tek başına hukuka aykırılığı oluşturur. Örneğin belirli kuralların iç hukuka aktarılması yükümlülüğünün yerine getirilmemesi bu ikinci türdeki hukuka aykırılığı oluşturur.<sup>732</sup>

ILC Maddeleri, md. 31'de maddi veya manevi her türlü zararın tam onarımı öngörülmüş iken, ikinci paragrafta bu bir koşula bağlanmıştır. Buna göre yalnızca devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminin neden olduğu zararların onarımı gerekir. Diğer bir ifadeyle hukuka aykırı eylem ile zarar arasında bir illiyet bağının mevcut olması gerekir. Yani yalnızca hukuka aykırı eyleme atfedilebilir zararlar onarılacaktır.<sup>733</sup>

Ancak illiyet bağı tek başına sorumluluğun doğması için hukuka aykırı eylem ile zarar arasında mevcut olması beklenen ilişkiyi açıklamamaktadır. ILC Maddeleri'nde açıkça belirtilmese de hukuka aykırı eylemin yalnızca doğrudan sonuçlarının onarım kapsamında olduğu belirtilmiştir: Buna göre, ikincil veya dolaylı zararlar da illiyet bağı kapsamında olmakla beraber onarım yükümlülüğü kapsamında değildir.<sup>734</sup> Diğer bir ifadeyle zarar ile hukuka aykırı eylem arasında yeterli ölçüde illiyet bağının bulunması gerekir.

---

<sup>730</sup> **ILC Commentaries**, Art. 31, para. 5.

<sup>731</sup> **Ibid.**

<sup>732</sup> **Ibid.**

<sup>733</sup> **Ibid.**, para. 9.

<sup>734</sup> **Ibid.**, para. 10.

İllyet bağı çerçevesinde değinilmesi gereken bir diğere husus iki ayrı unsurun birlikte zarara yol açmasıdır. Bu unsurlardan birinin devletin eylemi ile ilgisi olmaması halinde, zararın tamamından devlet mi sorumlu tutulacaktır? Bu duruma örnek iki dava *Rehineler* davası ve *Korfu Kanalı* davasıdır. Uluslararası uygulamaya göre zararın ortaya çıkmasına doğrudan katkısı olan bir kusur söz konusu olmadığı sürece, bu durumlarda onarım yükümlülüğünün hafifletilmesi söz konusu değildir.<sup>735</sup> Örneğin *Rehineler* davasında –devlet adına hareket etmedikleri dönem bakımından– öğrencilerin eylemlerinin yanı sıra İranlı yetkililerin büyükelçiliği korumak için gerekli önlemleri almaması zarara neden olmuştur. Ancak İran zararın tamamından sorumlu kabul edilmiştir.<sup>736</sup> *Korfu Kanalı* davasında da İngiliz gemilerine verilen zarar üçüncü devletin mayın döşemesinin yanı sıra Arnavutluk’un bu konuda gerekli uyarıları yapmamasından kaynaklanmıştır. Ancak mayınları Arnavutluk döşememesine rağmen zararın tamamını Arnavutluk onarmıştır.<sup>737</sup>

### 3. Onarım Biçimleri ve Yatırım İhtilaflarında Onarım

#### a. Onarım Biçimleri

Daha önce belirtildiği üzere, ILC Maddeleri’nde öngörülen onarım biçimleri eski hale iade, tazminat ve tatmindir. ILC Maddeleri, md. 34’te onarım biçimleri şu şekilde ifade edilmiştir:

#### “Madde 34

#### Onarım Biçimleri

Uluslararası hukuka aykırı eylemin neden olduğu zararın tam onarımı bu bölüm hükümlerine uygun olarak, tek başına ya da birlikte, eski hale iade, tazminat veya tatmin biçiminde olur.”

<sup>735</sup> *Ibid.*, para. 12.

<sup>736</sup> *Ibid.*

<sup>737</sup> *Ibid.*

Madde metninden anlaşılacağı üzere onarım biçimlerinden birinin tek başına veya birden fazlası birlikte uygulanarak onarımın sağlanması mümkündür. *Chorzow Factory* davasında yalnızca iki onarım biçimi, eski hale iade ve tazminat gündeme gelmiştir. Gerçekten de bazı durumlarda tam onarım, ancak iki onarım biçiminin birlikte uygulanması ile mümkün olmaktadır. Örneğin bazı durumlarda ihlal öncesindeki durumun yeniden tesisi tam onarım için yeterli değildir, çünkü hukuka aykırı eylem bazı ekstra maddi zararlara yol açmıştır (örneğin el konulan malın kullanılamamasından kaynaklanan zarar).<sup>738</sup>

Kısacası hukuka aykırı eylemin tüm sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi, zararın türüne ve kapsamına bakılarak onarımın bazı biçimlerinin veya tamamının uygulanmasını gerektirebilir.<sup>739</sup>

Tam onarım prensibi karşısında orantılılık prensibine onarım yükümlülüğüne ilişkin maddede açıkça yer verilmese de, onarım biçimlerinin unsurlarına ilişkin olacak biçimde yer verildiği belirtilmişti. ILC orantılılık unsuruna onarım biçimlerinde şu şekilde yer verildiğini ifade etmektedir:

“Eski hale iade zarar görenin elde ettiği faydaya nazaran orantısız bir yük içeriyorsa uygulanmaz. Tazminatta dolaylı olarak ortaya çıkan zarar dışarıda bırakılmıştır. Tazmin zarar ile orantısız olmamalıdır.”<sup>740</sup>

## **b. Yatırım İhtilaflarında Zararın Eski Hale İade Yöntemiyle Onarımı**

Bir onarım biçimi olarak eski hale iade yöntemi ILC Maddeleri'nin 35.'sinde düzenlenmiştir:

“**Madde 35**

**Eski Hale İade**

---

<sup>738</sup> **Ibid.**, Art. 34, para. 2.

<sup>739</sup> **Ibid.**

<sup>740</sup> **Ibid.**, para. 5.

Uluslararası hukuka aykırı eylemden sorumlu olan devlet şu koşullarda ve ölçüde hukuka aykırı eylem işlenmeden önceki durumun yeniden tesisi anlamına gelen eski hale iade yükümlülüğü altındadır: Eski hale iade;

a) Maddi olarak imkansız değilse

b) Tazminat yerine eski hale iadede elde edilen fayda ile tamamen orantısız bir yük getirmiyorsa.”

Maddede hem eski hale iade tanımlanmış hem de belirli koşullara bağlanmıştır. Bu tanımın yanı sıra ILC eski hale iadeye ilişkin şöyle bir tanım vermektedir: “*Eski hale iade uluslararası hukuka aykırı eylem işlenmeden önceki durumun, herhangi bir değişikliğin ortaya çıkması bu eyleme bağlanabildiği ölçüde yeniden tesisini içerir.*”<sup>741</sup> Eski hale iadenin karmaşık biçimleri söz konusu olabileceği gibi, en basit haliyle hukuka aykırı biçimde alıkonulan kişilerin salıverilmesi, veya hukuka aykırı biçimde el konulan malın iadesi eski hale iadedir.<sup>742</sup>

ILC tarafından verilen bir diğer tanıma göre *eski hale iade hukuka aykırı eylem gerçekleşmeseydi mevcut olacak olan durumun tesisidir.*<sup>743</sup> ILC, uygulama bakımından eski hale iadenin bu iki tanımının şöyle bir farklılık arz ettiğini belirtmektedir: İlk tanıma göre zamanda geriye gidilerek bir belirleme yapılırken, ikinci tanıma göre o ana dek gerçekleşmesi muhtemel durum hakkında bir tahminde bulunmak gerekmektedir.<sup>744</sup> Yani ikinci tanım varsayımsal bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Ayrıca ilk tanımın kapsamı ikincisine göre daha dardır. Çünkü ilk tanımın içerisine malların kullanılamamasından doğan zararın yahut mahrum kalınan kârın onarımı dahil edilmemiştir.<sup>745</sup> Bu gibi zararlar md. 35 çerçevesinde eski hale iade kapsamına alınmasa bile, tam onarım prensibinin gerektirdiği ölçüde bu ek zararların tazminat yoluyla onarımı gerekir. Md. 35’te ilk tanımın benimsenmesinden sağlanan bir avantaj da uygulayıcıyı varsayımsal bir araştırma zahmetinden kurtarması, gerçek duruma odaklanılarak onarımın kapsamının belirlenmesidir.

---

<sup>741</sup> **Ibid.**, Art. 35, para. 1.

<sup>742</sup> **Ibid.**

<sup>743</sup> **Ibid.**, para. 2.

<sup>744</sup> **Ibid.**

<sup>745</sup> **Ibid.**

Eski hale iade hiyerarşik olarak diğer onarım biçimleri karşısında öncelikli kılınmıştır. Bu durum hem md. 35'in lafzından hem de tazminat yönteminin düzenlendiği md. 36 metninden anlaşılmaktadır. Md. 35'te belirtilen istisnai durumlar haricinde, devletin kural olarak eski hale iade yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiştir. Md. 36'ya göre ise tazminat, zarar eski hale iade ile düzeltilemediği takdirde mümkündür. Eski hale iadenin bu öncelikli durumu *Chorzow Factory* davasında da kabul edilmiştir. Buna göre eski hale iade mümkün değil ise eski hale iadenin yerini alacak olan parasal değer yani işletmenin zararın ödenmesi tarihindeki değeri ödenmelidir.<sup>746</sup> UAD ise *Duvar*<sup>747</sup> Danışma Görüşü'nde eski hale iadenin diğer onarım biçimleri karşısında öncelikli olarak uygulanması gerektiğini teyit etmiştir:

“İsrail, işgal altındaki Filistin ülkesinde duvar inşa edilmesi amacıyla gerçek veya tüzel kişilerin el konulan topraklarını, meyve bahçelerini, zeytinliklerini ve diğer taşınmazlarını iade etme yükümlülüğü altındadır. Böyle bir eski hale iadenin maddi olarak imkansız olduğunun kanıtlanması halinde, İsrail söz konusu kişilerin uğradığı zararı tazmin etmek yükümlülüğü altındadır. Mahkeme ayrıca, duvar inşası nedeniyle herhangi bir biçimde maddi zarar gören tüm gerçek ve tüzel kişilerin zararının İsrail tarafından uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları uyarınca tazmin edilmesi gerektiği kanaatindedir.”<sup>748</sup>

Md. 35'te eski hale iadenin söz konusu olmadığı durumlar şu şekilde belirtilmiştir: Eski hale iade maddi olarak imkansız ise ve tazminat yerine eski hale iadenin tercih edilmesi, elde edilecek faydaya nazaran devlet bakımından orantısız bir yük getiriyorsa (orantısız ise). Birinci durumda eski hale iade mümkün değil iken, ikinci durumda eski hale iadenin zarar gören açısından değeri çok azdır. Bu durumda diğer onarım biçimleri öncelik kazanacaktır. Örneğin söz konusu olan mal yok olmuşsa veya niteliği bakımından esaslı biçimde değişikliğe uğramışsa, veya durum herhangi bir sebeple *status quo ante*'ye döndürülemiyorsa, eski hale iade imkanı

---

<sup>746</sup> **Ibid.**, para. 3.

<sup>747</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, s. 136.

<sup>748</sup> **Ibid.**, para. 153.

mevcut değildir.<sup>749</sup> Siyasi veya idari nitelikteki engeller de maddi imkansızlık durumunu oluşturabilir.<sup>750</sup>

Eski hale iadenin uygulanmasının diğer istisnası ise onarımdan elde edilecek fayda ile bunun sorumlu devlete maliyeti arasındaki orantısızlıktır.<sup>751</sup> Md. 35 metninde yer verilen “tamamen orantısız” ifadesi ile bu ikisi arasında ağır bir orantısızlık olması gerektiği vurgulanmıştır.

Bazı hallerde ise hakem heyetleri yetki anlaşmasından (*compromis*) veya tarafların iradesinden eski hale iade yerine tazminata hükmetme konusunda bir takdir yetkisine sahip olduğu sonucuna varabilmektedir.<sup>752</sup> Bu halde, tarafların iradesi sayesinde, eski hale iade yerine doğrudan tazminata başvurma imkanı vardır.

*Forests of Central Rhodopia* davasında diğer başka nedenler yanında üçüncü kişilerin hak elde etmiş olmaları eski hale iade bakımından bir imkansızlık sebebi olarak kabul edilmiştir.<sup>753</sup> Dolayısıyla maddi imkansızlık yalnızca o malın yok olması yahut zarar görmesinden ibaret değildir. Sorumlu devletin kendi iç hukuku ve eşya hukukundan kaynaklanan mülkiyet hakları da eski hale iadenin imkansız hale gelmesine yol açabilir.<sup>754</sup> Ancak bunun için üçüncü kişinin iyi niyetli ve mal üzerindeki hak iddialarından habersiz olması gerektiği belirtilmektedir.<sup>755</sup>

Eski hale iadenin içeriği birçok farklı eylemi içerebilir ve çeşitli biçimlerde olabilir. Örneğin bir şeyin maddi olarak tamirata, ülke, kişi veya malların iadesi, yargısal bir işlemin geri alınması veya bunlardan bazılarının birlikte yerine getirilmesi eski hale iadeyi oluşturabilir.<sup>756</sup> Hukuki olarak eski hale iade ise, yasal veya anayasal bir hükmün uluslararası hukuku ihlal etmesi sebebiyle iptal edilmesini veya değiştirilmesini, bir yabancıнын mallarına veya bir kişiye ilişkin olarak alınmış

---

<sup>749</sup> **ILC Commentaries**, Art. 35, para. 4.

<sup>750</sup> **Ibid.**, para. 8.

<sup>751</sup> **Ibid.**, para. 11.

<sup>752</sup> **Ibid.**

<sup>753</sup> **Ibid.**, para. 9

<sup>754</sup> **Ibid.**

<sup>755</sup> **Ibid.**, para. 10.

<sup>756</sup> **Ibid.**, para. 5.



hukuka aykırı olan yasal veya idari tedbirlerin iptalini veya gözden geçirilmesini gerektirebilir.<sup>757</sup>

Eski hale iadenin imkansızlık ve orantısızlık gibi istisnai durumlarda, bu imkansızlık veya orantısızlık ölçüsünde yani kısmi veya bütün olarak uygulanmamasının söz konusu olabileceği belirtilmektedir.<sup>758</sup> Dolayısıyla her imkansızlık ya da orantısızlık durumu eski hale iadenin bütün olarak uygulama dışı kalması sonucunu doğurmaz. Eski hale iade uygulanabildiği ölçüde uygulanır, zararın kalan kısmı için ise tazminat yoluna başvurulabilir.

Acaba eski hale iade yatırım hukuku bakımından uygulanabilir bir onarım biçimi midir? Eski hale iade, yatırım hakem mahkemelerince sıklıkla maddi olarak imkansız olarak değerlendirilmektedir.<sup>759</sup> Yani yatırım tahkimi uygulamasında genellikle parasal olmayan onarım biçimlerine başvurmama yönünde bir eğilim mevcuttur.

Ancak yatırım hukuku alanında *a priori* olarak parasal olmayan onarımın en baştan devre dışı bırakılması için hiçbir sebep bulunmamaktadır.<sup>760</sup> Kural olarak hakem mahkemelerinin zararın parasal tazmini dışındaki yöntemlerle giderimine karar vermeye yetkili oldukları kabul edilmektedir.<sup>761</sup> Özellikle tazminata hükmedilmesine imkan olmadığında bu yönde karar vermenin hakem mahkemelerinin yetkisi dahilinde olduğu belirtilmektedir.<sup>762</sup>

Örneğin *Micula v Romania* kararında ILC Maddeleri, md. 35'e atıfta bulunan hakem heyeti bu konudaki yetkili olduğunu şu şekilde açıklamıştır:

"ICSID Sözleşmesi'ne göre, bir hakem heyeti, parasal veya parasal olmayan onarım biçimlerine hükmetmeye yetkilidir; ki buna hukuka aykırı eylemin işlenmesinden önceki durumun yeniden tesisi anlamına gelen eski hale iade de dahildir. ... Ayrıca,

---

<sup>757</sup> **Ibid.**

<sup>758</sup> **Ibid.**, para. 7

<sup>759</sup> *ADC v. Hungary*, Award, para. 495.

<sup>760</sup> Brabandere, "Investment Treaty Arbitration", s. 183.

<sup>761</sup> *Enron v. Argentine*, Award, para. 81.

<sup>762</sup> Christoph Schreuer, "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", **Arbitration International**, Vol. 20, No.4, 2004, ss. 325–332. Aksi yönde bkz. Santiago Montt, **State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation**, Oxford, Portland-Oregon, Hart Publishing, 2009, ss. 137–138. Ayrıca bkz. Douglas, **Specific Regimes of Responsibility**, ss. 829–832.

hakem heyeti tarafların iradesinin dayanağını oluşturan iki taraflı yatırım anlaşmasında, eski hale iadeye hükmetme yetkisini kısıtlayan hiçbir unsura rastlamamıştır. Bu nedenle hakem heyeti hem ICSID Sözleşmesi hem de iki taraflı yatırım anlaşması uyarınca eski hale iadeye hükmetme yetkisini haizdir.”<sup>763</sup>

Ancak belirtmek gerekir ki bu yetki taraflarca kısıtlanabilir: Örneğin Enerji Şart Anlaşması madde 26(8) hükmü diğer onarım yöntemleri yerine parasal tazminatı öngörmektedir:

“Hakem kararı, uyuşmazlık tarafı devletin hükümet organları veya yetkililerinin aldığı bir tedbire ilişkin olarak diğer onarım biçimleri yerine parasal tazminat ödemesini öngörür.”<sup>764</sup>

*Ata Construction v Jordan* davasında hakem heyeti tazminat yerine eski hale iadeye karar vermiştir. Ürdün kanununun uygulanması nedeniyle davacının tahkime başvurma hakkının ortadan kaldırılması, hakem heyeti tarafından iki taraflı yatırım anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali olarak görülmüştür. Hakem heyeti davacının tahkime başvurma hakkının iadesine karar vermiştir.<sup>765</sup> Davacının tahkime başvurma hakkından yoksun bırakılması nedeniyle ortaya çıkan parasal zararın hesaplanması görece imkansız olduğundan, parasal tazminata hükmedilmesi de zor olacaktı.<sup>766</sup> 2010 yılında verilen bu karar bir yatırım hakem heyetinin eski hale iadeye hükmetmesinin ilk örneklerinden biridir.

Bir diğer karar, 2013 tarihli *Franck Charles Arif v Moldova*<sup>767</sup> kararıdır. Dava neticesinde hakem heyeti davalı devlete belirlenen süre içerisinde Arif’in yatırımını iade etme imkanını sunmuştur.<sup>768</sup> Bu süre zarfında eski hale iade gerçekleşmezse

<sup>763</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008, para. 166-168.

<sup>764</sup> Energy Charter Treaty Article 26(8): “An award of arbitration concerning a measure of a sub-national government or authority of the disputing Contracting Party shall provide that the Contracting Party may pay monetary damages in lieu of any other remedy granted.”

<sup>765</sup> *ATA Construction, Industrial and Trading Co. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 18 May 2010, para. 131–132.

<sup>766</sup> Brabandere, “Investment Treaty Arbitration”, s. 189.

<sup>767</sup> *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013.

<sup>768</sup> *Ibid.*, para. 572.

devlet parasal tazminatı ödemek zorunda kalacaktır. Hakem heyeti eski hale iadenin iki tarafları yatırım anlaşmalarının amaçlarına çok daha uygun bir onarım biçimi olduğunu<sup>769</sup> ve diğerleri karşısında daha tercih edilebilir bir yöntem olduğunu<sup>770</sup> belirtmiştir. Böylece sorumluluğa ilişkin genel prensiplere uygun biçimde, birincil olarak eski hale iade ikincil olarak ise tazminat yönteminin uygulanması öngörülmüştür.

### **c. Yatırım İhtilaflarında Zararın Tazminat Yoluyla Onarımı**

#### **i. Genel Olarak**

Tazminata ilişkin düzenlemeye ILC Maddeleri, md. 36'da yer verilmiştir.

#### **“Madde 36**

#### **Tazminat**

1. Uluslararası hukuka aykırı eylem nedeniyle sorumlu olan devlet, zarar eski hale iade ile giderilemediği ölçüde, bu eylem ile yol açılan zararı tazmin etme yükümlülüğü altındadır.
2. Tazminat ispatlandığı takdirde kazanç kaybı dahil olmak üzere, parasal olarak değerlendirilebilir her türlü zararı kapsar.”

Tazminat, zararın eski hale iade ile giderilememesi halinde ve giderilemediği ölçüde başvurulacak bir onarım yöntemidir. Başka şekillerde ödeme de mümkün olmakla birlikte, tazminat genelde parasal ödeme biçiminde gerçekleşir.<sup>771</sup> ILC Maddeleri'nde eski hale iade uygulama bakımından tazminata öncelikli kabul edilmiştir. Bu nedenle öncelikle bakılması gereken zararın eski hale iade ile giderilmesinin mümkün olup olmadığı yahut ne ölçüde mümkün olduğudur. Zararın eski hale iade ile giderilen kısmından kalanı için tazminat yoluna başvurulabilecektir.

---

<sup>769</sup> **Ibid.**

<sup>770</sup> **Ibid.**, para. 571.

<sup>771</sup> **ILC Commentaries**, Art. 36, para. 4.

Tazminatın eski hale iade karşısındaki ikincil niteliği hakem mahkemelerince de tanınmıştır.<sup>772</sup>

Tazminat hangi tür zararların onarımı için uygulanabilir? Genel olarak onarımın düzenlendiği md. 31(2)'de zarar, devletin hukuka aykırı eyleminin sebep olduğu her tür maddi ve manevi zarar olarak tanımlanmıştır. Md. 36(2)'de ise tazminatın yalnızca parasal olarak değerlendirilebilir zararı kapsadığı öngörülmüştür. Parasal olarak değerlendirilebilir her türlü zarar ile, finansal terimler ile ifade edilmeye elverişli her türlü zarar kastedilmiştir.<sup>773</sup> Bu zararın içerisine eğer ispatlanabilirse kazanç kaybı da dahil olabilir. Tazminatın kazanç kaybı dahil olmak üzere her tür parasal olarak değerlendirilebilir zararı kapsayacağı hakem mahkemeleri tarafından da onaylanmıştır.<sup>774</sup>

**Devletin** uğradığı zararlar bakımından tazminat yoluyla onarımı talep edilebilecek zarar, genel onarım yükümlülüğü çerçevesinde öngörülen zarardan kapsam olarak daha dardır. “Parasal olarak değerlendirilebilir” ifadesi ile ise devletin uğramış olduğu manevi zararın<sup>775</sup> tazminat dışı bırakılmasının amaçlandığı; ancak bunun md. 37'de düzenlenen tatmin ile onarılmasının öngörüldüğü belirtilmektedir.<sup>776</sup>

Kısaca ifade etmek gerekirse her tür maddi ve manevi zararın onarım yükümlülüğü kapsamında olmakla birlikte, devletin uğramış olduğu manevi zararın tazminat yoluyla onarımının talep edilmesi mümkün değildir.<sup>777</sup>

Onarımın birçok türü içerisinde tazminat uluslararası uygulamada en çok başvurulan yöntemdir. Uluslararası içtihat, yani yerleşik uygulamada bir uluslararası

---

<sup>772</sup> *CMS v. Argentine*, Decision on Annulment, para. 401.

<sup>773</sup> *ILC Commentaries*, Art. 36, para. 5.

<sup>774</sup> *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, *UNCITRAL*, Final Award, 14 March 2003, para. 501; *CMS v. Argentine*, Decision on Annulment, para. 401; *LG&E v. Argentina*, Award, para. 41.

<sup>775</sup> *ILC Commentaries*, Art. 36 para. 1. Örneğin devletin uyruklarına veya mallarına verilen zarar ile bağlantılı olmayan bir hakkının ihlal edilmesi vasıtasıyla aşağılanması veya zarara uğraması devletin uğramış olduğu zarardır. Bu tür zarar için öngörülen onarım biçimi ise tatmindir.

<sup>776</sup> *ILC Commentaries*, Art. 36 para. 1.

<sup>777</sup> Devletin doğrudan uğramış olduğu manevi zararın tazminat yolu ile onarılması hakkında doktrin ve uygulamada kesinlik bulunmadığı ancak devletin vatandaşlarının uğramış olduğu manevi zararın tazminat yoluyla giderilebileceği hakkında bilgi için bkz. Ceren Zeynep Pirim, “Uluslararası Hukukta Manevi Zarar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 127, 2016, ss. 339-374, s. 364 vd.

mahkeme veya hakem heyetinin devletin sorumluluğuna ilişkin bir iddiayı incelemeye yetkisi var ise; aynı yetkiye dayanarak neden olunan zarar için tazminata hükmedebileceği kabul edilmektedir.<sup>778</sup>

Tazminat, eski hale iade ile onarılması mümkün olmayan veya mümkün olsa bile tek başına uygulanması halinde tam onarım prensibinin gerçekleştirilemediği durumlarda kalan boşlukları doldurma işlevi görmektedir.<sup>779</sup> Daha önce belirtildiği üzere eski hale iade, tazminat karşısında öncelikli olduğu halde her zaman uygulanmaya elverişli olmayabilir veya uygulansa da tam onarım sağlanamayabilir. Bazı hallerde ise zarar gören doğrudan tazminat ödenmesini tercih edebilir.<sup>780</sup>

Tazminat kapsamına girebilecek unsurlar *Chorzow Factory* davasında ortaya konmuştur:

“Eski hale iade, veya bu mümkün değil ise, eski hale iadenin taşıyacağı değere karşılık gelen bir meblağın ödenmesi, ihtiyaç olması halinde ise eski hale iadenin veya bunun yerine yapılan ödemenin kapsamına girmeyen kayıpların onarımına hükmedilmesi – gibi prensipler uluslararası hukuka aykırı eylem nedeniyle ortaya çıkan tazminat miktarının belirlenmesine hizmet eder.”<sup>781</sup>

Görüldüğü üzere, eski hale iade veya bunun yerini alan tazminat miktarı dışında kalan bazı zararlar olması halinde bu zararlar da tazminatın hesaplanmasında dikkate alınır. Dolayısıyla eski hale iadenin karşılığı değer tazminat olarak ödenmesi haricinde birtakım ekstra zararlar da hesaba katılabilecektir.

Tatmin ile kıyaslandığında tazminatın işlevinin gerçek zararın giderilmesi olduğu ve tazminatın herhangi bir cezai işlevi ya da cezalandırma amacı olmadığı belirtilmiştir.<sup>782</sup> Tatmin ise devletin maddi olmayan zararları ile ilgilidir.

ILC, UAD’ın yanı sıra tazminat konusundaki içtihadın bir kısmının İran-ABD Talepler Mahkemesi, insan hakları mahkemeleri ve ICSID hakem heyetleri

---

<sup>778</sup> *Chorzow Factory Case*, para. 71-76; *Nicaragua Case*, s. 142.; **ILC Commentaries**, Art. 36, para. 2.

<sup>779</sup> **ILC Commentaries**, Art. 36, para. 3.

<sup>780</sup> **Ibid.**

<sup>781</sup> *Chorzow Factory Case*, s. 47.

<sup>782</sup> **ILC Commentaries**, Art. 36, para. 4.

tarafından verilen kararlarla oluşturulduğunu belirtmektedir.<sup>783</sup> Bu mahkeme ve hakem heyetleri tarafından geliştirilen ve tazminatın değerlendirilmesinde kullanılan kural ve prensipler ILC tarafından kodlaştırılan tazminat prensibinin ifadeleridir.

Tazminatın hesaplanmasında hangi unsurlar dikkate alınacak ve tazminat miktarının belirlenmesinde hangi prensipler uygulanacaktır? ILC'ye göre bu durum ihlal edilen birincil yükümlülüğün içeriğine, tarafların davranışlarına göre yapılacak değerlendirmeye ve hakkaniyete uygun ve kabul edilebilir bir sonuca ulaşma amacına bağlı olarak değişecektir.<sup>784</sup> ILC tazmin edilebilir zararların neler olduğu ve tazminatın belirlenmesinde kullanılan yöntemlere ilişkin olarak çeşitli örnekler vermekle birlikte, bu olayların çoğu devletler arasında meydana gelen uyuşmazlıklara, yani çevresel zarar gibi bir devlete verilen zarara ilişkindir. Bireye ilişkin zararların tazmini ise genellikle yabancıya verilen zararlardan sorumluluk ve bu uyuşmazlıkların karma iddialar komisyonları tarafından görülmesi çerçevesinde gündeme gelmiştir.<sup>785</sup>

Yatırım hukuku bakımından önem arz eden durum ise yabancıların mallarına verilen zararın tazminidir. Bu konuda pek çok farklı *ad hoc* ve daimi hakem mahkemesi ve komisyon tarafından verilen karar çeşitliliği arz etmektedir. ILC, kararlardaki bu farklılığın özellikle hukuka uygun ve aykırı kamulaştırma ayırımına dayandığını belirtmektedir.<sup>786</sup> Bazı davalarda bu ayırım hukuka aykırı kamulaştırma nedeniyle mahrum kalınan kazançların tazminine hükmedebilmek için yapılmıştır. Bazılarında ise böyle bir ayırıma gidilmeksizin mahrum kalınan kazançların tazmin edilmesine hükmedilmiştir.<sup>787</sup>

---

<sup>783</sup> **Ibid.**, para. 6.

<sup>784</sup> **Ibid.**, para. 7.

<sup>785</sup> Bu bağlamda ölüm veya özgürlükten yoksun kılma gibi durumlar nedeniyle tazminata hükmedilmiştir. Bkz. **Ibid.**, para. 18.

Yine insan hakları mahkemeleri de bireye ilişkin zararların tazmini konusu ile ilgilenmiştir. Bu bağlamda hem kazanç kaybı veya sağlık giderleri gibi maddi zararların hem de acı ve ızdırıp veya ortaklığın bozulması gibi maddi olmayan zararların tazmini söz konusu olmuştur. Bkz. **Ibid.**, para. 19.

<sup>786</sup> **Ibid.**, para. 20, dn. 549.

<sup>787</sup> **Ibid.**

Zararın hesaplanması bakımından genellikle dikkate alınan başlıklar şu şekilde belirtilmiştir: i. Sermaye değerinin tazmini ii. Mahrum kalınan kazançların tazmini iii. Tali masraflar.<sup>788</sup>

Madde 36(2) belirli durumlarda kazanç kaybının tazmin edilmesinin uygun olacağını belirtmektedir. Bazı hakem mahkemesi kararları yanında *Chorzow Factory* davasında da kazanç kaybı tazminatın belirlenmesinde rol oynamıştır. Buna göre malın değerinin kamulaştırma tarihindeki değere göre değil tazminat verilmesine ilişkin karar tarihindeki değere göre belirlenmesi ile mahrum kalınan kazançlar da tazmin edilmiştir.<sup>789</sup> *LIAMCO v Libya*<sup>790</sup> davasında olduğu gibi sözleşmeye dayanan uyumsuzluklar bağlamında da kazanç kaybının tazmin edilmesine hükmedilmiştir.<sup>791</sup> Ancak yine de gerçek kayıplara nazaran hakem heyetlerinin kazanç kaybının tazmin edilmesi konusunda isteksiz davrandığı belirtilmektedir.<sup>792</sup>

ILC üç çeşit kazanç kaybindan söz etmektedir. Bunlar, kazanç getiren malın geçici bir süre kullanılmamasından kaynaklanan kazanç kaybı; kazanç getiren malın mülkiyetine el konulması ile karar tarihi arasındaki süredeki kazanç kaybı ve karar tarihinden sonraki dönemde kazanılacağı tahmin edilen gelecekteki kazancın kaybedilmesidir.<sup>793</sup> Gelecekteki beklenen kazançla ilişkin olarak bunun imtiyaz sözleşmeleri veya diğer ile korunan menfaatler bağlamında ortaya çıktığı belirtilmektedir.<sup>794</sup> Bu halde sözleşmeye dayanarak gelecekteki gelir akışı, bunun sona ermesinin öngörüldüğü veya sözleşmenin kendisinin sona erdiği tarihe dek tazmin edilmektedir.

Bazı hallerde ise mahrum kalınan kazancın hukuken korunan bir menfaat olduğu ortaya konamadığından tazmin edilmesi mümkün olmamaktadır. Örneğin *Asian Agricultural Products* davasında yeni kurulmuş bir işletmenin kazanç kaybı

---

<sup>788</sup> *Ibid.*, para. 21.

<sup>789</sup> *Chorzow Factory Case*, s. 47–48, 53.

<sup>790</sup> *Libyan American Oil Co. (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic*, Award, 12 April 1977, *International Legal Materials*, Vol. 20, No. 1, 1981, ss. 1-87.

<sup>791</sup> *Ibid.*, s. 68 vd.

<sup>792</sup> *ILC Commentaries*, Art. 36, para. 27.

<sup>793</sup> *Ibid.*, para. 28.

<sup>794</sup> *Ibid.*, para. 31.

var olan kazançlara ilişkin yeterli delil ortaya konamadığından reddedilmiştir.<sup>795</sup> Ayrıca kazançla ilişkin kayıpların da, zararın belirlenmesinde dikkate alınan illiyet bağı, yakınlık veya ispata ilişkin gereklilikler gibi sınırlamalara tabii olduğunu belirtmek gerekir.<sup>796</sup>

Eğer kazanç kaybının tazmin edilmesine hükmedilirse, aynı zaman dilimi için kazanç getiren anapara üzerinden md. 38 uyarınca faize hükmedilmemesi gerekir; çünkü anapara toplamı aynı anda hem faiz hem de kar getiremez.<sup>797</sup> Bu kuralın amacı tam onarım sağlanmaya çalışırken çifte ödeme yapılmasını engellemektir.

Tali zararlara ilişkin olarak ise, personelin yerinin değiştirilmesi veya teslim edilmemiş ürünlerin depolanması veya satılması için yapılan masraflar örnek gösterilmektedir.<sup>798</sup>

## ii. Yatırım İhtilaflarında Manevi Zararın Tazmini

Manevi zarara ilişkin değerlendirmelere hem tazminat, hem de tatmin bahsinde yer verilmiştir. Çünkü manevi zararlar her ikisinin de konusunu oluşturmaktadır. Bu başlık altında incelenecek olan konu manevi zararın parasal bir onarım biçimi olan tazminat ile giderilmesidir.

Onarımın bir boyutu da manevi zararların tazminidir. Daha önce belirtildiği üzere, ILC Maddeleri'nde açıkça zararın, maddi veya manevi her tür zararı kapsadığı ifade edilmiştir.<sup>799</sup> Ancak devletin uğramış olduğu manevi zararlar için tatmin yöntemi öngörülmuş olduğundan, tazminat yalnızca bireyler veya tüzel kişilerin uğramış olduğu zararları kapsamaktadır.<sup>800</sup>

Uluslararası hukukta manevi zararın kesin bir tanımı bulunmamakta, kavramın çerçevesi örneklendirme ve hangi onarım biçimi çerçevesinde bir giderim

<sup>795</sup> *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka, ICSID Reports* (Cambridge University Press, 1997), vol. 4, p. 245 (1990).

<sup>796</sup> *ILC Commentaries*, Art. 36, para. 32.

<sup>797</sup> *Ibid.*, para. 33

<sup>798</sup> *Ibid.*, para. 34

<sup>799</sup> ILC Maddeleri, md. 31(2).

<sup>800</sup> *ILC Commentaries*, Art. 36, para. 1



sağlanabileceği tespit edilerek belirlenmeye çalışılmaktadır.<sup>801</sup> Zarar tanımına uygun olarak manevi zararın parasal olarak ölçülebilir bir zarar olması gerekir. Manevi zarar “sevdiklerinin kaybı, acı ve ızdırap, kişi, konut veya özel hayatın dokunulmazlığının ihlali ile bağlantılı olarak belirli duyarlılıkların tahkir edilmesi”<sup>802</sup> gibi durumları kapsamaktadır.

Uluslararası hukukta genellikle manevi zarar ile ifade edilmek istenen maddi olmayan tüm zararlardır.<sup>803</sup> Aynı prensibin yabancı yatırımcının hak iddialarına da uygulanabileceği belirtilmektedir.<sup>804</sup>

Bir hukuka aykırı eylemin sonucu olarak ortaya çıkan manevi zararın tazmin edilmesi uluslararası hukukun yerleşik bir prensibidir. Bu prensip UAD tarafından görülen *Diallo* davasında da onaylanmıştır. UAD bu davada, maddi olmayan zararlar için 85.000 Amerikan doları ödenmesine hükmetmiştir.<sup>805</sup> Karara göre diğerleri yanında şu vakıalar manevi zararın tazminini gerektirmiştir:

“tutuklanma sebepleri hakkında bilgilendirilmeksizin ve buna karşı bir yola başvurma imkanı verilmeksizin tutuklanmış, sınırdışı edilmek üzere makul sayılamayacak kadar uzun bir süre alıkonulmuş; doğruluğu kanıtlanamamış suçlamalara maruz kalmış ve 32 yıl boyunca ikamet ettiği ve önemli ticari faaliyetler ile iştigal ettiği ülkeden hukuka aykırı olarak sınırdışı edilmiştir. Bu nedenle Demokratik Kongo Cumhuriyeti’nin hukuka aykırı tasarruflarının Bay Diallo’nun önemli ölçüde psikolojik ızdırap çekmesine ve itibar kaybına yol açtığı sonucuna varmak makul sayılmalıdır.”<sup>806</sup>

Manevi zarar, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi tarafından görülen *M/V Saiga*<sup>807</sup> davasında da gündeme gelmiştir. Mahkeme hem kaptan ve mürettebatın

<sup>801</sup> Pirim, “Uluslararası Hukukta Manevi Zarar”, s. 344.

<sup>802</sup> **ILC Commentaries**, Art. 31, para. 5.

<sup>803</sup> Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012, s. 324. *Diallo Case*, para. 18: “‘non-pecuniary injury’, referred to by the Democratic Republic of Congo, covers harm other than material injury which is suffered by an injured entity or individual.”

<sup>804</sup> Brabandere, “Investment Treaty Arbitration”, s. 191-192.

<sup>805</sup> *Diallo Case*, para. 25.

<sup>806</sup> **Ibid.**, para. 21.

<sup>807</sup> International Tribunal for the Law of the Sea, *The M/V Saiga (No. 2) case (St Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment, 1 July 1999. (Çevrimiçi) [http://www.worldcourts.com/itlos/eng/decisions/1999.07.01\\_Saint\\_Vincent\\_v\\_Guinea.pdf](http://www.worldcourts.com/itlos/eng/decisions/1999.07.01_Saint_Vincent_v_Guinea.pdf), 22.04.2019.

alıkonulması nedeniyle tazminata hem de bayrak devletinin haklarının ihlal edildiğinin deklare edilmesi biçimindeki tatmine karar vermiştir.<sup>808</sup>

Yatırım tahkiminde manevi tazminat iddialarının çoğu delil yetersizliği sebebiyle kabul görmemiştir. Manevi zarar sebebiyle tazminat sorumluluğunun söz konusu olduğu kararlardan biri *Desert Line v. Yemen*'dir<sup>809</sup>. Davada manevi zararın onarımı için 1.000.000 Amerikan doları tazminata hükmedilmiştir. Davacı Yemen'de asfalt yol yapımı işi ile uğraşmaktadır ve diğer sebepler yanında Yemenli yöneticilerin sözleşme uyarınca ödenmesi gereken bedelleri ödemeyi reddetmesi, Desert Line'in sulh anlaşmayı imzalamaya zorlanması ve Desert Line çalışanlarının Yemen ordusu ve silahlı gruplarca kötü muameleye uğraması nedenleriyle Yemen'i hakem mahkemesi önünde dava etmiştir. Hakem mahkemesine göre:

“Yatırım anlaşmaları her ne kadar birincil olarak mülkiyeti ve ekonomik değerleri korumayı amaçlasa da; istisnai durumlarda taraflardan birinin manevi zararlar nedeniyle tazminat talep etmesini de engellememektedir. Pek çok hukuk sisteminde salt ekonomik zararlar yanında manevi zararların da onarılabileceği genellikle kabul görmektedir.”<sup>810</sup>

Yine hakem mahkemesine göre: bir tüzel kişinin (gerçek kişinin aksine) yalnızca özel durumlarda manevi zararlarının tazmin edilebileceği genellikle kabul görmektedir; ki buna itibar kaybı da dahildir.<sup>811</sup> Sonuç olarak şirket yöneticilerinin sağlığı ve şirketin itibar ve güvenilirliğine verilen zararlar nedeniyle Yemen aleyhine tazminata hükmedilmiştir.

*Lemire v Ukraine*<sup>812</sup> kararında her ne kadar davacının manevi tazminat iddiaları tartışılmış ise de, tazminat talebi kabul görmemiştir. Radyo yayıncılığı ile uğraşan davacı, Ukraynalı yetkililerin haksız şekilde 200'den fazla radyo yayını frekansı talebini reddettiğini ve kanuni dayanağı olmayan denetimler gerçekleştirdiğini iddia etmiş ve Milli Konsey müdahalelerinin sonucu olarak ortaya

<sup>808</sup> *M/V Saiga Case*, para. 175–176.

<sup>809</sup> *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008.

<sup>810</sup> *Ibid.*, para. 289.

<sup>811</sup> *Ibid.*, para. 289.

<sup>812</sup> *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010.

çıkan ve kaygı, acı ve ızdırabı içeren zararlarının tazmin edilmesini talep etmiştir.<sup>813</sup> *Desert Line v Yemen* kararında olduğu gibi, hakem mahkemesi istisnai durumlarda, yatırım hakem heyetlerinin manevi zararın tazminine hükmedebileceklerini kabul etmiştir. Ancak *Desert Line v Yemen* davasındaki vakıaların, yani silahlı kuvvetler tarafından yapılan fiziksel zorlama gibi durumların istisnai nitelikte olduğunu belirten mahkeme<sup>814</sup>, *Lemire v Ukraine* davasında ise böyle bir fiziksel zorlama durumunun olmadığını belirtmiştir. Davacının manevi tazminat iddiaları Ukrayna'nın radyo şirketine karşı sistematik bir ötekileştirme içinde olması, radyo şirketinin faaliyetlerini genişletme planlarını tehlikeye atması ve şirkete yönelik kötü niyetli denetimler yapmasına dayanmaktadır.<sup>815</sup> Mahkeme nihai kararında manevi tazminat konusunu ele almış ve ancak istisnai durumlarda manevi tazminatın söz konusu olabileceğini belirtmiştir.<sup>816</sup> Mahkemeye göre istisnai durumlar şu hallerde söz konusudur:

- Devletin eylemleri fiziksel tehdit, hukuka aykırı alıkoyma veya medeni milletlerin kendisine uygun hareket etmesinin beklendiği normlara aykırı ve kötü muamele niteliğinde olan diğer benzer durumları içeriyorsa,
- Devletin eylemleri sağlığın bozulmasına, strese, kaygıya veya aşağılanma, utanç ve küçük düşme gibi ruhsal acılara, itibar, güven veya toplumsal konumun kaybedilmesine neden olmuşsa; ve
- Hem sebep hem de yarattığı etki ağır veya esaslı ise.<sup>817</sup>

Hakem heyetine göre Lemire kötü muameleye uğramış ve stres ve kaygı hissetmiş ise de, manevi zararlar maddi tazminata ilişkin kararda hesaba katılmış ve bunun içerisinde tazmin edilmiştir. Söz konusu davanın içerdiği vakıalar ise manevi

---

<sup>813</sup> **Ibid.**, para. 475.

<sup>814</sup> **Ibid.**, para 476.

<sup>815</sup> **Ibid.**, para 479.

<sup>816</sup> *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, 28 March 2011, para. 326 vd.

<sup>817</sup> **Ibid.**, para. 333.

zararın tazmini için ek bir tazminata hükmedilmesini gerektirecek ölçüde “olağandışı” değildir.<sup>818</sup>

Uluslararası hukukun genel prensiplerine göre, hakem mahkemesinin manevi zararlar için tazminata hükmetme yetkisi vardır. Mesele daha ziyade, hangi koşullar altında bu tazminata hükmedileceğidir. Ancak bunlar belirlenirken uluslararası hukukun genel prensiplerinden uzaklaşmaktadır.<sup>819</sup>

Örneğin *Desert Line v Yemen* kararında devletin maddi zarardan sorumlu tutulabilmesi için kusur unsuru aranmıştır. Ancak kusur, devletin hukuka aykırı eylemlerinden doğan sorumluluğunun unsurlarından biri değildir. Daha önce belirtildiği üzere sorumluluğun unsurları devletin eylemi ile uluslararası bir yükümlülüğünü ihlal etmesi ve bu eylemin devlete atfedilebilmesidir. Dolayısıyla manevi zarardan sorumlu tutulmak için kusurun aranması ILC Maddeleri’nde öngörülen prensiplere aykırıdır. Bununla birlikte, yükümlülüğün kaynağı olan birincil norm tarafından kusur öngörülmüş olabilir.<sup>820</sup> Ancak bu takdirde sorumluluğun bir koşulu olarak kusurun aranması söz konusu olabilir.

*Desert Line v Yemen* kararı bunun yanında yalnızca davacı şirket değil, şirket yöneticilerinin itibar kaybı nedeniyle de tazminata hükmedilmesi, (“istisnai durumlar”ın anlamının tespiti hariç) manevi tazminat verilmesine ilişkin prensipler belirlenirken ilgili olan tüm mahkeme ve hakemlik kararları incelenmeden sonuca varıldığı ve hükmedilen maddi tazminat tutarının hakem heyetlerince verilen alışıldık tutarların çok üzerinde olduğu, bunun yerine sembolik miktarda bir tazminatın da belirli koşullarda yeterli olabileceği gibi gerekçelerle eleştirilmiştir.<sup>821</sup> Kararda şirketin uğradığı itibar kaybı yanında yöneticilerin itibar kaybının da tazmin edilmesi hakem mahkemesinin “kişi bakımından yargı yetkisi”nin (*ratione personae*) ve “konu bakımından yargı yetkisi”nin (*ratione materiae*) sınırlarını aşabilir. Yatırım anlaşmalarına dayanan uyuşmazlıklarda kişi bakımından yetki yatırımcılar ile sınırlanmıştır. Şirket yöneticileri ise yatırımcı kavramına dahil olmadıklarından, kişi

---

<sup>818</sup> **Ibid.**, para. 337-344.

<sup>819</sup> Brabandere, “Investment Treaty Arbitration”, s. 196.

<sup>820</sup> **Ibid.**

<sup>821</sup> **Ibid.**, s. 196-200.

bakımından yargı yetkisinin dışında kalan kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi problemlili görünmektedir.

Konu bakımından yargı yetkisi de manevi tazminata hükmedilmesine bir sınırlama getirmektedir. Konu bakımından yargı yetkisi yatırıma ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlı olduğundan, manevi zararın yatırım ile bağlantısı kurulabildiği ölçüde tazmini mümkündür. Yatırım hakem heyetlerinin manevi tazminat iddialarını değerlendirirken iddia ile yatırımcı ve yatırımın korunduğu anlaşma arasındaki ilişkinin yeterli ölçüde kurulduğundan emin olması gerekir.<sup>822</sup> Diğer bir ifadeyle yatırım anlaşmasından kaynaklanan bir hakkın ihlal edilip edilmediği incelenmelidir. *Desert Line v Yemen* davasında şirket yöneticilerinin manevi zararı ile yatırım anlaşmasından kaynaklanan bir hakkın ihlali arasında bağlantı kurmak mümkün görünmemektedir.

#### **d. Yatırım İhtilaflarında Zararın Tatmin Yöntemiyle Onarımı**

Tatmin, diğer iki onarım biçiminden farklı olarak istisnai nitelikte bir yöntemdir. Parasal olarak değerlendirilemeyen ve devlete manevi veya hukuki olarak zarar veren eylemler karşısında sıklıkla kullanılmaktadır. Tatmin, ILC Maddeleri'nde şu şekilde düzenlenmiştir:

##### **“Madde 37**

##### **Tatmin**

1. Bir hukuka aykırı eylemden sorumlu olan devlet, bu eylemin neden olduğu zarar eski hale iade veya tazminat ile giderilemediği ölçüde, zararın tatmin ile onarılması yükümlülüğü altındadır.
2. Tatmin, ihlalin kabulü, pişmanlık beyanı, resmi özür veya diğer uygun bir yöntemden oluşabilir.
3. Tatmin zarara nazaran orantısız olmamalı ve sorumlu devleti aşağılayıcı bir biçim almamalıdır.”

---

<sup>822</sup> **Ibid.**, s. 197 vd.

Tatminin istisnai niteliği, maddedeki “zarar eski hale iade veya tazminat ile giderilemediğinde” ifadesinden de anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkların çoğunda zararın tam onarımı ya eski hale iade ya tazminat ya da her ikisinin birlikte uygulanması ile sağlanabilmektedir. Tatmin, ancak eski hale iade veya tazminat ile tam onarım sağlanamadığında söz konusu olabilir.<sup>823</sup>

Tatmin farklı biçimlerde gerçekleştirilebilir. Maddenin ikinci paragrafında sayılan ihlalin kabulü, pişmanlık beyanı ya da resmi özür gibi örnekler tüketici olmayan bir biçimde sayılmıştır. Uygun olan tatmin yöntemi her somut olayın özelliğine göre değişebilir, dolayısıyla önceden belirlenebilmesi mümkün değildir.<sup>824</sup> Sorumluluğun sonuçlarından biri olan hukuka aykırı eylemi tekrar etmeme yükümlülüğü, sorumlu devletin tekrar etmemeye ilişkin verdiği teminat veya garantiler biçiminde bir tatmin halini de alabilir.<sup>825</sup>

Tazminat parasal olarak değerlendirilebilir maddi ve manevi zararları kapsamaktadır. Devletin örneğin bir aşağılanma durumunda uğradığı manevi zarar ise tazminat kapsamı dışında tutulmuştur. Devletin uğramış olduğu bu gibi zararların parasal olarak değerlendirilemez nitelikte olduğu ifade edilmekte ve bu tür zararların onarımı için uygun olan yöntemin tatmin olduğu belirtilmektedir.<sup>826</sup> Diğer bir ifade ile tazminat kapsamında kalan parasal olarak değerlendirilebilir manevi zararlar, doğrudan devletin tâbiyetinde bulunan kişilerin veya malların zarara uğradığı durumlarda söz konusudur. Devletin uğradığı manevi zarar ise genellikle sembolik bir anlam taşımakta olup, ortaya çıkan maddi sonuçlar ile ilintili değildir.<sup>827</sup>

Uluslararası hukukta tatminin devletin uğramış olduğu manevi zararlar karşısında yerleşik bir onarım biçimi olarak kabul edildiği *Rainbow Warrior* davasında da ifade edilmiştir:

“Tatminin bir uluslararası yükümlülüğün ihlali nedeniyle bir çözüm yolu ya da (geniş anlamıyla) bir onarım biçimi olarak kullanılması devletler, uluslararası mahkemeler ve hakem mahkemelerinin eskiye dayanan yerleşik bir uygulamasıdır. Bu uygulama,

<sup>823</sup> **ILC Commentaries**, Art. 37, para. 1.

<sup>824</sup> **Ibid.**, para. 5.

<sup>825</sup> **Ibid.**.

<sup>826</sup> **Ibid.**, para. 3.

<sup>827</sup> **Ibid.**.

kişilerin uğradığı uluslararası sorumluluk içeren zarar durumlarının tam tersine, özellikle doğrudan devletin uğradığı manevi veya hukuki zarar durumları ile ilişkilidir.”<sup>828</sup>

Manevi bir zararın söz konusu olduğu durumlarda en yaygın tatmin yöntemlerinden biri devletin eyleminin hukuka aykırı nitelikte olduğunun yetkili bir mahkeme veya hakem heyeti tarafından beyan edilmesidir.<sup>829</sup> *Korfu Kanalı*<sup>830</sup> davasında bu yöntem maddi nitelikte olmayan zararı gidermenin bir yolu olarak kabul edilmiştir. UAD söz konusu kararda uluslararası hukuka saygının temini için İngiliz donanmasına ait eylemin Arnavutluk’un egemenliğinin ihlalini teşkil ettiğini beyan etmiş; bu beyanın aynı zamanda Arnavutluk’un talebi ile uyumlu ve duruma uygun bir tatmin olduğunu belirtmiştir.<sup>831</sup>

Bir diğer yaygın tatmin biçimi özürdür. Bu özür bir devlet görevlisi, hatta devletin başındaki kişi tarafından ve yazılı veya sözlü olarak iletilen bir özür biçiminde olabilir.<sup>832</sup>

Maddenin 3. paragrafında belirtilen ve tatmin bakımından sınırları çizen zarar ile orantısız olmama ve devleti küçük düşürücü nitelikte olmama unsurlarının geçmişteki aşırı taleplerden kaynaklandığı ve bu gibi kötüyle kullanmaların önlenmesi için tatmine ilişkin belirli kısıtlamaların getirildiği belirtilmektedir. Ayrıca tatminin cezalandırma amacı taşımadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla bunun da bir sınır olarak göz önünde bulundurulması gerekir.<sup>833</sup>

ILC Maddeleri’nde devletin uğradığı manevi zararın onarımı için bir yöntem olarak öngörülen tatminin, yatırımcı bakımından uygulanıp uygulanamayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur.<sup>834</sup>

<sup>828</sup> *Rainbow Warrior Case*, s. 271-273, para. 122.

<sup>829</sup> **ILC Commentaries**, Art. 37, para. 6.

<sup>830</sup> *Corfu Channel Case*, Judgment of April 9th, 1949 : I.C. J. Reports 1949, s. 4.

<sup>831</sup> **Ibid.**, s. 35.

<sup>832</sup> **ILC Commentaries**, Art. 37, para. 7.

<sup>833</sup> **Ibid.**, para. 8.

<sup>834</sup> Yatırımcının uğradığı zararın onarımı için tatmin yönteminin uygulanması yönünde bkz. Thomas W. Wälde and Borzu Sabahi, “Compensation, Damages and Valuation”, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, Ed. by Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, New

Tatmin devletler arasındaki uyuşmazlıklarda sıklıkla uygulanan bir yöntem olmakla birlikte, uluslararası yatırım tahkiminde genellikle bir zarar onarım biçimi olarak konuyla ilişkili görülmemektedir.<sup>835</sup>

*CMS v Argentine* kararında iptal komitesi, önündeki meselenin bir devletin uğradığı zararın onarımına ilişkin olmadığını ve bu sebeple tatminin en baştan konu dışı kaldığını belirtmiştir.<sup>836</sup> Tatminin sırf onarılacak zararın bir devlete ait zarar olmaması nedeniyle uygulanmaması; eski hale iade ve tazminatın mümkün olmadığı durumlarda başvurulabilecek uygun bir onarım yöntemi olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.<sup>837</sup>

*Biwater Gauff v. Tanzania*<sup>838</sup> kararında davacının tazminata ilişkin talepleri reddedilirken, davalının eylemi karşısında uygun olan tek onarım yönteminin bir deklarasyon niteliğinde olabileceği belirtilmiştir.<sup>839</sup>

Tatmine yatırım uyuşmazlıklarında devletin itibar kaybı nedeniyle uğradığı manevi zararın onarımı için başvurulmuştur. Örneğin *Europe Cement v Turkey*<sup>840</sup> davasında Türkiye yatırımcının açıkça mesnetsiz olan iddiaları nedeniyle uğradığı itibar kaybının yani manevi zararının tazminini talep etmiştir. Hakem mahkemesi şu yönde karar vermiştir:

“Davalının uğradığı itibara ilişkin muhtemel herhangi bir zarar, bu kararda ortaya konan gerekçeler ve varılan sonuçlar vasıtasıyla onarılacaktır; ki buna aşağıda verilen ve masraflara ilişkin çok önemli karar da dahildir. Bu, davalı bakımından bir “tatmin”

---

York, Oxford University Press, 2008, ss. 1050-1119, s. 1113: “The tribunal should also use the non-financial remedies at its disposal, for example, ‘satisfaction’ under the ILC Articles, which can be a statement made by the tribunal, by the respondent, or a ‘symbolic’ payment of a minimal amount.”

Aksi görüş için bkz. Patrick Dumberry, “Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes”, **Journal of International Dispute Settlement**, 2012, ss. 1-38, s. 23: “In our view, monetary compensation should be the only appropriate remedy for moral damages affecting an individual or a corporation.”

<sup>835</sup> *LG&E v. Argentine*, Award, para. 32, n. 6.

<sup>836</sup> *CMS v. Argentine*, Decision on Annulment, para. 399.

<sup>837</sup> Brabandere, “Investment Treaty Arbitration”, s. 182.

<sup>838</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 3, 29 September 2006.

<sup>839</sup> *Ibid.*, para. 807.

<sup>840</sup> *Europe Cement Investment & Trade SA v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009.



(satisfaction) biçimidir. Bu nedenle, var olan koşullar altında, mahkeme davalı lehine tazminata hükmetmeme kararı almıştır.”<sup>841</sup>

*Cementownia v Turkey*<sup>842</sup> kararında da benzer şekilde, hakem mahkemesi Türkiye'nin mesnetsiz iddialardan dolayı uğradığı manevi zarar nedeniyle tazminat talebini reddetmiştir. Hakem mahkemesi kararında konuya ilişkin aşağıdaki ifadelere yer vermiştir:

“Manevi zararlar için sembolik bir tazminat, aslında usulün kötüye kullanılmasının kınanması amacı taşıyabilir. Ancak, söz konusu davada hakem mahkemesi masrafların davacıya yüklenmesinin daha uygun bir yaptırım olduğu kanaatindedir. Her halde, mahkeme davacının iddialarının hileli olduğunun deklare edilmesi yönündeki talebini zaten kabul etmiş bulunduğundan, davalının amacı gerçekleşmiştir.”<sup>843</sup>

Tatmin, mahkemeleri manevi zararın parasal olarak hesaplanması zahmetinden kurtarmaktadır.

## **e. Faiz**

Faiz konusu ILC Maddeleri'nde şu şekilde düzenlenmiştir:

### **“Madde 38**

#### **Faiz**

1. Tam onarım sağlanması amacıyla, gerektiğinde, bu bölüm uyarınca ödenmesi gereken anapara üzerinden faiz ödenebilir. Faiz oranı ve hesaplama yöntemi bu sonuca ulaşacak şekilde belirlenir.
2. Faiz, anaparanın ödenmiş olması gereken tarihten, ödeme yükümlülüğünün yerine getirildiği tarihe dek işler.”

Faiz bakımından vurgulanması gereken, ILC Maddeleri'nde faizin bağımsız bir onarım biçimi olarak öngörülmediği ve her durumda tazminatın ayrılmaz bir

---

<sup>841</sup> **Ibid.**, para. 181.

<sup>842</sup> *Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 September 2009.

<sup>843</sup> **Ibid.**, para. 171.

unsuru olmadığıdır.<sup>844</sup> Bu nedenle maddede tazminat yerine anapara üzerinden faiz ödenmesinden söz edildiği belirtilmektedir.<sup>845</sup>

Diğer bir vurgulanması gereken husus, faizin yalnızca “gerektiğinde” ödeneceği, yani her olayda faiz ödenmesinin söz konusu olmadığıdır. Yani devletin otomatik olarak faiz ödemekle yükümlü olması söz konusu olmayıp, her somut olayın koşullarına göre bu hususun değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>846</sup> Maddede tam onarımı sağlamak amacıyla, gerektiğinde faiz ödenebileceği belirtilmiştir. Yani eski hale iade, tazminat ve tatmin ile tam onarımın sağlanabildiği durumlarda, faize hükmedilmesine gerek olmayacaktır.

Bir genel prensip olarak, zararın uzlaşma veya karar tarihinden önceki bir tarihe göre hesaplanması halinde ve tam onarımın sağlanabilmesi için gerekli olduğu ölçüde, zarar görenin anapara üzerinden faiz talep edebileceği kabul edilmektedir.<sup>847</sup> *Wimbledon* davasında USAD 6%’lık basit faize hükmetmiştir. Ancak zarar, karar tarihindeki güncel değeri üzerinden hesaplanırsa faize hükmedilmesi söz konusu olmayabilir.<sup>848</sup>

Faize ilişkin bir diğer mesele bileşik faizin söz konusu olup olmayacağıdır. Mahkeme ve hakem heyetlerinin yaygın yaklaşımı bileşik faizin uygulanmaması yönündedir.<sup>849</sup> Örneğin İran-ABD Talepler Mahkemesi tutarlı biçimde bileşik faiz taleplerini reddetmiştir. *R. J. Reynolds Tobacco Co. v. Iran*<sup>850</sup> davasında hakem heyeti bileşik faize cevaz vermeyen uluslararası içtihattan ayrılmak için herhangi bir özel sebep bulamadığını belirtmiştir.<sup>851</sup> Ancak bazı davalarda hakem heyetleri bileşik faiz lehine karar vermiştir.<sup>852</sup> Yine de uluslararası hukukun mevcut durumunda, somut olayın özel koşulları tam onarımın sağlanabilmesi için bileşik faizin

---

<sup>844</sup> **ILC Commentaries**, Art. 38, para. 1.

<sup>845</sup> **Ibid.**

<sup>846</sup> **Ibid.**, para. 7.

<sup>847</sup> **Ibid.**, para. 2.

<sup>848</sup> *Lighthouses Case*, s. 252-253.

<sup>849</sup> **ILC Commentaries**, Art. 38, para. 8.

<sup>850</sup> *R. J. Reynolds Tobacco Company v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-US Claims Tribunal, Partial Award No. 145-35-3, 6 August 1984, **Iran-US Claims Tribunal Reports**, vol. VII, s. 181.

<sup>851</sup> **Ibid.**, s. 191-192.

<sup>852</sup> *Santa Elena v Costa Rica*, Award, para. 103-105.

ödenmesini meşru kılmadıkça, zarar görenin bileşik faiz talep etmeye hakkı olmadığı belirtilmektedir.<sup>853</sup>

Faizin hesaplanmasına ilişkin açıklamalarda da bulunan ILC, hesaplamanın başlangıç tarihi (ihlalin gerçekleştiği tarih, ödemenin yapılması gereken tarih, iddia veya talep tarihi) ; bitiş tarihi (uzlaşma veya karar tarihi, gerçek ödeme tarihi) ve uygulanabilir faiz oranı (davacı devlet veya başvuru devletteki güncel faiz oranı, uluslararası kredi faizi oranı) gibi karmaşık meseleleri içerdiğini belirtmiştir.<sup>854</sup>

Uluslararası alanda faizin hesaplanması ve miktarına ilişkin tek bir yaklaşım veya yeknesak bir uygulama olmadığından, bu konu somut olayın özelliklerine bakılarak yapılacak değerlendirmeye bırakılmıştır.<sup>855</sup> Örneğin İran-ABD Talepler Mahkemesi bu konuda bir belirleme yapmaktan kaçınmış ve meselenin her somut olayda tek tek hakem heyetlerinin takdir yetkisine bırakıldığı belirtilmiştir.<sup>856</sup> Kanaatimizce bu sebeple madde 38'de faiz oranı ve hesaplama yönteminin tam onarım sonucunu gerçekleştirecek şekilde belirleneceği ifade edilerek, bu konuda uygulanacak standartlara ilişkin bir belirleme yapmaktan kaçınılmıştır.

Ancak faizin hesaplanacağı zaman aralığı bakımından açıkça bir kurala yer verilmiştir. Buna göre faizin işleyeceği tarihin başlangıcı anaparanın ödenmesi gereken tarih olup, bitiş ise ödeme yükümlülüğünün gerçekleştirildiği tarihtir.<sup>857</sup> Dolayısıyla ILC Maddeleri'nde öngörülen faiz, yargılama sonrası veya gecikme faizi olmayıp, telafi edici faizdir. Yargılama sonrası faizin ise bir mahkeme veya hakem heyetinin muhakeme kurallarına göre karar verilecek bir mesele olduğu belirtilmiştir.<sup>858</sup>

---

<sup>853</sup> **ILC Commentaries**, Art. 38, para. 9.

<sup>854</sup> **Ibid.**, para. 10.

<sup>855</sup> **Ibid.**

<sup>856</sup> *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, Iran-US Claims Tribunal, Decision No. DEC 65-A19-FT, 30 September 1987, **Iran-US Claims Tribunal Reports**, Vol. XVI, s. 285, s. 290: "the determination of the applicable principles of law in any given case, and consequently the question of whether an award of interest is appropriate, must rest with the Chambers concerned."

<sup>857</sup> **ILC Commentaries**, Art. 38, para. 12.

<sup>858</sup> **Ibid.**

## SONUÇ

Bu çalışmaya başlarken cevaplamaı hedefliğimiz esas soru uluslararası hukukun devletin sorumluluğuna ilişkin kural ve prensiplerinin yatırım tahkimine uygulanması sayesinde tutarlı bir sorumluluk rejimi oluşturmanın m¼mk¼n olup olmadığı idi. Diğer bir ifadeyle, hakem heyetlerince verilen birbiri ile uyumsuz kararlar nedeniyle giderek artan bir biçimde meşruiyeti sorgulanan yatırım tahkiminin uluslararası hukuk prensiplerine dayanarak objektif bir sorumluluk rejimine tabi kılınmasının ve bu sayede daha öngör¼lebilir ve yeknesak bir uygulama için gerekli hukuki altyapının sorumluluk hukuku kurallarına dayanılarak elde edilmesinin m¼mk¼n olup olmadığını cevaplamaya çalıştık. Çalışma neticesinde bu soruya verdiğimiz yanıt olumludur. Yani ILC Maddeleri'ne dayanan devletin uluslararası sorumluluğu hukukunun anlaşma temelli yatırımcı-devlet tahkimine uygulanması bakımından hukuken ve teorik olarak bir engel bulunmadığı gibi, bu uygulama olması gerekendir.

Elbette “Teorik ve pratik açıdan ILC Maddeleri yatırımcı-devlet tahkimine uygulanabilir.” önermesini elde etmek için cevaplanması zaruri bazı ön sorular ile karşılaşılmıştır. Yatırım hukuku ile genel uluslararası hukuk arasındaki teorik ilişki açısından, bu uygulamaya engel olma olasılığı bulunan pek çok meselenin ele alınması gerekir. Bu meselelerden yalnızca birinin engel teşkil etmesi ILC Maddeleri'nin hiç uygulanamamasına veya yalnızca sınırlı konularda başvurulabilecek bir norm demeti olarak değerlendirilmesine yol açabilir. Bu meseleler çalışma boyunca geniş biçimde ele alınmış ve aşağıda bunlardan bazılarına yer verilmiştir:

(1) ILC Maddeleri'nde öngör¼len sorumluluk rejimi yalnızca *devletler arası* ilişkilere uygulanmak üzere mi düzenlenmiştir?

(2) İki veya çok taraflı yatırım anlaşmaları ile düzenlenen hukuk kuralları, uluslararası hukuktan bağımsız, özel bir sorumluluk rejimi yaratmakta mıdır?

(3) Yatırım tahkiminde, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk bakımından uluslararası hukukun rol¼ sınırlı ya da ikincil midir?

(4) Bir meselenin hem anlaşma hem de örf ve adet hukuku kuralları tarafından düzenlendiği *her durumda* anlaşma kuralları üstün mü sayılacaktır? Diğer bir ifadeyle *lex specialis* prensibinin anlam ve kapsamı nedir?

Birinci soruya verilecek yanıt, devletin hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumluluğu rejiminin yalnızca diğer devletlere karşı olan yükümlülükleri değil; devlet dışı kişi veya birimlere karşı yükümlülükleri de kapsamına aldığıdır. Elbette bunlardan biri de yabancı yatırımcılardır. ILC Maddeleri uygulama bakımından, özel bir sorumluluk rejimi öngörme iddiasında olan alanlarla sınırını kendi içinde belirlemiş ve ilgili bölümde incelediğimiz üzere usûl yani mekanizma kuralları açısından özel kişi-devlet arasındaki ilişkiyi kapsam dışında bırakmıştır. Yani ILC Maddeleri'nde öngörülen devletin sorumluluğunu öne sürme usulü zarar görenin devlet olduğu durumlara hasredilmiştir. Ancak usul ve esas ayrımı yapılacak olursa, a) devletin sorumluluğunun doğması, b) eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran haller ve c) devletin sorumluluğunun sonuçları gibi esasa ilişkin meseleler bakımından ILC Maddeleri devlet dışındaki kişiler ile devlet arasındaki ilişkiyi kapsamına almaktadır. Devlet dışındaki kişilerin sorumluluğu öne sürmesi ise başvurulmuş ilgili mekanizma kuralları tarafından belirlenecek olup, farklı bir mesele teşkil etmektedir.

İkinci soruya verilecek yanıt ise uluslararası hukukun parçalanması ve bağımsız ya da özel rejimler konularındaki tartışmalar ile ilişkilidir.

Her ne kadar bazı yazarlar, yatırımcı-devlet arasındaki sorumluluk ilişkisinin ILC Maddeleri çerçevesinde uluslararası sorumluluğunun bir türü olarak kabul edilmesine karşı çıkmakta ise de, kanaatimizce bunun uluslararası hukukta bir temeli bulunmamaktadır. Bu düşünce, dayanak olarak ILC Maddeleri, md. 55'te düzenlenen *lex specialis* prensibini ve bu prensibin bağımsız rejimlerin varlığını tanıdığı ileri sürmektedir.<sup>859</sup> *Lex specialis* prensibinin bağımsız rejimleri kapsamına aldığı doğru olmakla birlikte, uluslararası yatırım hukukunun bu nitelikte olmadığı kabul

---

<sup>859</sup> Douglas, "Specific Regimes of Responsibility", s. 819, Douglas, **The International Law of Investment Claims**, s. 96 vd. Yazar, Bruno Simma'nın "Uluslararası hukuk bir devletin işlediği tüm hukuka aykırı eylemlerden sorumluluğuna ilişkin olarak tek bir ikincil kurallar bütünü içermez." cümlesine atıf yapmıştır.

edilmektedir. Bu düşüncenin bir diğer savunusu, İran-ABD Talepler Mahkemesi'ni kuran Cezayir Bildirileri (Algiers Accords), iki taraflı yatırım anlaşmaları, NAFTA, Enerji Şartı Anlaşması ve ICSID Sözleşmesi gibi yatırım hukukunun temel belgelerinin devlet dışı aktörlere, yani yatırımcılara doğrudan haklar bahsettiği ve âkit devletlerin doğrudan uluslararası sorumluluğunu ileri sürme imkanı yarattığıdır.<sup>860</sup> Buna göre devletler arası sorumluluk ile yatırım tahkimi mekanizması ile harekete geçirilen yatırımcı ile devlet arasındaki sorumluluk ilişkisi birbirinden hukuken farklıdır.<sup>861</sup> Bu nedenle bu görüş savunucularının ILC Maddeleri'nin yatırım tahkimi alanına uygulanmasına temkinli yaklaştıkları ve böyle uygulamaları eleştirdikleri söylenebilir.

Uluslararası hukukta uzmanlaşmanın artması ile birlikte, uluslararası hukuktan bağımsız bazı rejimler oluştuğu ve bu rejimlerin genel uluslararası hukuk kurallarından etkilenmediği savunulmuş ise de günümüzde bu görüş kabul görmemektedir. Yatırım hukuku veya diğer uluslararası hukuk alanlarını bağımsız rejimler olarak ele alma girişimleri ILC tarafından “uluslararası hukukun parçalanması” başlığı altında ele alınmış olup, DTÖ hukuku gibi bağımsız rejim sayılma açısından en güçlü adayların bile bu nitelikte kabul edilmediğini yinelemek gerekir. Yatırım hukuku ise oldukça genç ve yalnızca temel esasları ortaya koyan yatırım anlaşmaları ile böyle bir hukuk rejimi sayılmaktan ve uluslararası hukuktan koparılacak tek başına ayakta kalmaktan çok uzaktır. Bu rejimler uluslararası anlaşmaların akdedilmesi ile oluştuğundan son tahlilde uluslararası hukuka tâbidirler. Rejimin varlık kazanması ya da sona ermesi gibi anlaşmaların yorumlanması bakımından da rejimin tâbi olacağı kurallar ve alt yapısı uluslararası hukuk kurallarından oluşmaktadır. İlgili uluslararası anlaşmaların uygulanması sırasında ihtiyaç duyulduğunda başvurulacak kaynaklar uluslararası hukuk kaynaklarıdır. Bu nedenle “bağımsız rejim” terimi yerine “özel rejim” teriminin kullanılmasının daha yerinde olduğu belirtilmiştir. Özel rejimin *lex specialis* düzenlemeler öngördüğü ölçüde bu kaynaklar uygulanacakken, *lex specialis* dışında

<sup>860</sup> Douglas, “Specific Regimes of Responsibility”, s. 819.

<sup>861</sup> Douglas'a göre, devletin yatırım tahkimi gibi özel rejimler çerçevesindeki sorumluluğundan doğan ikincil yükümlülükler ile devletlerarası alanda ortaya çıkan yükümlülükler hukuki nitelik bakımından birbirinden farklıdır. Bkz. Douglas, **The International Law of Investment Claims**, s. 94.

kalan konular uluslararası hukuk kurallarına tâbi olacaktır. Dolayısıyla sorumluluğa ilişkin konular da anlaşmalarda özel olarak düzenlenmediği ölçüde örf ve adet hukuku kurallarına, yani ILC Maddeleri'ne tâbidir. Uluslararası yatırım hukukunun da özel bir rejim olduğu kabul edilse dâhi, sorumluluğa ilişkin uygulanacak hukuk *lex specialis*'in yokluğunda ILC Maddeleri'dir.

Dolayısıyla ağırlıklı görüş yatırım hukukunun uluslararası hukukun bir parçası olduğu ve temelinde uluslararası hukukun yer aldığıdır. Ayrıca asıl önemli olan, uluslararası sorumluluğunun doğması bakımından uluslararası yükümlülüğün devlet dışı aktörlere yönelik olduğu durumların da ILC Maddeleri kapsamına alınmış olmasıdır. Bu belirlemeler ışığında yatırım tahkiminde ortaya çıkan devlet sorumluluğunun, ILC Maddeleri'nde öngörülen devletin uluslararası sorumluluğunun bir görünüm biçimi olduğunu söylemek doğrudur.

Yatırım tahkiminde uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk bakımından uluslararası hukukun sınırlı (tamamlayıcı ve düzeltici) bir rolü olduğu görüşü de yatırımcı-devlet sözleşmelerine dayanan tahkim davaları bakımından ortaya atılmış olup, sayıları giderek artan ve uluslararası hukuka tâbi olan yatırım anlaşmaları karşısında varlığını sürdürememiştir. Uluslararası yatırım anlaşmalarından kaynaklanan uyumsuzlukların esasına doğrudan ve tek başına uygulanacak hukuk uluslararası hukuktur. Yatırımcı-devlet sözleşmelerine gelindiğinde, bunlar iç hukuka tabi olan enstrümanlar olmakla birlikte, sözleşmelere de uluslararası hukukun uygulanması savunan ve “sözleşmelerin uluslararasılaşması” olarak adlandırılan bir yaklaşım da kabul görmeye başlamıştır. Ayrıca şemsiye kaydının var olduğu durumlarda da sözleşmenin ihlali bir yatırım anlaşmasının ihlali haline geldiğinden bu takdirde de uluslararası hukukun uygulanması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla bu bağlamda yatırımcı-devlet sözleşmelerinin ihlalden dolayı da devletin uluslararası sorumluluğunun doğması ve bu ilişkiye ILC Maddeleri'nin uygulanması mümkündür.

Bir diğer mesele aynı konunun hem anlaşma hem de örf ve adet hukuk tarafından düzenlendiği durumlarda otomatikman anlaşmanın *lex specialis* nitelikte sayılıp sayılmayacağıdır. Bu konuda iki norm arasında gerçek bir çatışma bulunduğu

takdirde anlaşma hükmünün *lex specialis* kabul edileceği ve diğer normu dışlayacağı sonucuna varılmıştır. Gerçek bir çatışma bulunmadığı takdirde, tarafların aksi yönde bir niyeti mevcut değilse her iki normun da birlikte uygulanması gerekir. Dolayısıyla yatırım anlaşmasından tarafların örf ve adet hukukunu dışarıda bırakma ve örf ve adet hukukundan farklı bir düzenleme getirme amacı taşıdığı anlaşılmadığı takdirde ILC Maddeleri yatırım anlaşmasının ilgili hükümleri ile birlikte uygulanmalıdır.

Sonuç olarak ILC Maddeleri yatırım uyuşmazlıklarının esasına uygulanacak kuralların bir parçasını oluşturmakla birlikte, bunun da ötesinde devletin yatırım hukukundan doğan sorumluluğunun inşa edildiği sistemin kendisini oluşturmaktadır. Çünkü ILC Maddeleri herhangi bir konuyu düzenleyen uluslararası hukuk kurallarından farklı olarak, genel uluslararası sorumluluk rejiminin anlamı ve kapsamını belirlemektedir. Günümüzdeki yaygın yatırım tahkimi uygulaması anlaşmada boşluk bulunan durumlarda ve ilgili olduğu ölçüde ILC Maddeleri'ne başvurulması iken, olması gerekenin devletin yatırımcıya karşı sorumluluğunun doğmasından bu sorumluluğun sonuçlarına dek başlangıç ve hareket noktasının örf ve adet hukukunu yansıttığı ölçüde ILC Maddeleri olması gerektiği kanaatindeyiz. Örf ve adet hukuku kuralından anlaşma uyarınca sapmanın ise ancak gerçek bir çatışmanın tespit edilmesi halinde ve *lex specialis*'in varlığı ölçüsünde mümkün kılınması sayesinde tutarlı bir tahkim uygulaması elde edilebileceği görüşündeyiz.

Yapmış olduğumuz bu belirlemeler ışığında çalışmanın diğer bölümlerinde yatırım hakem mahkemelerince ILC Maddeleri'nin ne şekilde uygulandığı analiz edilmiş ve uygulamadan kaynaklı sorunlar ve eleştirilere yer verilmiştir. Bu çerçevede devletin sorumluluğunun koşullarından başlanarak, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller ve sorumluluğun sonuçlarının hem genel itibarıyla hem de özel olarak yatırım tahkimi alanında nasıl uygulandığı incelenmiştir. Bu inceleme ILC Maddeleri'nin sistematığına uygun bir biçimde yapılmıştır. Özellikle sorumluluğun koşulları çerçevesinde hukuka aykırı eylemin devlete atfedilmesi ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller yatırım tahkimi uygulamasında ön plana çıkan konulardır. Atfedilmeye ilişkin sorumluluk hukuku kuralları çerçevesinde özel şirketlerin veya gerçek kişilerin eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğunun doğması mümkündür. Yatırım tahkimi alanında özellikle kamu iktisadi



teşebbüslerinin eylemlerinin devlete atfedilmesi neticesinde devletin sorumluluğu gündeme gelmektedir. Özel kişilerin eylemlerinden devletin sorumlu olması sonucunu doğurması nedeniyle atfedilmeye ilişkin kurallar yatırım tahkimi alanında büyük önem arz etmektedir.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallere ilişkin hakem mahkemesi kararları ise hem hakem heyetlerinin yaklaşımındaki aksaklıkları hem de devlet bakımından anlaşmada olağanüstü koşullara ilişkin özel düzenlemelere yer vermenin önemini ortaya koymaktadır. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller son derece katı ve istisnai bir biçimde kaleme alındığından devletin yatırım tahkimi bağlamında geçerli bir hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hal öne sürebilmesi zordur. Devletin akdettiği anlaşmanın ilgili hükümlerinin genel bir biçimde kaleme alınması da örf ve adet hukukunun anlaşma ile birlikte uygulanmasına yol açabilir. Bu takdirde de örf ve adet hukukunda öngörülen sınırlayıcı koşullar ilgili anlaşma hükmünü istenenden çok daha ağır koşullara bağlı hale getirebilir. Dolayısıyla devletin akdettiği anlaşmada özellikle hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller bakımından uygulama koşullarını detaylıca düzenlemiş olması lehine bir uygulama olabilir.

ILC Maddeleri'nin tüm hukuka aykırı eylemden doğan özel sorumluluk rejimleri bakımından geçerli olduğu üzere, yatırım hukuku sorumluluk rejiminin de temeli ve başlangıç noktası olması gerektiği yönündeki argümana şu eleştiri yöneltilebilir: ILC Maddeleri metni bir bütün olarak bağlayıcı bir metin değildir ve ancak örf ve adet hukukunu ve genel hukuk prensiplerini yansıttığı ölçüde taraflar arasında bağlayıcı olabilir. Ayrıca ILC kodlaştırma çalışmasını gerçekleştirirken mevcut örf ve adet hukuku kuralları ve genel hukuk prensiplerini yazılı hale getirmenin yanı sıra geliştirici kodlaştırma faaliyeti de gerçekleştirmiştir. Yani kuralların bir kısmı –sınırları tam olarak tespit edilememekle birlikte – bizzat ILC'nin yaratımıdır.

Bu, önemli bir eleştiridir. Ancak çalışma boyunca yer verdiğimiz geçmişteki ve mevcut uygulamalar ILC Maddeleri'nin örf ve adet hukuku kurallarını yansıttığı yönünde kuvvetli bir hukuki inancın bulunduğunu kanıtlamaktadır. Bu inancın yanı sıra ilgili ILC Maddeleri'nin hangi noktada mevcut kuralları yansıttığı ve hangi

ölçüde ILC'nin hukuk yaratımı gerçekleştirdiğini araştırmadan yaygın bir biçimde uygulandığı görülmektedir. Yani uluslararası toplumda ILC Maddeleri'nin örf ve adet hukukunu yansıtan bir metin olduğu yönünde kuvvetli bir eğilim ortaya çıkmıştır. Bu noktada ILC Maddeleri'nin başlangıçta kısmen bağlayıcı olmayan kurallar içerdiği söylenebilir ise de, göz ardı edilemez uygulamalar karşısında bu kuralların da kodlaştırma faaliyetinden sonra örf ve adet hukuku haline geldiğini savunmak mümkün olabilir.<sup>862</sup> ILC Maddeleri hali hazırda hakem mahkemeleri tarafından önlerindeki uyuşmazlıkla ilgili olduğu ölçüde kısmi olarak uygulanmaktadır. ILC Maddeleri'nin bağlayıcı niteliği konusundaki tartışmalar bu kısmi uygulamaları ve verilen kararların tamamını tartışmaya açacaktır. Savunduğumuz görüş, bu kısmi uygulamalar yerine bütüncül bir yaklaşımla ILC Maddeleri'nin uygulama açısından değerlendirilmesidir. Ayrıca hakem heyetlerine getireceği iş yükü bir yana bırakılırsa, elbette doğru olan yaklaşım kuralların ne ölçüde bağlayıcı olduğunun devlet uygulamaları ve *opinio juris* çerçevesinde somut bir biçimde tespit edilmesidir.

Sonuç olarak yatırım tahkimini sorumluluk teorisi bakımından genel uluslararası hukuka bağlamayı ve uluslararası hukukun kamu hukuku karakterinden yararlanarak devletin egemenliği ve özel kişilerin hakları arasında bir denge sağlamayı amaçlayan bu yaklaşımın yatırım hukukuna bir hukuk sahasının vazgeçilmez özelliği olan “öngörülebilirlik” ve “yeknesaklık” unsurlarını kazandırabileceği görüşündeyiz. Bu görüşe uluslararası sorumluluk hukukunun veya

---

<sup>862</sup> Bağlayıcı olmayan bir metnin örf ve adet hukukuna dönüşmesine bir engel bulunmadığını Dinah Shelton şu şekilde ifade etmiştir: “Bağlayıcı olmak için bir normun mutlaka hukuki bağlayıcılığı olan bir belgenin içerisinde yer alması gerekir mi? Büyüyen yapı ve değişik soft law belgelerine ve bunlar içerisindeki normların yeni uluslararası örf-adet hukuku oluşturma ihtimaline önyargılı olunmamasına karşın, geleneksel uluslararası hukuk, bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan belgeleri açıkça ayırmıştır ve bu ayırıştırma varlığını devam ettiriyor gözükmektedir.” ... “Son zamanlarda üzerinde odaklanılan tartışma, Divan'ın Statüsünde belirtilmeyen, Devletlerin bağlayıcı nitelikte olmayan belgelere ilişkin onları kabul etme ve belgelerdeki düzenlemelere uygun hareket etme tarzındaki davranışlarının yeni bir hukuk kuralı yapma biçimi teşkil edip etmediğidir. Elbette, herhangi bir topluluk içerisindeki sosyal problemlerin çözümüne dair çabalar sürekli biçimde hukuk formatı içerisinde olmak zorunda değildir.” ... “bağlayıcı nitelikli olmayan belgelere uygun hareket etmek, problemin doğuşuna sebep olan bir veya birkaç devletin itirazlarına karşın küresel sorunların çözümüne dair uluslararası toplumun iradesini yansıtıcı bir etkiye sahiptir.” Bkz. Dinah Shelton, “International Law and Relative Normativity”, **International Law**, ed. by Malcolm D. Evans, New York, Oxford University Press, 2014, ss. 137-142. Makalenin Türkçe çevirisi ve bu dipnotta yer verdiğimiz Türkçe alıntılar için bkz. Aksar, **Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk**, ss. 74-79.

yatırım hukukunun kendisinden kaynaklanan teorik bir engel bulunmamaktadır. Tam aksine, detaylı olmayan iki taraflı yatırım anlaşmaları karşısında pek çok meselede genel uluslararası hukuka ve sorumluluk hukukuna başvurmaya ihtiyaç duyulmaktadır. Normlar arasındaki *lex specialis* ilişkisinin de anlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kurallar uyarınca doğru bir biçimde tespit edilebilmesi halinde aynı kuralların uygulanmasından elde edilen farklı hukuki sonuçların da büyük ölçüde önüne geçilmesi söz konusu olabilecektir.



## KAYNAKÇA

- Abdullahzade, Cavid: “Gabcikovo-Nagymaros Davası Kararı’nda Uluslararası Adalet Divanı’nın 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’ne İlişkin Değerlendirmeleri”, **MHB** (Prof. Dr. Aslan Gündüz’e Armağan), Vol. 25-26, No.1-2, 2005, ss. 1-21.
- Addendum to the Eight Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago (1980), UN Doc. A/CN.4/318/ADD.5-7.
- Adnan, Nur Natalia; Ugale, Anastasia: **School of International Arbitration Case Report** (Çevrimiçi)  
[https://www.transnational-dispute-management.com/downloads/1859\\_case\\_report\\_antoine\\_goetz\\_v\\_burundi.pdf](https://www.transnational-dispute-management.com/downloads/1859_case_report_antoine_goetz_v_burundi.pdf), 09.08.2018.
- Agius, Maria: **The Invocation of Necessity in International Law**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uppsala University.
- Akıncı, Ziya: “Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi”, **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu: Tahkim**, İstanbul, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, 2009, ss. 277-287.
- Akıncı, Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Akkutay, Ali İbrahim: “Uluslararası Yatırımdan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde ICSID Sözleşmesinin 27. Maddesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 107, 2013, ss. 297-320.
- Aksar, Yusuf: **Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, Ankara, Seçkin Yay., 2017.
- Aksar, Yusuf: **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

- Aksar, Yusuf: “Uluslararası Hukukta Devletin Sorumluluğu: Libya Örneği”, **Uluslararası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya Krizi**, Ed. M. Macit Kenanoğlu, Ali Yeşilirmak, İstanbul, Küre Yay., 2011, ss. 47-58.
- Aksar, Yusuf: **Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk**, Ankara, Seçkin Yay., 2017.
- Aldrich, George: **The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal**, Oxford University Press, 1996.
- Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Yöntemleri Hakkındaki Mutabakat Metni: (Çevrimiçi) [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/28-dsu.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf) , 4.1.2019. Türkçe metin: RG, 25.2.1995, S. 22213.
- Ataman Figanmeşe, İnci: “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **MHB**, C. 31, no. 1, 2011, ss. 91-152.
- Ataman Figanmeşe, İnci: “Son On Yıl İçinde Türkiye’nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları”, **Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı**, Aralık 2013, Ankara, ss. 18-35.
- Aust, Anthony: **Handbook of International Law**, 2. Bs., Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- Avşar, Melis: “ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı”, **MHB**, C. 37, no:2, ss. 95-140.
- Aydoğmuş, Yasemin: “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı”, **MHB**, c. 29, no:1-2, ss. 21-84.
- Azıklı Köse, Miray: **Milletlerarası Sorumluluk Hukukunda Zaruret Hali**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.
- Begic, Taida: **Applicable Law in International Investment Disputes**,

The Netherlands, Eleven International Publishing, 2005.

- Binder, Christina: “Circumstances Precluding Wrongfulness”, **International Investment Law: A Handbook**, ed. By Marc Bungenberg, Nomos/Hart, 2015, ss. 442-480.
- Bishop, Doak R.; Crawford, James; Reisman, Michael: **Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary**, 2nd ed., The Hague, Kluwer Law International, 2014.
- Björklund, Andrea K.: “Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure”, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, Ed. by Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, New York, Oxford University Press, 2008, ss. 461-523.
- Boed, Roman: “State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct”, **Yale Human Rights & Development Law Journal**, Vol. III, No. 1, 2000, ss. 1-43.
- Borchard, Edwin M.: **The Diplomatic Protection of Citizens Abroad** New York, The Banks Law Publishing Co, 1927.
- Bozkurt, Enver; Erdal, Selcen; Poyraz, Yasin: **Devletler Hukuku**, 9. bs. Ankara, Yetkin Yay., 2017.
- Broches, Aron: “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, **Recueil des Cours**, Vol. 136, 1972, ss. 331-410.
- Brower, Charles N.; Ottolenghi, Michael N.: “Damages in Investor–State Arbitration”, **Transnational Dispute Management**, 2007, vol. 4, s. 6.
- Brownlie, Ian: **Principles of Public International Law**, 6th ed., Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Caron, David D.: “The Articles on State Responsibility: The Paradoxical

Relationship Between Form and Authority”, **American Journal of International Law**, vol. 96, no. 4, ss. 857-873.

Caron, David D.: “The Basis of Responsibility: Attribution and Other Trans-substantive Rules”, **The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility**, ed. By Richard Lillich, Daniel Magraw, David Bederman, Brill-Nijhoff, 1998, ss. 109-184.

Cheng, Bin: **General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals**, London, Stevens and Sons, 1953.

Combacau, Jean; Alland, Denis: “Primary and Secondary Rules in the Law of State Responsibility: Categorizing International Obligations”, **NETH. Y.B. INT’L L.**, Vol. 16, 1985, ss. 81-109.

Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, A/61/10, para. 251; Yearbook of the ILC, 2006, Vol. II, Part Two.

Crawford, James: “Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility”, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, Vol. 25, No. 1, 2010, ss. 127-199.

Crawford, James: **The International Law Commission’s Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries**, Cambridge University Press, 2002.

Crawford, James: **State Responsibility: The General Part**, New York, Cambridge University Press, 2013.

Crawford, James; Olleson, Simon: “The Nature and Forms of International Responsibility”, **International Law**, ed. by Malcolm D. Evans, New York, Oxford University Press, 2003, ss. 445-471.

Crawford, James; Olleson, Simon: “The Application of the Rules of State Responsibility”, **International Investment Law: A Handbook**, Beck/Hart/Nomos, 2015, ss. 411-441.

Çal, Sedat: “Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi”, **AÜHFD**, C. 57, no. 4, 2008, ss. 135-190.

Çalışkan, Zeynep: “Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı”, **MHB**; C. 29, no:1-2, 2009, ss. 85-118.

Çelik, Edip: **Milletlerarası Hukuk**, C. I, İstanbul, 1984.

Çelikel, Aysel; Öztekin **Yabancılar Hukuku**, 23. Bs., İstanbul, Beta yay., 2017.  
Gelgel, Günseli:

(Çevrimiçi) [https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994\\_ECT.pdf](https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994_ECT.pdf), 22.04.2019.

(Çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>, 16.05.2019.

(Çevrimiçi), [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf), 16.05.2019.

(Çevrimiçi) <https://www.icj-cij.org/en/statute>, 22.04.2019

(Çevrimiçi) <https://www.un.org/law/cod/sixth/62/provisional.htm> , 12.04.2019.

(Çevrimiçi) [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/28-dsu.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf) , 4.1.2019.

(Çevrimiçi) <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/127>, 17.05.2019.

(Çevrimiçi) [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2010\\_Arbitration\\_rules.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010_Arbitration_rules.html), 20.05.2019.

(Çevrimiçi) <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb->



rules-revised-2010-e.pdf, 20.05.2019.

(Çevrimiçi) <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf>, 20.05.2019.

David, Eric: Primary and Secondary Rules”, **The Law of International Responsibility**, ed. By James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, ss. 27-33.

De Brabandere, Eric: **Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications**, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Doğan, İlyas: **Devletler Hukuku**, Ankara, Astana Yay., 2016.

Dolzer, Rudolf; Schreuer Christoph: **Principles of International Investment Law**, 2nd ed., United Kingdom, Oxford University Press, 2012.

Douglas, Zachary: “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, **British Yearbook of International Law**, C. 74, No 1, 1 January 2004, ss. 151–289.

Douglas, Zachary: “Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID”, **The Law of International Responsibility**, ed. By James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, ss. 815-842.

Douglas, Zachary: **The International Law of Investment Claims**, New York, Cambridge University Press, 2009.

Dumberry, Patrick: “Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes”, **Journal of International Dispute Settlement**, 2012, ss. 1-38.

Dülger, Kenan:

**Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu**, İstanbul, Beta Yayınları, 2015.

Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, Yearbook of the ILC, 2011, vol. II, Part Two.

Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Yearbook of the ILC, 2001, vol. II (Part Two).

Draft Principles on the Allocation of Loss in the Case of Transboundary Harm Arising Out of Hazardous Activities, Yearbook of the ILC, 2006, vol. II, Part Two.

Ekşi, Nuray:

**Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İstanbul, Beta Yay., 2015.

Ekşi, Nuray:

**Devletin Taraf Olduğu Tahkim Yargılamalarına İlişkin Temel Sorunlar**, ICC IX. Milletlerarası Tahkim Semineri, 19 Nisan 2011, Ankara, ICC Türkiye Milli Komitesi Yayınları.

Ekşi, Nuray:

**Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, İstanbul, Beta yay., 2016.

Ekşi, Nuray:

Yabancı Yatırımcılarla Yapılan ‘Yap-İşlet-Devret’ Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Milletlerarası Tahkim Yoluyla Çözümü”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. II, No. 1, 2005, ss. 137-164.

Ekşi, Nuray:

“İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Uyarınca ICSID Kurallarında Tahkim Deneyimi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1-2, 2002, ss. 83-91.

Ekşi, Nuray:

**Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları**, İstanbul, Beta yay., 2015.

- Erkiner, Hakkı Hakan: **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2010.
- Feit, Michael: “Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity”, **Berkeley Journal of International Law**, ss. 142-176.
- First Session of the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, **American Journal of International Law Supplement**, vol. 20, no. 3, 1926.
- Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682.
- “Force Majeure” and “Fortuitous Event” as Circumstances Precluding Wrongfulness: Survey of State Practice, International Judicial Decisions and Doctrine’, **Yearbook of the ILC**, vol. II(1), UN Doc A/CN.4/315.
- Gaillard, Emmanuel; Banifatemi, Yas: “The Meaning of ‘and’ in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, Vol. 18, No. 2, 2003, ss. 375-411.
- Günday, Metin: **İdare Hukuku**, 10. Bs., Ankara, İmaj Yay, 2015.
- Gündüz, Aslan: **Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar**, editör Reşat Volkan Günel, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.
- Gözübüyük, Şeref, Tan, Turgut: **İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar**, 12. Bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.
- Hillier, Timothy: **Principles of Public International Law**, 2. Bs., London, Sydney, Cavendish Publishing, 1999.

**History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States**, Washington D. C., ICSID Publication, 1968.

Hober, Kaj: “State Responsibility and Attribution”, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, Ed. by Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, New York, Oxford University Press, 2008, ss. 552-592.

International Liability for Injurious Consequences Arising Out of Acts not Prohibited by International Law, ILC Report, A/9610/Rev.1 (A/29/10), 1974, chap. VI(C), para. 163.

Irmgard, Marboe: “Compensation and Damages in International Law – The Limits of Fair Market Value”, **Journal of World Investment & Trade**, 2006, Vol. 7, ss. 723-759.

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Comments and Information Received From Governments: Report of the Secretary-General, 9 March 2007, UN Doc. A/62/63, s. 6-7. (Çevrimiçi) <https://www.un.org/law/cod/sixth/62/provisional.htm>, 12.04.2019.

Jana, Andrés: “Reparation in Investment Treaty Arbitration”, **American Society of International Law Proceedings**, Vol. 110, 2016, ss. 288-292.

Jenks, C. Wilfried: “The Conflict of Law Making Treaties”, **British Yearbook of International Law**, vol. 30, 1953, ss. 401-453.

Kaya, İbrahim: **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler**, 3. Bs., Ankara, Seçkin yay., 2016.

Kaya, Talat: “Uluslararası Hukuk Bölünüyor mu? Uluslararası Hukukun Genişlemesi ve Farklılaşmasından Kaynaklanan Zorluklar, **AÜHFD**, 2012, Vol. 61, no. 1, ss. 149-173.

- Kayhan, Ali Kerem: **Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletlerin Sorumluluğu**, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2017.
- Kayhan, Şaban; Kara, Etem: **Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Kedikli, Umut: **Uluslararası Terörizm ve Devlet Sorumluluğu**, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Keskin, Sevda: **Uluslararası Örgütlerin Askeri Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.
- Marboe, Irmgard; Reinisch August: “Contracts Between States and Foreign Private Law Persons”, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law** (Çevrimiçi) <http://opil.ouplaw.com/>, 15.04.2019.
- Meray, Seha L.: **Devletler Hukukuna Giriş**, C. I, Ankara, 1968.
- Montt, Santiago: **State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation**, Oxford, Portland-Oregon, Hart Publishing, 2009.
- Moore, John Basset: **History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been A Party**, Vol. 3, Washington, Government Printing Office, 1898.
- Nalçacıoğlu Zeynep; Erden, **Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma**, İstanbul, Oniki Levha yay., 2015.
- Newcombe, Andrew; Paradell Lluís: **Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment**, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009.

Nomer, Ergin: **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, Beta Yay., 2017.

Nomer, Ergin; Ekşi, Nuray; Öztekin Gelgel, Günseli: **Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar: Cilt I**, 2. Bs., İstanbul, Beta yay., 2014.

Nomer, Ergin; Ekşi, Nuray; Öztekin Gelgel, Günseli: **Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar: Cilt II**, 2. Bs., İstanbul, Beta yay., 2014.

Official Records of the General Assembly, UN Doc. A/RES/61/34.

Övünç Öztürk, Neva: **ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Özunay, Ergun: **UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010 Yılında Revize Edilmiş Şekliyle)**, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yay., Yayın No: 2014-5, 2014.

Paddeu, Federica: “A Genealogy of Force Majure in International Law”, **British Yearbook of International Law**, Vol. 82, No. 1, 2012, ss. 381-494.

Paparinskis, Martins: “Investment Arbitration and The Law of Countermeasures”, **British Yearbook of International Law**, C.79, No:1, 2009, ss. 264-352.

Parlett, Kate: The Application of the Rules on Countermeasures in Investment Claims, **Sovereignty, Statehood and State Responsibility : Essays in Honour of James Crawford**, ed. by Christine Chinkin, Freya Baetens, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, ss. 389-405.

Parra, Antonio R.: “Applicable Law in Investor-State Arbitration”, **Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2007**, ed. By Arthur W. Rovine, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, ss.

3-12.

Partalçı, Rumeysa: “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü, **MHB**, vol. 36, no. 2, ss. 131-162.

Pazarıcı, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri: III. Kitap**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1999.

Pazarıcı, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk**, 17. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

Pellet, Alain: “The ILC’s Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts”, **The Law of International Responsibility**, Ed. By James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, ss. 75-92.

Pirim, Ceren Zeynep: **Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.

Pirim, Ceren Zeynep: “Uluslararası Hukukta Manevi Zarar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, no. 127, 2016, ss. 339-374.

Prevention of Transboundary Damage from Hazardous Activities, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10).

Questionnaire No. 4: Responsibility of States for Damage done in their Territories to the Person or Property of Foreigners, **American Journal of International Law Supplement**, vol. 20, no. 3, 1926.

Reghizzi, Zeno Crespi: “General Rules and Principles on State Responsibility and Damages in Investment Arbitration: Some Critical Issues”, **General Principles of Law and International Investment Arbitration**, ed. by Andrea Gattini et. al., Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2018, ss. 58-73.

Report of the International Law Commission on the Work of Its Thirty-Second Session, (5 May-25 July 1980), UN Doc. A/35/10.

Resolution Adopted by the Assembly of the League of Nations, 22 September 1924, **American Journal of International Law Supplement**, Vol. 41, No. 4, 1947.

- Ripinsky, Sergey: "Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in Search of Perfect", **Journal of World Investment & Trade**, Vol. 10, no. 38, ss. 5-37.
- Salmon, J. J.: "Faut-il codifier l'etat de ne'cessite en droit international", **Essays in Honour of Judge Manfred Lachs**, ed. by J. Makarczyk, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.
- Schicho, Luca: "Attribution and State Entities: Diverging Approaches in Investment Arbitration", **The Journal of World Investment & Trade**, vol. XII, no. 2, ss. 283-298.
- Schill, Stephan; Briese, Robyn: "If the State Considers: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement", **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, vol. 13, 2009, ss. 61-140.
- Schreuer, Christoph: "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", **Arbitration International**, Vol. 20, No.4, 2004, ss. 325-332.
- Simma, Bruno; Pulkowski, Dirk: "Leges Speciales and Self-Contained Regimes", **The Law of International Responsibility**, ed. By James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, ss. 139-163.
- Simma, Bruno; Pulkowski, Dirk: "Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law", **EJIL**, vol. 17, no. 3, 2006, ss. 483-529.
- Simma, Bruno; Pulkowski, Dirk: "Two Worlds, but Not Apart: International Investment Law and General International Law", **International Investment Law: A Handbook**, ed. By Marc



Bungenberg, Nomos/Hart, 2015, ss. 361-371.

Sloane, Robert: “On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility”, **American Journal of International Law**, Vol. 106, 2012.

Sohn, Louis B.; Baxter, R. R.: “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens: I. Introduction”, **American Journal of International Law**, Vol. 55, No. 3, Jul., 1961, ss. 545-547.

Sornarajah, M.: “State Responsibility and Bilateral Investment Treaties”, **Journal of World Trade Law**, Vol. 20, No.1, 1986, ss. 79-98.

Szurek, Sandra: “Force Majeure”, **The Law of International Responsibility**, Ed. By, James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, ss. 475-480.

Şanlı Cemal; Esen, Emre; Ataman Figanmeşe; İnci: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

Şanlı, Cemal: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986.

Şanlı, Cemal; Ekşi, Nuray: **Uluslararası Ticaret Hukuku**, İstanbul, Arıkan Yay., 2006.

Şit Köşgeroğlu, Banu: “Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye’nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, c. 107, 2013, ss. 144-172.

**Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar)**, Ed. Ayşe Nur Tütüncü v.d., İstanbul, Beta yay., 2017.

Tuncer, Nazmi Tolga: “The Definition of Norm Conflict in Public International

Law: The Case of World Trade Organization Law”, **Ankara Law Review**, Vol. IX, No.1, 2012, ss. 27-52.

Tütüncü, Ayşe Nur: "Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun 53'üncü Oturumunda Kabul Edilen 2001 Tarihli Taslak Çerçevesinde Tehlikeli Faaliyetlerden Sınır Aşan Zararın Önlenmesi Sorununa Bir Bakış", **MHB**, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, c.22, 2002, ss. 889-947.

Uzun, Elif: **Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**, 2. b.s., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Ünal, Şeref: **Devletler Hukukuna Giriş**, Ankara, Yetkin Yay., 2003.

Second Report on State Responsibility, by Mr. James Crawford, UN Doc. A/CN.4/498/Add 2

Shelton, Dinah: "International Law and Relative Normativity", **International Law**, ed. by Malcolm D. Evans, New York, Oxford University Press, 2014, ss. 137-142.

Vadi, Valentina: "Jus Cogens in International Investment Law and Arbitration", **Netherlands Yearbook of International Law**, 2015, ss. 357-388.

Wälde, Thomas W.; Sabahi, Borzu: "Compensation, Damages and Valuation", **The Oxford Handbook of International Investment Law**, Ed. by Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, New York, Oxford University Press, 2008, ss. 1050-1119.

Weiss, Edith Brown: "Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century", **American Journal of International Law**, vol. 96, no. 4, 2002, ss. 798-816.

Yasin, Melikşah: **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2006, Beta yay., İstanbul.

- Yasin, Melikşah: “Kamu Hizmeti”, **İdare Hukuku**, ed. Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, et. al., s. 411-468.
- Yıldırım, Turan: “İdari İşlemler”, **İdare Hukuku**, ed. Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, et. al., ss. 293-405.
- Yılmaz, İlhan: **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, İstanbul, Beta Yay., 2004.

1929 Harvard Research Draft for the Responsibility of States for Damage done in their Territory to the Persons or Property of Foreigners, **American Journal of International Law Supplement**, Vol. 23, No. 2 , 1929, ss.131-239.

**EK:**

**Tez Kapsamında İncelenen Yargı ve Hakem Mahkemesi Kararları**

Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Kararları:

Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, PCIJ, Judgment of 12 July 1929, Series A, No. 20/21

Lighthouses Case between France and Greece (Fr. v. Greece), 1934 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 62 (Mar. 17)

The Factory at Chorzow (Germany v. Poland) (Claim for Indemnity) (Merits) (1928), P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (Sept. 13).

The SS 'Wimbledon', United Kingdom and ors v Germany, Judgment, (1923) PCIJ Series A no 1.

Uluslararası Adalet Divanı Kararları:

Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1949.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986.

Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997.

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I. C. J. Reports 1980.

Eletronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, s. 136.

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012, s. 324.

Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949 : I.C. J. Reports 1949, s. 4.

#### Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Kararları:

International Tribunal for the Law of the Sea, The M/V Saiga (No. 2) case (St Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment, 1 July 1999. (Çevrimiçi) [http://www.worldcourts.com/itlos/eng/decisions/1999.07.01\\_Saint\\_Vincent\\_v\\_Guinea.pdf](http://www.worldcourts.com/itlos/eng/decisions/1999.07.01_Saint_Vincent_v_Guinea.pdf), 22.04.2019.

Velásquez Rodríguez v. Honduras case, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 4, para. 170 (1988).

Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Interim Award, 1 December 2008.

#### ICSID Kararları:

Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990.

Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009.

Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005.

CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment, 25 September 2007.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Annulment, 30 July 2010.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007.

Sempra Energy International. v Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Annulment, 29 June 2010.

Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006.

Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Annulment, 1 November 2006.

Antoine Goetz et al v. Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 10 February 1999.

Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000.

Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000.

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 17 January 2007.

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000.

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment, 5 February 2002.

ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16 , Award, 2 October 2006.

Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, 30 June 2009.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004.

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006.

Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003.

Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9, Award, 27 October 2006.

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Annulment, 16 May 1986.

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment, 16 May 1986.

Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31 March 1986.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000.



Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 21 November 2000.

Compania de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal v. the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002.

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008.

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013.

Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002.

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America, UNCITRAL, Decision on Objections to Jurisdiction, 20 July 2006.

Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009.

Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006.

Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008.

EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009.

Waste Management Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004.

Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3 , Decision on Jurisdiction, 22 April 2005.

Consortium RFCC v Morocco, ICSID Case No. ARB/00/6, Award, 22 December 2003.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004.

El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011.

Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 January 2008.

AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/1, 30 November 1979, ICSID Reports, Vol. I, 1993, ss. 306-330.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992.

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

Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013.

Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008.

Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010.

Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, 28 March 2011.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 3, 29 September 2006.

Europe Cement Investment & Trade SA v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009.

Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005.

Cargill, Incorporated v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, 18 September 2009.

M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003.

Diğer Hakem Mahkemesi Kararları:

Rainbow Warrior, (1990) 20 RIAA 217.

INA Corporation v Iran, Iran-US Claims Tribunal, Award No. 184-161-1, 12 August 1985.

Hyatt International Corporation et al v Iran, Iran-US Claims Tribunal, Award no. ITL 54-134-1, 17 September 1985.

Gould Marketing, Inc. v. Ministry of National Defense of Iran, Iran-US Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 24-49-2, 27 July 1983, Iran-US Claims Tribunal Reports, Vol. III.

Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. and others v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Markazi Iran and others, Iran-US Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 32-24-1, 19 December 1983, Iran-US Claims Tribunal Reports, Vol. IV.

Department of the Environment of the Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Iran-US Claims Tribunal, Award No. 107-B53-1, 25 January 1984, Iran-US Claims Tribunal Reports, vol. V.

International Technical Products Corp., et al. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Iran-US Claims Tribunal, Award No. 186-302-3, 19 August 1985, Iran-US Claims Tribunal Reports, Vol. IX.

International Schools Services, Inc. v. National Iranian Copper Industries Co., Iran-US Claims Tribunal, Award No. 194-111-1, 10 October 1985, Iran-US Claims Tribunal Reports, vol. IX.

Richard D. Harza, et al. v. The Islamic Republic of Iran, et al., Iran-US Claims Tribunal, Award No. 232-97-2, 2 May 1986, Iran-US Claims Tribunal Reports, vol. XI.

Lockheed Corp. v. The Government of Iran, et al., Iran-US Claims Tribunal, Award No. 367-829-2, 9 June 1988, Iran-US Claims Tribunal Reports, Vol. XVIII.

Anaconda-Iran, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran and the National Iranian Copper Industries Company, Iran-US Claims Tribunal, Interlocutory Award no. ITL 65-167-3, 10 December 1986, Iran-US Claims Tribunal Reports, vol. XIII, s. 199 vd.

Sylvania Technical Systems, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Iran-US Claims Tribunal, Award No. 180-64-1, 27 June 1985, Iran-US Claims Tribunal Reports, Vol. VIII, s. 298 vd.

EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL, Award, 3 February 2006.

Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, Stockholm Chamber of Commerce, Award, 16 December 2003.

Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States, UNCITRAL, Award, 15 November 2004.

Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467, Award, 1 July 2004

Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989.

Wipperman's Case: Claim of a Consul (1868) (Çevrimiçi)  
<https://archive.org/details/historyanddiges01moorgoog/page/n923>, 19.04.2019.

Russian Claim for Interest on Indemnities (Damages Claimed by Russia for Delay in Payment of Compensation Owed to Russians Injured During the War of 1877-1878), Russian Federation v Turkey, Permanent Court of Arbitration, Award, 11 November 1912, UNRIAA, vol. XI (Sales No. 61.V.4), s. 421.

Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) v Burundi, Award, 4 March 1991, International Law Reports, vol. 96, s. 279.

Naulilaa Case, Arbitral award, 31 July 1928, UNRIAA, vol. II, 1928 s. 1011 vd.

Cysne Case, Arbitral award, 30 June 1930, UNRIAA, Vol. II, s. 1035 vd.

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 14 March 2003.

Libyan American Oil Co. (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic, Award, 12 April 1977, International Legal Materials, Vol. 20, No. 1, 1981, ss. 1-87.

The Islamic Republic of Iran v. The United States of America, Iran-US Claims Tribunal, Decision No. DEC 65-A19-FT, 30 September 1987, Iran-US Claims Tribunal Reports, Vol. XVI, s. 285.

Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award, 19 August 2005.

## ÖZGEÇMİŞ

Miray Azaklı Köse 2009 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 2011 yılında avukatlık stajını tamamlamıştır. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde başladığı Kamu Hukuku yüksek lisans programından "Milletlerarası Sorumluluk Hukukunda Zaruret Hali" başlıklı tezini savunarak 2013 yılında mezun olmuştur. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku doktora programına kaydolmuştur. 2011 yılında İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı'na araştırma görevlisi olarak atanmıştır. 2012-2019 yılları arasında görevlendirildiği İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmıştır. 2017 yılında TÜBİTAK desteği ile ABD'nin Boston şehrinde on ay süreyle doktora tezi ile ilgili araştırmalarda bulunmuştur. Nisan 2019 tarihinden itibaren İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı araştırma görevlisi olarak görev yapmaktadır.