

Doç. Dr. H. Burak GEMALMAZ
*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (b_gemalmaz@yahoo.com).

Uluslararası Yatırım Tahkimi Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları - Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Tahkim Davalarına Konu Uyuşmazlıkların Ayrıca AIHM'e Götürülmesi

Herkesi saygıyla selamlıyorum,

Belki de bugün en ilginç konu başlığı benim. Yatırım hukukuyla insan haklarının aynı cümle içinde geçmesi ilk başta şaşırtıcıdır. Çünkü insan hakları dediğimiz zaman aklımıza hep işkence, zorla çalışma, yaşam hakkı, özel yaşam, ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü vs. geliyor. Bunlar zaten Türkiye'nin sorunlu olduğu alanlar ve hep gündemimizdeler...

O halde, insan haklarına ilişkin bir başlığın yatırım hukuku ve tahkim hukuku konferansında ne işi var?

I) Yatırım Tahkimi Hukuku - İnsan Hakları Hukuku İlişkisi

A) Uluslararası Hukukun Bütünselliği Çerçevesinde Yatırım Tahkimi - İnsan Hakları Hukuku İlişkisi

Aslında insan hakları yukarıda saydıklarımızdan ibaret değil. En başta mülkiyet olmak üzere çeşitli insan hakları, tahkim meselelerine özellikle yatırım tahkimi meselelerine uygulamaya fevkalade elverişli. Mülkiyet hakkının yanına adil yargılanma hakkını ekleyebiliriz. Üstelik başka insan hakları kuralları da yatırım hukukunda kendine yer bulabilir.

Belki ilk bakışta şaşırtıcı gelebilir ama ulusalüstü insan hakları hukukunun mantığıyla yatırım hukukunun kuruluş mantıkları birbirine benzerdir. İnsan hakları hukukunun mantığında devlet-birey ilişkisi, daha doğrusu eşitsizliği var. Eşitsizliğin bir tarafındaki birey kavramı içerisine tüzel kişiler de girmektedir. İnsan hakları özellikle aydınlanma evresinde güçsüz bireyin güçlü siyasi iktidara karşı korunması amacıyla kurumsallaştırılmıştır. 1945 sonrası da uluslararası hukuk düzlemine çıkmış ve kendine özgü ilke, kural ve usulleri olan özerk bir hukuk alanı haline gelmiştir.

Uluslararası yatırım hukukunda da benzer bir birey (gerçek veya tüzel kişi) devlet karşıtlığı söz konusu. Belki iki özel hukuk kişisi ara-

sındaki sırf ticari tahkim bunun dışında tutulabilir, ama uluslararası yatırım hukuku tahkimi büyük ölçüde bu mimariye uyuyor. Yatırım hukukunun varlık sebebi ve kendine özgü ilkeleri, yatırımcıyı, yatırım yapılan devletteki (misafir eden devlet/ev sahibi devlet/host state) keyfi veya hukuka uygun olmayan ya da hukuka uygunluğu şüpheli tasarruflara karşı korumaktır.¹ İki hukuk alanının benzer amaçları, benzer ilke, kural, usul ve kurumları içermelerine yol açmaktadır.² Nitekim bazı yatırım tahkimi kararlarına eklenen muhalefet şerhlerinde bu husus spesifik olarak vurgulanmıştır.³

İnsan hakları hukuku ile uluslararası yatırım hukukunun varlık sebeplerindeki benzerlik yanında, her iki hukuk alanının uluslararası hukukla (devletler umumi hukuku) olan yakın ilişkileri hatta koparılmaz bağları, bunlar için ayrı bir ortak payda teşkil ediyor. Nitekim Devletlerin söz konusu olduğu yerde uluslararası hukukun, en azından niteliği bakımından elverişli ilke, kural ve usulleri her zaman için uygulama alanı bulabilmektedir. Bunu Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinden⁴ hareketle söyleyebileceğimiz gibi Uluslararası Adalet Divanının hem yatırım tahkimine hem de insan haklarına ilişkin kararlarından hareketle söyleyebiliyoruz. Diğer yandan, hem insan hakları denetim organları hem de yatırım tahkimiyle alakalı uyuşmazlıkları çözmekle görevli organlar, değerlendirmelerinde sıklıkla

¹ Bu noktada çoğu yabancı yatırımcının, yatırım yaptıkları devletlerden daha güçlü ve etkili olduklarını göz ardı etmemek ve dolayısıyla yatırım hukukundaki birey-devlet karşıtlığını insan hakları hukukundaki birey-devlet karşıtlığıyla tamamen özdeşleştirmemek gerektiğini not edelim.

² Ayrıca bkz. Pierre-Marie Dupuy, "Unification Rather Than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law", **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, eds. PM Dupuy – F Francioni and EU Petersmann, Oxford University Press, 2009, sf:45-62, 46-49; Clara Reiner-Christoph Schreuer, "Human Rights and International Investment Arbitration", **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, eds. PM Dupuy – F Francioni and EU Petersmann, Oxford University Press, 2009, sf:82-96, 94 ve dn. 66; Bruno Simma, "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights", **ICLQ**, Vol. 60, July 2011, sf:573-596, 576.

³ *International Thunderbird Gaming Corp v. Mexico*, UNCITRAL/NAFTA Arbitral Award of 26 January 2006, Separate Opinion of Thomas Walde, para.13.

⁴ *El Paso Energy International Co v. Argentina*, ICSID Case No ARB/03/15, Decision on Jurisdiction of 27 April 2006, paras. 599-610.

uluslararası hukuk kural ve içtihatlarına yollama yapmaktadır. Zaten gerek insan hakları belgelerinde gerekse de iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında uluslararası hukuka yollama yapan hükümler bulunmaktadır.

Bu durum doğaldır. Zira gerek insan hakları hukuku ile yatırım hukuku gerekse de benzeri hukuk dalları, son tahlilde liberal ekonomik düzenin hukuki yansımalarıdır ve aynı hukuk paradigmasından beslenmektedir. Bu sebeple, bu hukuk disiplinleri çerçevesinde işlev gören yargısal ya da yarı-yargısal makamlar, başta iç hukuk yollarının tüketilmesi, andlaşmaların yorumu ve çekinceler, ihlallerde verilecek giderim ve tazminat, vatandaşlık, uluslararası hukukun kaynakları gibi birçok soruna aynı dili kullanarak yanıt vermektedir.⁵ O halde, uluslararası hukukun bütünsel bir nitelik arz ettiğini söylemek mümkündür. Yabancı doktrinde gündeme getirilen uluslararası hukukun parçalandığı iddialarının aksine, aslında uluslararası hukuk, hem ilkeler hem de birçok somut uygulama bazında bütünleşmektedir. Nitekim Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 31/3(c) hükmü, uygulanabilir uluslararası hukuka yaptığı göndermeyle bu bütünleşmenin önemli bir aracıdır.⁶

Kaldı ki, uluslararası yatırım hukuku, temel aktörlerinden birinin devlet olması ve yatırımla ilgili tasarruflarda kamu yararı mülahazasının her zaman gündemde olması nedeniyle, yatırımcıyla ev sahibi devlet arasındaki salt bir özel hukuk ilişkisine indirgenemez. Yatırım uyuşmazlıklarının genellikle ulusal veya uluslararası tahkim yoluyla çözümlenmesi dahi bu indirgemeyi haklı çıkarmamaktadır. Kamu

⁵ Jonathan I. Charney, "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?", *Recueil des Cours*, Vol. 271, 1998, sf:101-382.

Ayrıca bkz. Thomas Buergenthal, "Proliferation of International Courts and Tribunals: Is it Good or Bad?", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, 2001, sf: 267-275; Haydar Burak Gemalmaz, "Making Sense of Children Rights: Transforming the Precedents of the European Court of Human Rights Concerning Corporal Punishment of Children", *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul*, Vol. 39, No: 56, 2007, sf: 37-70, 52-54; James D. Fry, "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol.18, 2007, sf: 77-149, özellikle 120-149.

⁶ Dupuy, *a.g.m.*, sf:57; Simma, *a.g.m.*, sf:581, 584-586.

hukukunun kavram, kurum, kural ve usulleri de yatırım hukukunda önemli rol oynamaktadır.⁷ Kamulaştırma, el atma, regülasyon, kamu yararı, çevrenin korunması, vergi ve benzeri kavramları hatırlatmak bile kamu hukukunun yatırım tahkimi hukukundaki rolünü göstermeye yeterlidir. Bir davada ICSID hakem heyetinin vecizesiyle ifade edilirse, "ICSID Sözleşmesi Devletin kamu hukuku kaynaklı sorumluluğunu özel tahkim usulüyle birleştirmektedir".⁸ Bu açıdan bakıldığında yatırım tahkiminin özel hukuk-kamu hukuku ayrımını silikleştiren veya anlamsızlaştıran hukuk disiplinlerinden birisi olduğu dahi söylenebilir.

B) ICSID Sisteminde İnsan Hakları

Yatırım hukuku-insan hakları hukuku ilişkisine dair yukarıda belirlenen soyut ve teorik çerçeve, bir yandan Devletlerle Diğer Devlet Vatandaşı Kişiler Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma (ICSID) kapsamındaki yargısal süreç, diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle (AİHS) kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kapsamındaki yargısal süreç incelendiğinde daha somutlaşacaktır.

1) Yatırım-Sosyal Haklar Çatışması

İnsan hakları mülahazalarının hangi noktalarda ICSID yargısında kendisine yer bulabileceği sorunsalının ilk akla gelen arama noktası yatırımcıların haklarıdır. Ancak ICSID sisteminde üretilen kararlara bakıldığında, insan hakları mülahazalarının yatırımcılar tarafından pek ön plana çıkarılmadığını ve yatırımlarının ihlal edildiğine yönelik şikayetlerin insan hakları ihlali iddiaları üzerinden temellendirilmediği gözlemlenebilmektedir. En azından, ICSID sistemi çerçevesindeki uyuşmazlıklara dair kararlarda, yatırımcıların bu yönde

⁷ Bu tez üzerinden kapsamlı bir kitap bile derlenmiştir. Bkz. **International Investment Law and Comparative Public Law**, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010; ayrıca bkz. Stephan W. Schill, "International Investment Law and Comparative Public Law – An Introduction", **International Investment Law and Comparative Public Law**, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, sf:3-37, özellikle 3-5, 10-17.

⁸ *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina*, ICSID Case No ARB/04/14, Award of 8 December 2008, para.160 (2).

argümanlar geliştirdiği yönünde değerlendirilebilecek verilere pek rastlanmamaktadır.⁹

Yatırımcılar, kendilerine hak sağlayan temel hukuki belgeler olan iki veya çok taraflı yatırım sözleşmeleri temelinde haklarını talep etmektedir. Bu durum elbette büyük ölçüde doğaldır. İki ya da çok taraflı yatırım sözleşmeleri de insan hakları hükümlerine pek yer vermemektedir.¹⁰ Oysa aşağıda göstereceğimiz üzere, iki veya çok taraflı yatırım sözleşmelerinin açıkça düzenlemediği veyahut yoruma ihtiyaç gösteren ya da ancak hakem heyetinin somut olaya ilişkin değerlendirmesiyle çözüme kavuşacak meselelerde insan hakları hukuku son derece işlevsel rol oynayabilir.¹¹ Nitekim hakem heyetleri insan hakları mülahazalarını önlerine gelen uyuşmazlıklarda belirli ölçülerde dikkate almaktadır.¹²

Elbette istisnai örnekler yok değildir. Örneğin Manş Tüneli (Channel Tunnel) davasında yatırımcılar 1986 tarihli İmtiyaz Anlaşmasının AIHS'e hakim olan ayrımcılık yasağı gibi ilkeler ile Protokol No. 1 Madde 1'de düzenlenen mülkiyet hakkı çerçevesinde yorumlanmasını talep etmişlerdir.¹³ Benzer şekilde bazı davalarda yatırımcıların özellikle usuli haklarını ve usuli güvenceleri adil ve eşit muamele standardı kapsamında ileri sürdüğü gözlemlenmektedir. Yatırımcının Türk şirketi olduğu ve hukuki dinlenilme hakkının (right to be heard) ihlal edildiğini iddia ettiği Bayındır davası buna örnek verilebilir.¹⁴

İnsan hakları mülahazalarının ICSID yargısında kendini gösterdiği ilk ciddi kısım ev sahibi Devletlerin savunmalarıdır. Yatırımcıların insan hakları mülahazalarını lehlerine ileri sürmekteki pasifliğine

⁹ Reiner-Schreuer, *a.g.m.*, sf: 88.

¹⁰ Reiner-Schreuer, *a.g.m.*, sf: 82, 84; Simma, *a.g.m.*, sf:578.

¹¹ Reiner-Schreuer, *a.g.m.*, sf:85.

¹² Yatırımcıların insan hakları mülahazalarını büyük ölçüde ihmal etmesinde, bu iki hukuk dalının tamamen farklı ve alakasız olduğu yönünde hukukçuların kafasına yerleşmiş ön yargının büyük rolü olduğu söylenebilir. Krş. Simma, *a.g.m.*, sf:578.

¹³ *Channel Tunnel Group Limited and France-Manche S.A. v. Governments of the United Kingdom and France*, Partial Award of 30 January 2007, paras. 101, 107, 110.

¹⁴ *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi AŞ. v. Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/29, Award of 27 August 2009, paras.338 (Yatırımcının iddiası), 344-348 (Heyetin kararı).

karşılık, bazı devletler insan hakları mülahazalarını yatırımcıların taleplerine karşı bir savunma argümanı olarak gündeme getirmektedir. Başta Arjantin olmak üzere birçok devlet, kendine karşı açılan yatırım davalarında Kuzeyli zengin şirketlerin Güneyli ülkeleri sömürdüğü iddiasıyla savunmalarında kendilerinin güç pozisyonunda olduğunu, sosyal devlet mülahazalarıyla söz konusu yatırıma yaptıkları müdahalenin, çoğu halde yatırıma yönelik el atmaların aslında hukuka uygun olduğunu ve bir tazminata gerek olmadığı yönünde çeşitli savunmaları dile getirmektedirler.

Ancak bu davalarda ICSID hakem heyetleri, muhakemelerinde Devletlerin bir savunma argümanı olarak insan haklarını ön plana çıkarmaları üzerinde pek durmamış, hiçbir esaslı tartışma yapmadan yatırımcının tasarruflarının misafir eden devletin vatandaşlarının haklarını nasıl ihlal ettiğinin temellendirilemediğine karar vererek uyuşmazlığın esası bakımından bu argümanları göz ardı etmiştir.¹⁵ Bu davalarda hakem heyetleri, uyuşmazlıkları daha çok teknik boyutlarına çekerek meseleyi yatırımcıların çıkarları ve hakları açısından incelemiştir. ICSID hakem heyetlerine göre, özellikle “başlangıç” kısımlarından anlaşıldığı kadarıyla iki taraflı yatırım anlaşmaları yatırımcının haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla akdedildiğinden ev sahibi devletin vatandaşlarının hakları ikinci plana atılabilir.¹⁶ Hatta bir davada hakem heyeti, AİHS’in yatırım tahkimi kapsamında çok sınırlı işlevinin olabileceğini ifade etmiştir.¹⁷

Aslında misafir eden devletlerin bu yöndeki savunmaları, ikinci kuşak haklar olarak bilinen ekonomik, sosyal ve kültürel hakların

¹⁵ *CMC Gas Transmission Co v. Argentina*, ICSID Case No ARB/01/08, Award of 12 May 2005, paras. 114 (Devletin itirazı), 121 (hakem heyetinin reddi); *Azurix v. Argentina*, ICSID Case No ARB/01/12, award of 14 July 2006, para. 254; *Siemens AG v. Argentina*, ICSID Case No ARB/02/08, Award of 6 February 2007, para. 75, 354 (*Siemens* davası bakımından ayrıca bir sonraki dipnotunda zikredilen “yargı yetkisi” kararına da bkz.).

¹⁶ *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. the Philippines*, ICSID Case No ARB/02/6, Decision on Jurisdiction of 29 January 2004, para. 116; *Siemens AG v. Argentina*, ICSID Case No ARB/02/08, Decision on Jurisdiction of 3 August 2004, para. 81.

¹⁷ *Azurix v. Argentina*, ICSID Case No ARB/01/12, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic of 1 September 2009, para. 128 (iki dipnot yukarıda, aynı davada heyetin asıl hükmüne de bkz.)

korunması amacına yönelik olduğu ölçüde dikkate alınmalıdır. İkinci kuşak haklar olarak da bilinen ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, işkence, yaşam hakkı, özel yaşam, ifade özgürlüğü gibi birinci kuşak haklardan hem tarihsel bakımdan hem de varlık sebebi bakımından farklı niteliktedir. İkinci kuşak haklar, sanayi devrimi sırasında sömürülen işçi sınıfı mensuplarının durumunu biraz da olsa düzeltmek amacıyla ortaya çıkmıştır. Kısacası bu hak kuşağının birincil işlevi ekonomik ve toplumsal ilişkilerde zayıf durumda olanı korumaktır. Bu sebeple ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasında sosyal güvenlik hakkı, çalışma hakkı ve insan onuruna uygun çalışma koşulları hakkı, ailenin ve özellikle annelerin korunması, sağlık ve tıbbi bakım hakkı gibi haklar ön planda yer almaktadır.¹⁸ Bu açıdan bakıldığında, yatırımcıların haklarıyla ikinci kuşak haklar arasında bazı çatışmaların ortaya çıkması muhtemeldir. Özellikle temel kamu hizmetlerinin özelleştirilerek kar amacına yönelik yatırım haline getirilmesi süreçlerinde bu gibi çatışmalar meydana gelebilmektedir.¹⁹

Nitekim bazı kararlarında ICSID hakem heyetleri insan haklarıyla yatırımın korunmasının çatışabileceğini ve meselenin çözümünün çetrefil bir mesele olduğunu teslim etmektedir.²⁰ Bu sebeple, taraf

¹⁸ İkinci kuşak haklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **UIusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt II, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, sf: 668-676; İzzet Mert Ertan, Avrupa Konseyi Düzleminde Sosyal Hakları Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, sf: 3-21.

¹⁹ Dupuy, **a.g.m.**, sf:53-54; Reiner-Schreuer, **a.g.m.**, sf: 89-90; Simma, **a.g.m.**, sf:579.

²⁰ *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No ARB/02/16, Award of 28 September 2007, para.332. Ancak hakem heyeti yine de şu ifadelerle sorunun özüne inmekten kaçınmış ve kazanılmış hakların krizlerde dahi korunması gerektiğine hükmetmiştir: "This debate raises the complex relationship between investment treaties, emergency and the human rights of both citizens and property owners. Yet, the real issue in the instant case is whether the constitutional order and the survival of the State were imperiled by the crisis, or instead whether the Government still had many tools at its disposal to cope with the situation. The Tribunal believes that the constitutional order was not on the verge of collapse, as evidenced by, among many examples, the orderly constitutional transition that carried the country through five different Presidencies in a few days' time, followed by elections and the reestablishment of public order. Even if emergency legislation became necessary in this context,

oldukları ikinci kuşak hak sözleşmeleri temelinde (örneğin Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi gibi) ev sahibi devletlerin vatandaşlarının haklarını yatırımcıların haklarına karşı korumak yükümlülüğü olduğu ve bu ödevin de bu çatışan çıkarların bir şekilde dengelenmesini gerektirdiği söylenebilir.²¹ Bu bağlamda, yatırım sözleşmelerine kamu hizmeti karşılığı alınacak bedele ilişkin sınırlayıcı hükümler koymak ve aksine tasarrufu orantılı yaptırımlara bağlamak, bazı kamu hizmetlerini geliştirme yükümlülüğü yüklemek vs. akla gelebilecek dengeleme araçları arasındadır. Ayrıca, yatırımcıyla ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlık yargısal aşamaya geçecek ölçüde derinleştiğinde vatandaşın ekonomik, sosyal ve kültürel haklarını korumak mülahazası, yatırıma yapılan müdahalede az tazminat verilmesini²² veya temel haklara aşırı zarar veren yatırımın korumadan yararlandırılmamasını²³ da sonuçlayabilmelidir.

legitimately acquired rights could still have been accommodated by means of temporary measures and renegotiation”.

²¹ *El Paso Energy International Co v. Argentina*, ICSID Case No ARB/03/15, Decision on Jurisdiction of 27 April 2006, paras.66-70. ICSID Hakem heyeti bu kararda yukarıda zikredilen *SGS v. Philippines* davasına atıf yaptığı gibi ICSID’in iki taraflı yatırım anlaşmalarının sadece yatırımcı lehine yorumlanmasına karşı çıkan bazı kararlarına da atıf yaparak açıkça dengeli bir yaklaşım izlemektedir. Ayrıca bu heyetin başkanı Prof. Lucius Cafilish’in AIHM yargıçlığı da yapan bir insan hakları uzmanı olduğunu not edelim.

Sağlık hakkı bağlamında bkz. İzzet Mert Ertan, **Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı**, Legal Yay., İstanbul, 2012, s. 209-216.

²² Nitekim yukarıdaki dipnotta yargı yetkisine dair (jurisdiction) kararı zikredilen *El Paso* davasında verilen yakın tarihli hüküm (award), bu gözle okunabilir. Bkz. ve krş. *El Paso Energy International Co v. Argentina*, ICSID Case No ARB/03/15, Award of 31 October 2011. Bu kararda hakem heyeti hem AIHS’in hem de Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin mülkiyet hakkına ve olağanüstü yönetim usullerinde hakların askıya alınmasına ilişkin hükümlerine ve bazı AIHM kararlarına atıf yapmıştır.

Doktrinde bu yönde bir hakem kararı olasılığı, daha somut bir karar olmadığı evrede ileri sürülmüştü. Bkz. Iona Tudor, **Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment**, Oxford University Press, 2008, sf:222.

²³ Örneğin bkz. *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, ICSID Case No ARB/06/5, Award of 15 April 2009, para. 78. Heyet burada soykırım, işkence, köle ticareti ve insan kaçaklığı gibi oldukça “ekstrem” örnekler vermektedir.

Eğer yatırımcının haklarıyla ev sahibi devletin vatandaşlarının ekonomik, sosyal ve kültürel hakları bağdaştırılmazsa²⁴, uygulamada görüldüğü üzere, yoksul Güney Devletlerin kendilerini yatırım tahkimiyle bağlayan uluslararası sözleşmelerden ayrılmaları gündeme gelecektir.²⁵ Dahası, uluslararası yatırım tahkimine yönelik meşruiyet yoksunluğu yönündeki itirazlar giderek kuvvetlenecektir.

Kaldı ki, AIHM'e göre de devletler sosyal politikaları gerçekleştirmek amacıyla malvarlığına müdahalede bulunabilirler. Sosyal politikaları gerçekleştirmek amacıyla yapılan müdahaleler kamu yararına yönelik sayılır. Bu konuda Devletlerin neredeyse mutlak bir takdir marjı bulunmaktadır.²⁶ Üstelik, Devletlerin bu müdahale yetkisi ekonomik krizlerin mevcudiyetinde daha da artmaktadır.²⁷ Bu bağlamda CMC Gas davasında davalı Arjantin Devletinin "yatırım anlaşmalarının anayasal değer taşımadığı ve ülkede insan haklarını olumsuz etkileyen ekonomik ve toplumsal bir krizin yaşandığı" yönündeki vurgusunun heyetçe göz ardı edilmesinin²⁸, heyetin yatırımın mülkiyet hakkının (veya malvarlığının bir ögesi olarak) bir türü olarak anayasa ve insan hakları belgelerinde korunduğu yönünde haklı vurgusuna rağmen, yerinde olduğu söylenemez.

²⁴ Bağdaştırma gerekliliği yönünde ayrıca bkz. Simma, **a.g.m.**, sf:580, 586-591.

²⁵ Örneğin bu Çalışmada aleyhine çok sayıda davadan bahsedilen Ekvador, 7 Ocak 2010 tarihi itibarıyla ICSID sisteminden ayrılmıştır (<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Announcement20>) Ancak aleyhine daha önce açılan bir dava 2012 sonunda hükme bağlanmıştır. *Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*, ICSID Case No ARB/06/11, Award of 5 October 2012. Bolivya da 3 Kasım 2007 itibarıyla ICSID'le bağlılığını feshetmiştir (<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Announcement3>).

²⁶ H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yay., İstanbul, 2009, sf:481-519.

²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz - Atakan Uzun, "*Crisis, State Activities and Human Rights in Turkey*", **European Review of Public Law**, 2013 (forthcoming).

²⁸ *CMC Gas Transmission Co v. Argentina*, ICSID Case No ARB/01/08, Award of 12 May 2005, paras. 114 (Devletin itirazı), 121 (hakem heyetinin reddi).

Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların korunması mülahazalarını, davalı ev sahibi Devletler dışında, davaya müdahale²⁹ edenlerin - ki genellikle hükümetler dışı örgütler - sıklıkla gündeme getirdiğini görüyoruz. Yatırım davalarında müdahil olan hükümetlerdışı örgütler, daha çok yatırımcının haklarının misafir eden devletçe sınırlandırılmasına destek olmak üzere uyuşmazlığa müdahil olmaktadır. "Mahkeme dostu" olarak anılan "amicus curiae" üzerinden uyuşmazlık hakkında görüşlerini belirterek davalara müdahil olan ve mütalaa veren hükümetlerdışı örgütlere göre yatırımcılar, misafir eden devletin vatandaşlarının temel insan haklarını ihlal etmektedir.³⁰ Bu tip örnekleri Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkı pratiğinde sıklıkla görmek mümkündür.³¹ Dolayısıyla, üçüncü tarafların yatırım davalarına müdahalesi ağırlıklı olarak su, elektrik gibi temel kamu hizmetlerinin özelleştirilmesine ilişkin uyuşmazlıklarla çevresel meselelere ilişkin uyuşmazlıklarda görülmektedir.

2) İnsan Hakları Hukuku İlke ve Kurallarının Yatırım Tahkimi Yargı Mercileri Kararlarına Sızması: Yatırım Hukuku – İnsan Hakları Hukuku Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar

Aslında ICSID Mahkemesinin çeşitli kararlarında bizzat insan hakları ilke ve kurallarını hatta AİHM'in somut kararlarını muhakeresinde kullandığı ve ona göre de karar verdiği gözlemlenmektedir.

Mondev davasında adil yargılanmaya ilişkin standartlar bizzat AİHM kararlarına atıfla sisteme entegre etmiştir. Bu uyuşmazlığın konusu insan hakları hukukunda mahkemeye ulaşma hakkı olarak bilinen adil yargılanma hakkının ilk ve en önemli ögesidir. Nitekim özellikle uluslararası hukukta zaten adalete erişimin engellenmesinin,

²⁹ Hem uluslararası yatırım hukukunda hem de insan hakları hukukunda davaya müdahale ulusal hukuktaki anlamından çok farklıdır.

³⁰ Franseco Francioni, "Acces to Justice, Denial of Justice, and International Investment Law", *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, eds. PM Dupuy – F Francioni and EU Petersmann, Oxford University Press, 2009, sf:63-81, 71-77; Reiner-Schreuer, a.g.m., sf: 90-93; Christoph Schreuer, *The ICSID Convention - A Commentary*, Second Edition, 2009, Cambridge University Press, sf: 706.

³¹ *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of 17 June 2005; *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of 31 August 2001. Bilgi için bkz. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, sf:114-120, 445-446.

adaletin yadsınması kavramı bakımından insan haklarıyla doğrudan göbek bağı da bulunmaktadır.³² Mondev kararında hakem heyeti aslında kısıtlı bir anlayış geliştirmekle birlikte yatırım tahkimini insan hakları hukukuna ve uluslararası hukuka açmıştır.³³

Mülkiyet hakkı da adil yargılanma hakkının yanında, yatırım tahkimi yargılamalarında kendine yer bulan önemli haklar arasındadır. Özellikle de AİHM'in "mülkiyet hakkına bir müdahale var mıdır ve o müdahale o sistem bakımından bir el atma teşkil etmekte midir?" sorusuna yönelik geliştirdiği ölçütler, kısmen de olsa ICSID yargısına aktarılmıştır. Aslında özellikle mülkiyet hakkının korunmasıyla yatırımın korunması arasında birçok özdeşlik olduğunu görüyoruz.

a) Yatırım Kavramı – Mülkiyet Kavramı Benzerliği ile Hak Sahipliği Karşılaştırması

Her şeyden önce yatırım kavramı ile AİHS anlamında mülkiyet kavramı –Türk eşya hukuku anlamında değil- fevkalade örtüşmektedir. Sözleşme anlamında mülkiyet kavramı gayri maddi mal değerlerini, alacak haklarını, vergi iadelerini, sosyal güvenlik pozisyonlarını vs. aklınıza gelebilecek mali terimlerle ölçülebilecek her türlü çıkarı mülkiyet hakkı kapsamında korumaktadır.³⁴ İşte yatırım hukukundaki "yatırım" kavramı insan hakları hukukundaki mülkiyet / malvarlığı kavramıyla büyük ölçüde örtüşmektedir.³⁵

³² *Mondev International v USA*, ICSID Case No ARB(AF)/99/2, Award of 11 October 2002, paras. 138, 141-143.

³³ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Francioni, **a.g.m.**, sf: 69 vd. İnsan hakları yargı yerleri ile yatırım tahkiminin adaletin yadsınması kavramı açısından ayrıntılı karşılaştırılması için ayrıca bkz. Ali Ehsassi, "*Cain and Abel: Congruence and Conflict in the Application of the Denial of Justice Principle*", **International Investment Law and Comparative Public Law**, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, sf:213-242.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:178-407. Türk hukuk dili bakımından bunu belki de malvarlığı olarak ifade etmek uluslararası terminolojiye yabancı okurlar için daha yerinde olabilir.

³⁵ Bkz. Christoph Schreuer-Ursula Kriebaum, "*The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law*", **Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Stephan Breitenmoser vd., Dike, Nomos, 2007, sf: 743-762, özellikle 744-747; Ursula Kriebaum, "*Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration?*",

Elbette bu iki kavram arasında kayda değer farklılıklar bulunmakta, ama bu farklılıklar tebliğin amaçları çerçevesinde ihmal edilebilir. Mesela, vergi iadeleri veya banka garantileri yatırım hukukunda yatırım kavramı kapsamında sayılmazken³⁶, AİHM içtihatları vergi iadelerini mülkiyet hakkı kapsamında görmektedir.³⁷ Zaten bu farklılığın fazla bir geçerliliğinin kalmadığı rahatlıkla ileri sürülebilir. Zira yakın tarihli bazı yatırım tahkimi kararları, vergi iadelerinin teknik olarak yatırım olup olmadığına değil, bütün bir operasyonun ve bunun unsurlarının yatırım olarak telakki edilip edilemeyeceğine odaklanarak, vergi iadeleri taleplerini korumaya başlamıştır.³⁸

Bir başka kısmi benzerlik, uluslararası yatırım hukukunda prensibin yabancıların³⁹ haklarının korunması iken insan hakları hukukunda bu açıdan bir farklılık gözetilmemesidir. Yerleşik içtihat her şekilde yabancı vatandaş fark etmez, yabancı tüzel kişi olsun fark etmez, herkesin hakkının eşit derecede korunmasıdır. Şirketlerin/ortaklıkların paylarına yabancıların sahip olması da durumu değiştirmez.⁴⁰ Nitekim çok sayıda kararda AİHM yabancı yatırımcıların mülkiyet haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁴¹

Human Rights in International Investment Law and Arbitration, eds. PM Dupuy – F Francioni and EU Petersmann, Oxford University Press, 2009, sf:219-245, 231-234. Ayrıca bkz. M. Sornarajah, **The International Law on Foreign Investment**, Grotius Publications, CUP, 1994, sf: 4-8; Matthias Ruffert, “*The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights*”, **German Yearbook of International Law**, Vol. 43, 2000, sf: 116-148, özellikle 122-123. Erken dönem saptaması için bkz. S. Friedman, **Expropriation in International Law**, Stevens & Sons Limited, London, 1953, sf:145-157.

³⁶ *Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*, UNCITRAL, London Court of International Arbitration Administred Case No. 3467, Final Award of 1 July 2004, para.86; *Joy Minig Macninery Limited v. Egypt*, ICSID Case No ARB/3/11, Award on Jurisdiction of 6 August 2004, paras. 43-47.

³⁷ Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:390-399.

³⁸ *EnCana Corp v. Ecuador*, UNCITRAL, London Court of International Arbitration Administred Case No. 3481, Award of 3 February 2006, paras. 181-183.

³⁹ Uluslararası yatırım hukukunda yabancılar ve vatandaşlık için bkz. Faruk Kerem Giray, **Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler**, Beta Yay., İstanbul 2013, sf:16-28.

⁴⁰ Örneğin bkz. *Bimer S. A. v. Moldova*, App. No. 15084/03, Judgment of 10 July 2007. Paylarına Moldovalıların yanı sıra Amerikalılar ile Bahamalıların sahip olduğu

Bir tüzel kişinin ve özellikle ticari şirketin herhangi bir Taraf Devlet aleyhine AİHM'e başvuruda bulunabilmesi için, o Devlette kayıtlı/tescilli olmasına gerek yoktur. Bir başka deyişle, tüzel kişinin tabiiyeti ya da vatandaşlığı/uyrukluğu herhangi bir önem arz etmez. Burada önem taşıyan unsurlar i) AİHS'ne Taraf bir Devletin "yargı yetki alanı" (jurisdiction) içinde bulunmak ve ii) o Devlete atfedilebilir bir tasarruftan etkilenmiş olmaktır.⁴² Dolayısıyla tüzel kişi niteliğindeki bir yabancı şirketin, hiçbir uyruklu ilişki olmaksızın, operasyonlarını yürüttüğü Sözleşme Tarafı Devlete karşı AİHM önünde dava açması mümkündür.

Hatta AİHS'in mülkiyeti düzenleyen metninde (1 no'lu Protokol Madde 1) uluslararası hukuk genel ilkelerine açık bir atıf bulunmaktadır. Mahkeme 1986 yılında verdiği bir kararla, uluslararası hukukun genel ilkelerinin yabancıların haklarının korunmasına ilişkin uluslararası hukuka gönderme yaptığına karar vermiş ve o hükmün vatandaşın başvurularında uygulanmayacağı içtihadında bulunmuştur.⁴³ Dolayısıyla aslında AİHS'in mülkiyet hakkına yönelik sistemi

şirket gümrüklerde bar ve duty-free mağazaları işletme ruhsatına sahip iken mevzuat değişikliği ile bu hak üzerinde kayda değer kısıtlamalar yapılmıştır. Amerika ile Moldova arasında 21 Nisan 1993 tarihinde akdedilen iki taraflı yatırım anlaşması ile AİHS'de yer alan mülkiyet hakkını açıkça vurgulayarak başvurucu şirketi haklı gören temyiz mahkemesi kararını kendisine temel alan AİHM, yeterli inceleme yapmadan ve başvurucunun bütün iddialarını değerlendirmeden aleyhine nihai hükmü veren yüksek mahkeme kararının, ruhsat iptali müdahalesinin yasallık unsurunu karşılamadığı sonucuna varmıştır. Hükümetin şirketin ruhsatının ve elde bulunan mallarının başka alanlarda kullanılabileceği yönündeki argümana itibar etmeyen AİHM'in yaklaşımı, uluslararası yatırım hukuku kurum ve kurallarıyla uyum içerisindedir (Uluslararası yatırım hukuku açısından bkz. Sornarajah, **a.g.e.**, sf:277-322, özellikle 311-313).

⁴¹ Örneğin bkz. *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, App. No.48553/99, Judgment of 25 July 2002; *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Poland*, App. No.51728/99, Judgment of 28 July 2005; *Zlinsat, Spol. SR.O. v. Bulgaria*, App. No. 57785/00, Judgment of 15 June 2006; *Regent Company v. Ukraine*, App. No.773703, Judgment of 3 April 2008; *Unistar Ventures GMBH v. Moldova*, App. No. 19245/03, Judgment of 9 December 2008.

⁴² Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:50.

⁴³ Protokol 1 madde 1 metninde uluslararası hukukun genel ilkelerine yapılan yolamanın erken dönem Strasbourg kararlarına etkisi hakkında bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:34-36.

yabancılara daha fazla koruma sağlamaya yönelikmiş gibi kurgulanmıştır. Nitekim AİHS'in Hazırlık Çalışmaları bu duruma işaret etmektedir. Gelgelelim, AİHM, bugünkü içtihadında kendisinin 1986 yılında yarattığı bu farklılığa artık bir hüküm bağlamıyor, vatandaş da yabancı ile eşit şekilde korunmaya devam etmektedir.⁴⁴

AİHS açısından yapılacak bir incelemede yatırım hukukundan şöyle bir farklılığı gözlemlemek mümkündür: Hisse senedi sahipleri (hissedarlar), yabancılik unsurunu karşıladıkları müddetçe ICSID yatırım sisteminde çok rahat korunurken, AİHS sisteminde yeteri kadar korunmamaktadır. AİHM bu noktada uluslararası hukuka ve hatta Uluslararası Adalet Divanının ünlü Barcelona Traction davasına atıf yapmaktadır.⁴⁵ AİHM'e göre çoğunluk hisselerine veya yönetici hisselerine sahip olmayanlar, şirkete yapılan müdahaleden doğrudan etkilenmemektedir. Bu sebeple azınlıktaki paydaşlar, doğrudan kendi hisselerine yapılan müdahaleden ayrı olarak, şirketin tüzel kişilik perdesinin arkasında kalmaktadır. Dolayısıyla bunların şirkete yapılan müdahalelerden ötürü AİHM önünde başvuru yapma hakkı yoktur. Tüzel kişiliğin kaldırıldığı veya göz ardı edildiği bazı istisnalar bulunmakla birlikte bu yaklaşım AİHM'in artık yerleşik bir içtihadıdır.⁴⁶ Bu noktada ICSID sisteminin paydaşlar/hissedarlar bakımından daha etkili bir koruma sunduğu ve yabancılik unsuru sağlandığı sürece hissedarların doğrudan yatırım tahkiminde dava ikame edebildiği görülmektedir.⁴⁷ Sonuç olarak, çoğunluk hissesine sahip olmayanların hakları bakımından AİHS sisteminin ICSID sisteminden daha zayıf bir koruma sağladığını söyleyebiliriz.⁴⁸

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi ve kararlar için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:532-535.

⁴⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Judgment of 5 February 1970, Reports of judgments, advisory opinions and orders 1970, pp.39 and 41, paras.56-58 ve 66.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi ve tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı istisnalar için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:84-110. Buna karşılık, Tebliğin başlarında değinilen ve tahkim yoluyla çözülen *Manş Tüneli* davasının uzantısı olarak yüklenici şirketlerin paydaşı bir şirketin açtığı davada AİHM, mülkiyet hakkı bakımından meselenin esasına girerek ihlal olmadığını bulgulamıştır (bkz. *Tunnel Report Limited v. France*, App. No. 27940/07, Judgment of 18 November 2010).

⁴⁷ Bkz. Kriebaum, **ag.m.**, sf: 223-228.

⁴⁸ ICSID heyetinin AİHM'in paydaşlara sağladığı koruma konusundaki yorumu için bkz. *Azurix v. Argentina*, ICSID Case No ARB/01/12, Decision on the Application

Yatırım kavramı ile mülkiyet/malvarlığı kavramları arasındaki kavramsal benzerlik insan hakları hukukunda konuya ilişkin yerleşik muhakemenin (yaklaşım, ilkeler ve değerlendirmede kullanılan unsurlar) yatırım hukukuna aktarılmasını gerektirmektedir. Hatırlatmak gerekir ki, bir yatırım mülkiyet hakkıyla kapsam bakımından örtüştüğü müddetçe, anayasal veya uluslararası sözleşmesel nitelikte üstün bir hak haline gelecektir. Buna ek olarak, tebliğin I/A başlığı altında açıklanan uluslararası hukukun bütünselliği çerçevesindeki argümanların, burada geliştirilen yaklaşımı desteklediğini söylemek mümkündür.

b) Yatırıma=Mülkiyete Müdahale (Kamulaştırma, Regülasyon ve Benzeri El Atmalar) ve Bu Müdahalenin Ölçülülüğünün Unsurları

Bu noktaya kadar, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk bakımından “yatırım” ile “mülkiyet/malvarlığı” kavramındaki benzerlik ve farklılıklara temas edildi. Sonraki aşamada yatırıma=mülkiyete “müdahale” kavramında ve söz konusu müdahalenin bir “hukuka aykırılık” veya “ihlal” teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesinde kullanılan yaklaşımlarda bir kesişim olup olamayacağına bakılmalıdır.

Her iki sistemdeki içtihatlar bakıldığında, yatırıma (mülkiyet/malvarlığı değerlerine) müdahalede resmi ve açıkça yapılmış el atmaların dışında özellikle – “dolaylı kamulaştırma/el atma (indirect expropriation)”⁴⁹, “örtülü kamulaştırma/el atma (creeping expropriation)”⁵⁰, veya “fiili kamulaştırma/kamulaştırmaz el atma

for Annulment of the Argentine Republic of 1 September 2009, para. 128.

⁴⁹ Kavram hakkında AIHM içtihatlarını da içeren karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Markus Perkams, “The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law – Searching for Light in the Dark”, **International Investment Law and Comparative Public Law**, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, sf:107-150. Ayrıca genel olarak bkz. Campbell McLachlan - Laurence Shore – Matthew Weiniger, **International Investment Arbitration – Substantive Principles**, Oxford University Press, First published in paperback 2008, sf:288 (ICSID kararlarının AIHM’e atfı ve genel olarak el atmalara/kamulaştırmaya ilişkin insan hakları standartlarının yatırım tahkiminde uygulanabilirliği) 291-297 (ICSID kararlarında el atma türleri).

⁵⁰ Terimin Türkçe karşılığında Faruk Kerem Giray’ın çevirisini kullanıyoruz (bkz. Giray, **a.g.e.**, sf: 111). Bu terim Türkçe hukuk literatüründeki bazı çalışmalarda

(de facto expropriation)'' tipi müdahalelerde AİHM'in olayın tümüne bakan kümülatif yaklaşımının son derece elverişli bir değerlendirme metodu olduğunu görüyoruz. Tek tek olayları izole bir şekilde ayırarak değil de yatırımın veya mülkiyetin/malvarlığı üzerinde yarattığı toplam etkiye bakarak bir değerlendirme yapılması gerektiği AİHM tarafından içtihat eylemiştir.⁵¹ Nitekim ICSID hakem heyetlerinin AİHM kararlarını ödünç almasının temel sebebi budur.

Hemen somutlaştıralım: Örneğin Tecmed kararında ICSID hakem heyeti hem AİHM hem de Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını zikrederek, bu kararların ışığında davacının yatırımına yapılan müdahalenin de facto kamulaştırma teşkil ettiğini hükme bağlamıştır.⁵² Benzer şekilde Saipem kararında hakem heyetinin, alacak hakkı doğuran tahkim ve yargı kararlarının malvarlığı değeri teşkil edip etmediği ve bu alacak hakkından yararlanılmasını engelleyen yargısal kararların el atma niteliğinde olup olmadığı hususunda yine AİHM kararlarına dayanarak hüküm verdiği görülmektedir.⁵³

Türkiye'nin davalı olduğu PSG Global kararından hareketle adil ve eşit muamele (fair and equitable treatment) standardının⁵⁴ içeriğini belirlerken pekâlâ insan hakları hükümlerinin özellikle de ölçülülük ilkesinin işlevsel olabileceğini söylemek mümkündür. Nitekim anılan davada ICSID hakem heyeti, Türkiye tarafından yapılan müdahalelerin tam bir kamulaştırma teşkil etmediğine, ancak dolaylı olarak bütün yapılan müdahalelerin, özellikle görüşmelerde devletin ayak sürümesinin, mevzuatı sürekli değiştirmesinin, tutarsız tasarrufların

''sürünge kamulaştırma'' bazılarında ise ''sinsi kamulaştırma'' olarak çevrilmektedir.

⁵¹ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52..

⁵² *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. Mexico*, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003, paras. 116.

⁵³ *Saipem SpA v. Bangladesh*, ICSID Case No ARAB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures of 21 March 2007, paras.130, 132.

⁵⁴ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Iona Tudor, **Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment**, Oxford University Press, 2008.

toplamda etki olarak “dolaylı kamulaştırma/el atma” teşkil ettiği ve dolayısıyla hakkaniyete aykırı müdahale kapsamına sokmuştur.⁵⁵

AIHM’in yaklaşımının ICSID yargısına ödünç alınmasının sadece uyuşmazlığın esasının değerlendirilmesi bakımından değil, ayrıca yatırım tahkimi yargılaması/muhakemesi bakımından da pratik faydası vardır. Bu tarz bir yaklaşım, ICSID yargısında söz konusu olan “ya hep ya hiç” anlayışının⁵⁶ değişmesine yol açabilir. Böylelikle taraflar arasında dengenin sağlanması daha kolay olabilir. Çünkü bazı hallerde doğrudan doğruya bir müdahale yoktur ya da yapılan müdahale standart el atma niteliğinde olmayabilir, ancak yapılan müdahaleler yatırımı işlevsiz kılıyor ya da meşru olarak beklenen karı düşürüyordur.⁵⁷ Böyle hallerde hukuki anlamda resmi bir el atma olmadığı için davayı tamamen reddetmek yerine adalete ve hakkaniyete uygun davranma klotundan hareketle daha dengeli bir yaklaşım geliştirebilir.⁵⁸ PSG Global kararı bu şekilde okunmaya fevkalade açıktır.

Nitekim 2012 yılı sonunda hükme bağladığı Occidental Petroleum kararında ICSID hakem heyeti, ev sahibi devletin tasarruflarının el atma niteliğinde olup olmadığını tespitinde tamamen AIHM içtihatlarından faydalanmış ve yaklaşık 2 milyar dolarlık mablağla tarihinin en büyük tazminatlarından birine hükmetmiştir. Tıpkı PSG Global kararında olduğu gibi adil ve eşit muamele (fair and equitable treatment) standardının içeriğinin nasıl belirleneceği sorununun gündeme geldiği anılan uyuşmazlıkta hakem heyeti insan

⁵⁵ *Pseg Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award of 19 January 2007. Müdahalenin “dolaylı kamulaştırma/el atma” niteliğinde olduğunun tespiti, verilecek tazminatın görece düşük olmasını sonuçlamıştır. Oysa yapılan müdahalelerin standart “el atma” teşkil ettiği değerlendirilmesi yapılsaydı, çok daha yüksek tazminata hükmedilecekti.

⁵⁶ Yatırım hukukundaki “ya hep ya hiç” anlayışı ve AIHM’in yaklaşımının olası faydası için bkz. Reiner-Schreuer, *a.g.m.*, sf: 95-96; Kriebaum, *ag.m.*, sf:239 vd.

⁵⁷ Kriebaum, *ag.m.*, sf:237.

⁵⁸ Krş. Benedict Kingsbury – Stephan W. Schill, “*Public Law Concepts to Balance Investors’ Rights With State Regulatory Actions in the Public Interer – The Concept of Proportionality*”, *International Investment Law and Comparative Public Law*, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, sf:75-104, özellikle 89-96.

hakları ilkelerini dikkate alarak ölçülülük ilkesinin de söz konusu standardın bir unsuru olduğunu hükme bağlamıştır.⁵⁹

Gerçekten gelinen aşamada, ölçülülük ilkesinin ve bundan kaynaklanan çatışan hak ve çıkarların dengelenmesi yöntemlerinin yatırım hukukunda kendine giderek daha fazla yer bulduğunu gözlemlemek mümkündür. Bu yaklaşım, yukarıda yatırımcı ile vatandaşının ekonomik, sosyal ve kültürel haklarını korumaya çalışan ev sahibi Devlet arasındaki gerilimin makul bir çözüme kavuşmasına yardımcı olabilecektir. Adil ve eşit muamele (fair and equitable treatment) standardı, ölçülülük ilkesinin yatırım tahkimine sızmasına kapı aralamaktadır.⁶⁰

Adil ve eşit muamele (fair and equitable treatment) standardının ölçülülük ilkesini kapsamaması, yatırım tahkiminde bir değerlendirme unsuru olarak usuli güvencelerin ve usuli hakların göz önünde tutulmasını sonuçlayabilir.⁶¹ AİHM tecrübesinden bilindiği üzere, mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin ölçülü olup olmadığının takdirinde usuli güvencelere riayet edilip edilmediği önemli rol oynamaktadır.⁶² Hukuk devleti ilkesinden beslenen usuli güvenceler⁶³, aynı rolü yatırım hukukunda da oynayabilir. Nitekim, Bayındır davasında usuli bir güvence olarak hukuki dinlenilme hakkının⁶⁴ ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Hakem heyeti de, bu hakkın ve bazı diğer usuli hakların, adil ve eşit muamele standardı kapsamına girebileceğini

⁵⁹ *Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*, ICSID Case No ARB/06/11, Award of 5 October 2012, paras. 402-409.

⁶⁰ Ayrıca bkz. ve krş. Benedict Kingsbury – Stephan W. Schill, **a.g.m.**, sf:96-98; Stephan W. Schill, “*Fair and Equitable Treatment, The Rule of Law, and Comparative Public Law*”, **International Investment Law and Comparative Public Law**, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, sf:151-182, özellikle 163-166.

⁶¹ Yatırım hukukunda adil ve eşit muamele standardının bir unsuru olarak usuli güvenceler için bkz. Tudor, **a.g.e.**, sf:157-163, özellikle 162-163.

⁶² Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:566-582.

⁶³ Hukuk devleti ilkesiyle adil ve eşit muamele standardı arasındaki ilişki için bkz. Schill, **Fair and Equitable Treatment**, sf: 155-176.

⁶⁴ Hukuki dinlenilme hakkının kökenleri ve yatırım hukukundaki olası rolü için bkz. Giacinto della Cananea, “*Minimum Standards of Procedural Justice in Administrative Adjudication*”, **International Investment Law and Comparative Public Law**, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, sf:39-74, 60-64.

ancak somut olayda yatırımcı şirkete bu haklarının ev sahibi Devletçe tanındığı ve kendisini savunması için yeterli fırsat ve imkanların verildiği değerlendirilmesini yapmıştır.⁶⁵

Mülkiyete/malvarlığına ve yatırıma yapılan müdahalelerle uygulanan muhakeme ve yapılan değerlendirme açısından AIHM ve ICSID yargılarında önemli paralelliklerin bulunduğunu söylemek mümkündür. Mesela, AIHM'in birçok kararında ticari risklerin mülkiyet hakkı çerçevesinde korunmayacağı ve bir risk gerçekleştiği için meydana gelen malvarlığı zararının giderilmesi gereken bir ihlal niteliğinde olmadığı ortaya koyulmuştur. Bu açıdan bakıldığında ekonomik ve ticari hayatın riskleri, bazı davalarda müdahalenin ölçülü-lüğünü belirlemekte etkili bir gösterge olarak işlevselleşmektedir.⁶⁶ Müdahalenin ölçülü olup olmadığının saptanmasında ticari risk faktörüne AIHM'ce biçilen rol, ICSID yargısının yaklaşımıyla örtüşmektedir. ICSID yargısına göre, iki taraflı yatırım sözleşmeleri kötü ticari kararları ve işletme tasarruflarını telafi edecek bir sigorta poliçesi değildir, yatırım sözleşmeleri ticari riskleri korumamaktadır. Bu sebeple, bir yatırımda mündemiç ticari risk Devletin sorumluluğunu doğurmaz ve yatırımcı tıpkı piyasadaki diğer oyuncuların yaptığı gibi, ticari riskin sonuçlarına katlanmak zorundadır.⁶⁷ Benzer şekilde Marvin Feldman davasında ICSID hakem heyeti yatırım anlaşmasının sağladığı korumanın ticari riskleri kapsamadığı değerlendirmesi yapmıştır.⁶⁸

İnsan hakları hukukuyla yatırım hukuku arasındaki önemli bir başka benzerlik, ayrımcılık yasağında odaklaşmaktadır. Aslında insan hakları hukukunda esasa müteallik hakların yanında ayrıca yer alan ve ayrı şekilde düzenlenen ayrımcılık yasağı, bazı somut olay-

⁶⁵ *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi AŞ. v. Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/29, Award of 27 August 2009, paras.338 (Yatırımcının iddiası), 344-348 (Heyetin kararı).

⁶⁶ Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:604-609.

⁶⁷ *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award of 13 November 2000, para. 64. Bu vakadaki hakemlerden birisi, çok ünlü bir insan hakları hukukçusu olan ve bir dönem UAD yargıcı olarak (ABD kontenjanından) görev yapan Thomas Buergenthal'dir.

⁶⁸ *Marvin Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award of 16 December 2002, para. 112.

larda mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesinde bir faktör olarak rol oynamaktadır.⁶⁹ Mülkiyet hakkına yönelik bir müdahalenin hukuka uygun olup olmadığının tespitinde önem atfedilen ayrımcı motif göstergesine benzer bir işlevi, yatırıma yönelik müdahaleler açısından uluslararası yatırım hukuku da vermektedir. Uluslararası yatırım hukukunda yatırıma devlet tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak el atıldığında, bu müdahalenin keyfi ve ayrımcı olmaması beklenir.⁷⁰ Zira uluslararası yatırım hukukunda ayrımcılık yasağı, aynı hukuki pozisyondaki/statüdeki kişilerin, yabancı veya yatırımcı misafir eden Devletin vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın eşit muamele görmesi gereğini ifade eder.⁷¹ Şu hususu da eklemek yerinde olur ki bu tanım, insan hakları hukukunda çeşitli belgeler ile yasaklanmış vatandaşlık⁷², ırksal, dinsel ve diğer bir tür temelde ayrımcılığı kapsamaktadır.⁷³ Ayrımcılık yasağı uluslararası yatırım hukukunda yerleşik bir standarttır ve Türkiye'nin tarafı olduğu bazı iki taraflı yatırım anlaşmalarınca ayrıca normatif olarak düzenlenmiştir.⁷⁴ Bu açıdan bakıldığında, AİHS mülkiyet hakkı ile uluslararası yatırım hukukunun bir de ayrımcılık faktörü açısından etkileşimde oldukları anlaşılmaktadır.⁷⁵

⁶⁹ Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:602-604.

⁷⁰ Giray, **a.g.e.**, sf:94-95.

⁷¹ Ayrıca bkz. *Marvin Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award of 16 December 2002, paras. 181-184.

⁷² Özellikle vatandaşlık temelinde ayrımcılık meselesini insan hakları hukuku ve yatırım hukuku açısından ayrıntılı olarak inceleyen bir çalışma için bkz. Freya Baetens, "Discrimination on the Basis of Nationality: Determining Likeness in Human Rights and Investment Law", **International Investment Law and Comparative Public Law**, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, sf:279-315.

⁷³ Tanım ve bilgi için bkz. Sevin Toluner, **Millileştirme ve Milletlerarası Hukuk**, İÜHF Yay. No:298, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll, İstanbul, 1968, sf:69-81; Sornarajah, **a.g.e.**, sf: 318-320; Thomas M. Franck, **Fairness in International Law and Institutions**, OUP, Paperback edition, 1997, sf: 470-472.

⁷⁴ Örneğin bkz. Türkiye-ABD arasındaki 3 Aralık 1985'te imzalanan ve 18 Mayıs 1990 tarihinde yürürlüğe giren iki taraflı yatırım anlaşması (Türkiye-ABD arasındaki iki taraflı bu anlaşma ICSID'in *Pseg Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award of 19 January 2007, paras. 2, 260-262'de zikredilmektedir).

⁷⁵ Doktrinde Simma'ya göre, Güney Afrika'nın tarafı olduğu bir uyumsuzlukta (bkz. *Piero Foresti and others v. South Africa*, ICSID Case No ARB(AF)/07/1, Award of 4

c) Meşru/Haklı Beklentilerin Korunması Açısından ICSID-AİHM Benzerliği

Diğer yandan ICSID yargısına hakim olan muhakeme ilkelerinin AİHM yargısını zımnen etkileyebildiğini gözlemlemek mümkündür. Bilindiği üzere, AİHM yargısında çeşitli haklar ve özellikle mülkiyet hakkı çerçevesinde, özellikle hakkın uygulanabilirliğini saptamak üzere “meşru beklenti” kavramına yer verilmektedir. Meşru beklenti doktrininin AİHM yargısındaki olağan kullanım alanı, hakkın (bu hak mülkiyet, özel yaşam vs. olsun fark etmez) uygulanabilirliği aşamasıdır. Bilindiği üzere, insan hakları (veya anayasal düzlemde temel haklar) söz konusu olduğunda öncelikle hakkın uygulanabilirliği meselesi çözümlenmelidir ve nitekim AİHM başta olmak üzere insan hakları denetim organları konuya böyle yaklaşmaktadır. Ancak insan hakları hukukunun vardığı aşamada artık meşru beklenti doktrini sadece hakkın uygulanabilirliği aşamasında değil, ayrıca hakkın ihlal edilip edilmediğinin tartışıldığı ve genellikle ölçülülük incelemesi olarak adlandırılan aşamada da rol oynamaktadır. Her ne kadar AİHM her iki aşamada da “legitimate expectation” kavramını terminolojik bir ayırım gözetmeden kullanmaktaysa da, kavrama verilen işlev farklılaşmaktadır. Bu noktada, Türk hukuk doktrininde kavramın farklı işlevlerini ifade etmek üzere, “meşru beklenti-haklı beklenti” ayırımı yapılmıştır.⁷⁶

Aslında AİHM hakka müdahalenin ölçülülüğü aşamasında yer verdiği meşru beklenti (daha doğru bir ifadeyle haklı beklenti) kavramını, büyük ihtimalle, Avrupa Birliği Adalet Mahkemesi kararlarından ödünç almıştır. Tarihsel bakımdan, Avrupa Birliği hukukundaki meşru beklenti, uluslararası ticaret hukukundaki meşru beklenti ve uluslararası yatırım hukukundaki meşru beklenti kavramı ile AİHS anlamındaki meşru beklenti, kökenleri itibariyle farklı niteliktedir. AB, uluslararası ticaret ve uluslararası yatırım hukuklarındaki

August 2010) uygulama alanı bulan ayrımcılık yasağının kapsamının belirlenmesinde Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 31/3(c) hükmünün işlevselleşebileceği anlaşılmaktadır (bkz. Simma, *a.g.m.*, sf:585-586).

⁷⁶ “Meşru beklenti-haklı beklenti” ayırımı hakkında ayrıntılı bilgi ve AİHM’in kavramı ikinci anlamında kullandığı kararlar için bkz. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, sf:582-588.

meşru beklenti kavramı, muhatapların yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin saptanmasında rol oynamaktadır. Bugün gelinen aşamada ise, AİHM yargısında da meşru beklenti kavramına ikinci anlamda yer verildiği görülmektedir. Bu ayrıma bağlanan sonuçlar önemlidir. Zira, müdahalenin ölçülülüğü aşamasında kullanılan meşru beklenti doktrini sayesinde Taraf Devletlerin takdir marjlarını iyi niyetli, makul ve dikkatli kullanması gereği mülkiyet hakkı özelinde gündeme gelebilecektir.

İşte tam bu noktada ICSID ile AİHM yargısı arasında benzerlikler açığa çıkmaktadır. Birçok kararında ICSID hakem heyetleri, kamu makamlarının tutarsız ve çelişik tasarruflarının, yatırımın yasal çerçevesinin keyfiyen değiştirilmesinin veyahut bitmek bilmeyen normatif değişikliklerle hukuki istikrar ve öngörülebilirliğin ortadan kaldırılmasının, uluslararası yatırım hukuku anlamında adil ve eşit muamele (fair and equitable treatment) standardını ihlal ettiğini hükme bağlamıştır. O kadar ki ICSID mahkemesine göre, adil ve eşit muamele standardı, yatırımcının yatırım yapmaya karar verdiği andaki meşru beklentilerine halel getirilmemesini gerektirmektedir.⁷⁷ Meşru beklentiler, tanımı gereği, idarenin, davacı tarafından bir hak olarak dayanabileceği, uyması gerekli taahhütleri içermektedir.⁷⁸

Türkiye bakımından özel önem arz etmesi sebebiyle yukarıda başka vesileyle incelenen Pseg Global kararına bu açıdan tekrar bakılabilir. ICSID hakem heyeti, idarenin davacının uyuşmazlık konusundaki taleplerine cevap vermemesini veya geç cevap vermesini, önemli yazışmalara hiç bakılmamış olmasını ve hiçbir yere varmayan kısır döngü halini almış görüşmelere son vermeme amacı gütmelerini

⁷⁷ Tudor, *a.g.e.*, sf:163-168; Simma, *a.g.m.*, sf:593; Schill, **Fair and Equitable Treatment**, sf:163-166.

⁷⁸ Örneğin bkz. *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. Mexico*, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003, para. 154; *International Thunderbird Gaming Corp v. Mexico*, UNCITRAL/NAFTA Arbitral Award of 26 January 2006, para.147; *Pseg Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award of 19 January 2007, para. 241; *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi AŞ. v. Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/29, Award of 27 August 2009, para.179; *Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*, ICSID Case No ARB/06/11, Award of 5 October 2012.

dikkate almış ve bütün bunların idari ihmal ve tutarsızlık teşkil ettiğini kabul etmiştir. Heyete göre, davacıların görüşmelerin profesyonelce ve yetkin şekilde yürütülmesine dair bir meşru beklentisi bulunmaktadır. Yine ICSID yargısına göre, süre giden mevzuat değişiklikleri de adil ve eşit muamele standardı bakımından sorun doğurmaktadır.⁷⁹

3) Usuli Meseleler

a) Paralel ve Tamamlayıcı Yargı Yolu Olarak Yatırım Uyuşmazlıklarının AIHM Önüne Götürülmesi – Derdestlik İtirazı

Avantaj ve dezavantajlarını birlikte ele aldığımız zaman, insan hakları hukukunun özellikle AIHS'in uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında hatta ulusal yatırım uyuşmazlıklarında ikinci bir yargı yolu olduğunu söylemek mümkündür. Daha doğrusu bu iki farklı yargısal mecra yarışan yargı yolları değil, tamamlayıcı hukuki yollar olarak mütalaa edilebilir. Çünkü arada yetki itirazı söz konusu olma ihtimali çok düşüktür. Her iki yargı yolunda bir uyuşmazlığın farklı yönlerinin ön plana çıkartılmasına olanak bulunmaktadır. Zira insan hakları hukukunda derdestlik itirazının (lis pendens) geçerli olması için tarafların aynı olması gerektiği gibi davanın konusunun derdest davayla çok yakın olması da gerekiyor. Bunlara ek olarak, diğer yargı yerinin insan hakları açısından incelemeye yapmaya ve ihlal varsa giderime hükmetmeye yetkili olması da derdestlik itirazının geçerli görülebilmesi için aranan şartlardandır. Her ne kadar mülkiyet ile yatırım kavramları bakımından çoğu uyuşmazlıkta bir örtüşme olduğu/olacağı söylenebilirse de, insan hakları mülahazaları sırf mülkiyetten ibaret değildir. Sadece adil yargılanma hakkı ve özel yaşama saygı hakkı bile insan hakları mülahazalarının yatırım tahkimi yargı mercilerinin mülkiyet odaklı mevcut sınırlı yaklaşımından çok daha geniş kapsamlı olduğunu göstermeye yeterlidir. Dolayısıyla insan hakları yargısını yatırım tahkimi yargısına paralel⁸⁰ yargı yolu olarak değerlendirmek mümkündür.

⁷⁹ *Pseg Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award of 19 January 2007, paras. 246, 250.

⁸⁰ Yatırım tahkiminde paralel yargısal yollar ve bunların hukuki etkileri için bkz. McLachlan - Shore -Weiniger, *a.g.e.*, sf: 117-126.

Nitekim somut uygulamalar bu değerlendirmelerin geçerliliğini teyit etmektedir. Aşağıda başka vesileyle değinilecek olan YUKOS Holding davasında başvuru holding, hisselerine sahip tüzel ve gerçek kişiler üzerinden Enerji Şartı Andlaşması kapsamında tahkim yolunu kullandığı gibi AIHM'den de esasa dair nihai hüküm elde etmiştir. Davalı Rus Hükümetinin ileri sürdüğü derdestlik itirazı (lis pendens) AIHM tarafından benimsenmemiştir.⁸¹ Benzer şekilde İran Deniz Yolları davasında transit geçiş yapmakta olan bir gemiye ve kargosuna İstanbul Boğazından geçtiği esnada silah kaçakçılığı sebebiyle el konulmasının ve bunun sürdürülmesinin mülkiyet hakkına aykırı olup olmadığının incelendiği uyuşmazlıkta, Londra Tahkimi AIHM kararında kendine yer bulmuştur. Ancak davalı Türk Hükümeti bu açıdan bir derdestlik (lis pendens) veya kesin hüküm (res judicata) itirazı gündeme getirmediğinden AIHM bu mesele üzerinde durmamıştır.⁸²

AIHM ile yatırım tahkimi yargısının paralel olarak yürüyebileceğine işaret eden güncel bir örnek Manş Tüneli davasıdır. Manş Tüneli davasında yatırım tahkimi merci kararını⁸³ verdikten sonra, ana üstlenici şirketlerin paydaşlarından biri niteliğindeki başka bir şirket, mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla AIHM'e başvurmuştur. Karardan anlaşıldığına göre, AIHM kesin hüküm itirazıyla karşılaşmayan başvurunun esasına mülkiyet hakkı açısından ayrıntılı inceleyerek ihlal olmadığına karar vermiştir. Muhakemesinde AIHM, yatırım tahkiminin Manş Tüneli kararının ilgili kısımlarını da incelemiştir.⁸⁴ Benzer şekilde, aşağıda ayrıca incelenecek Uzan davası da iki yargı merci önünde uyuşmazlıkların farklı boyutları ön plana çıkartılarak aynı anda paralel yargılamaların yürüyebileceğini gösterecektir.

⁸¹ *AO Neftyanaya Kompaniya YUKOS v. Russia*, App. No. 14902/04, Judgment of 20 September 2011, paras. 519-526.

⁸² *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007, paras.52-53, 67-72. Zaten davalı Türkiye, Londra Tahkimindeki yargılamada taraf değildir. Uluslararası ticari uyuşmazlıkların karmaşıklığını göstermesi bakımından karara burada yer verilmiştir.

⁸³ *Channel Tunnel Group Limited and France-Manche S.A. v. Governments of the United Kingdom and France*, Partial Award of 30 January 2007.

⁸⁴ *Tunnel Report Limited v. France*, App. No. 27940/07, Judgment of 18 November 2010.

Hazır paralel yargı yollarından bahsetmişken, iç (ulusal) hukuk yollarının tüketilmesi kuralına değinelim. Bilindiği üzere, iç hukuk yollarının tüketilmesi, ilgili uluslararası/ulusalüstü yargısal veya yargı yargısal organa başvurulmadan önce, o uyuşmazlığa ilişkin olarak ilgili devletteki hukuki (yargısal ve varsa idari) yolların giderim elde etmek amacıyla denenmesi anlamına gelmektedir. Hem genel olarak insan hakları hukukunda hem de özel olarak aşına olunan AİHS sisteminde iç hukuk yollarının tüketilmesi prensibi esastır. Oysa ICSID yargısında, ICSID Sözleşmesi Madde 26 uyarınca prensip olarak iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek yoktur. Yatırımcı, yatırımına yönelik müdahalelere ilişkin hukuki girişimlerini doğrudan ICSID önünde yapabilir.⁸⁵ Bu açıdan, iki yargı mecrası arasında bir farklılık olduğu söylenebilir.

b) AİHM’de Tazminat Meselesi

ICSID ile AİHM arasında keskin bir çatışma olmaması, AİHM’in yatırımdan kaynaklanmasına rağmen ICSID yargısının bakmadığı veya önemsemediği meselelere odaklaşabilmesi AİHM’i tamamlayıcı bir yargı mecrası haline getirmektedir. Buna ek olarak, AİHS sisteminde dava (başvuru) ikamesi ücretsizdir, herhangi bir dava açma masrafı yoktur.

Bu noktada akla, bir insan hakları yargı organından yatırım gibi ekonomik bir meseleye ilişkin kararında yeterli tazminat alınıp alınmayacağı sorusu gelebilir. Tazminat AİHS sisteminde, ihlal tespitine bağlı tali bir mesele olmakla birlikte, mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklarda AİHM’in, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun piyasa değerine yakın bir tazminata hükmettiği görülmektedir.⁸⁶

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi, kararlar ve istisnalar için bkz. Christoph Schreuer, **The ICSID Convention – A Commentary**, Second Edition, 2009, Cambridge University Press, sf: 402-413; Kriebaum, **ag.m.**, sf:228-229.

⁸⁶ O kadar ki, artık AİHM sıkça milyon Euro mertebesinde tazminat kararları vermektedir. Örneğin bkz. *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, App. No.13427/87, Judgment of 9 December 1994 (yaklaşık 24.000.000 Euro); *Papamichalopoulos and others v. Greece*, App. No. 14556/89, Just Satisfaction Judgment of 31 October 1995 (yaklaşık 23.000.000 eoru); *Beyeler v. Italy*, App. No.332027/96, Just Satisfaction Judgment of 28 May 2002 (1.300.000 Euro); *Former King of Greece and others v. Greece*, App. No.25701/94, Just Satisfaction Judgment of

AİHM açısından kural olarak, el atılan malın el atma anındaki piyasa değerine⁸⁷ karşılık gelen bir tazminatın ödenmesi⁸⁸ beklenir ki bu yaklaşım uluslararası ticaret/yatırım hukukunun benimsediği çözümlerle paraleldir.⁸⁹ Tazminat miktarı açısından AİHM yargısıyla ICSID yargısı arasında esaslı bir farklılık olduğundan söz edilemez. Nitekim ICSID tahkimi, kural olarak “istekli alıcının istekli satıcıya ödemek üzere kararlaştırılan bedel” olarak tanımladığı piyasa değerini esas almaktadır.⁹⁰ AİHM tazminat miktarlarının belirlenmesi hususunda, özellikle zararın tespitinin çetrefil olduğu uyuşmazlıklarda, bilirkişilerin kıymet takdirlerine uyma eğilimindedir.⁹¹

AİHM mecrasının avantajlarından bir diğeri, tüzel kişiler için dahi manevi tazminata hükmedilebilmesidir.

Bu başlık altında son olarak, ICSID veya benzeri yatırım tahkimi yargı mercilerince verilen tazminat kararlarının, AİHS sisteminde

28 November 2002 (yaklaşık 14.000.000 Euro); *Yıltaş Yıldız Turistik Tesisleri AŞ v. Turkey*, App. No.30502/96, Just Satisfaction Judgment of 25 April 2006 (6.100.000 Euro); *Unistar Ventures GmbH v. Moldova*, App. No. 19245/03, Judgment of 9 December 2008 (6.700.000 Euro); *Dacia S.R.L. v. Moldova*, App. No. 3052/04, Just Satisfaction Judgment of 24 February 2009 (eski hale iade mümkün olmazsa yaklaşık 7.000.000 Euro maddi tazminat ve 25.000 Euro manevi tazminat).

⁸⁷ Bazı davalarda AİHM piyasa değerini ifade etmek üzere “gerçek değer” (“true value”) ibaresini de kullanmaktadır. Örneğin bkz. *Brumarescu v. Romania*, App. No.28342/95, GC Judgment of 28 October 1999, para. 79.

⁸⁸ *Scordino v. Italy*, No. 1, App. No. 36813/97, GC Judgment of 29 March 2006, paras. 96.

⁸⁹ *Hull formülü*, uluslararası hukukta tazminatın miktarı konusunda farklı görüşler ve yargı kararları hakkında bkz. Sornarajah, **a.g.e.**, sf: 357-414; Franck, **a.g.e.**, sf: 459-463; Hohenveldren, **Economic Law**, sf:131, 139-141; Ruffert, **a.g.m.**, sf: 133-136; Andreas F. Lowenfeld, **International Economic Law**, second edition, OUP, 2008, sf:475-481, 486-494, 564-570; Matti Pellonpaa, “Does the European Convention on Human Rights Require ‘Prompt, Adequate and Effective’ Compensation for Deprivation of Possession?”, **Liber Amicorum Bengt Broms**, Finnish Branch of the International Law Association, Helsinki, 1999, sf: 374-394, özellikle 382-392. Genel olarak aksi fikir için bkz. Toluner, **a.g.e.**, sf: 89-106, 114-118, 120-122, 138-149.

⁹⁰ Örneğin bkz. *Compania Del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Final Award of 17 February 2000, para. 73 (tanım bu karardan); *Pseg Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award of 19 January 2007, para. 307.

⁹¹ Ayrıca bkz. Kriebaum, **ag.m.**, sf:244.

alacak hakkı kapsamında bir malvarlığı unsuru olduğunu ve bir şekilde icra edilmemesi veya geç icra edilmesi halinde bunun ayrıca mülkiyet hakkı ihlali teşkil edeceği not edilmelidir. Bunun için uluslararası yatırım tahkimi kararının kesinleşmesi ve icra edilebilir hale gelmesi yeterlidir. Sadece çok istisnai durumlarda tahkim kararının geç icra edilmesi mülkiyet hakkı ihlali teşkil etmeyebilir.⁹² Dolayısıyla AIHM yargısı, aleyhine tahkim kararı alınan Devletin bu kararı icra etmemesi halinde de kullanılabilir bir mecradır.

C) Ara Sonuç: Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak İnsan Hakları

İnsan hakları ilke ve kuralları, uluslararası yatırım hukukunda esasa uygulanacak hukuk niteliğindedir. Yukarıda çeşitli başlıklar altında yapılan değerlendirmeler, yatırım hukuku alanındaki yargı mercilerinin insan hakları hukuku ilke ve kurallarını çeşitli muhakeme safhalarında dikkate alması gerekliliğini ve genel olarak insan hakları mülahazalarının yatırım hukukuna entegrasyonunun işlevselliğini ortaya koymaktadır.

Burada özetlenecek olursa, ev sahibi Devletin vatandaşlarının ekonomik, sosyal ve kültürel haklarıyla yatırımcının çıkarları ve sırf özel hukuk kaynaklı hakları (yani insan hakları=temel hak niteliğinde olmayan) veya temel hak niteliğindeki hakları (mesela yatırım=mülkiyet gibi) arasında çatışması ortaya çıktığında ICSID hakem heyetlerinin bu iki çatışan değer arasında bir denge kurması hukuken zorunluluktur. İnsan haklarının hukuken diğer haklara göre üstün niteliği bunu gerektirdiği gibi uluslararası yatırım hukukunun uzun erimli sürdürülebilirliği buna bağlıdır. Aksi halde uluslararası yatırım hukuku, yoksul ev sahibi Devletlerden aldığı ciddi eleştirileri ve asıl önemlisi meşruiyet krizini aşmakta zorlanacaktır.

Diğer yandan, yine yukarıda ayrıntılı olarak karar örnekleriyle gösterildiği üzere, yatırım hukukunda karşılaşılan Devlet kaynaklı müdahalelerin yarattığı çetrefil teknik sorunların çözümünde

⁹² Örnek davalar için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:391. Daha yeni karar örneği olarak bkz. *Regent Company v. Ukraine*, App. No.773703, Judgment of 3 April 2008; *Kin-Stib and Majkic v. Serbia*, App. No. 12312/05, Judgment of 20 April 2010; *Agrokompleks v. Ukraine*, App. No. 23465/03, Judgment of 6 October 2011.

AİHM'in mülkiyet hakkı özelinde geliştirdiği yaklaşım ve bazı hukuki muhakeme teknikleri fevkalade kullanışlıdır. Bu aktarma, ICSID yargısında görülen "ya hep ya hiç" yaklaşımının esnemesini sağlayacaktır.

Buna ek olarak, ev sahibi Devletçe yatırma yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığı tartışımının bir unsuru olarak, hukuk devleti ilkesi kaynaklı öngörülebilirlik, şeffaflık, hukuki dinlenilme hakkı gibi usuli güvenceler ICSID yargısınca mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Yatırımcının bu hakları, ev sahibi Devletin anayasasından ve taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinden kaynaklandığı gibi, liberal uluslararası hukuk paradigmasının uzantısı niteliğinde olduğunda artık evrensel bir kabule ulaşmıştır. Nitekim ICSID 42. Maddesinde, yatırım uyuşmazlığının esasına uygulanabilecek hukuk kuralları arasında uluslararası hukuka genel bir atıf yapılmaktadır.

Bu değerlendirmelerin, ICSID mecrasında henüz içtihadı konu olmayan diğer insan hakları için de geçerli olduğunun altının çizilmesi gereklidir. Özellikle tüzel kişilerin reputasyonunun korunması, ticari sırlarının korunması, belge ve bilgelerin gizliliği gibi yatırımın unsuru niteliğindeki birçok ticari faaliyet başta özel yaşamın korunması gibi çeşitli haklar tarafından korunmaktadır. Bu sebeple, ev sahibi Devletin müdahalesine bağlı olarak her bir somut uyuşmazlıkta bu tip hakların uyuşmazlığa uygulanabilir olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Yatırımı ve somut uyuşmazlığı ilgilendirdiği ölçüde anayasal veya uluslararası sözleşmesel temel haklara (insan hakları) uygunluğu her yargı mercii inceleyebilir. Zaten bir yatırımın ev sahibi Devlet tarafından göreceği muamelenin hukuka uygunluğunda ulusal hukuk dahi dikkate alındığına göre⁹³, ulusal hukukun zorunlulukla içerdiği temel hakların söz konusu yargılamada göz önünde bulun-

⁹³ ICSID Madde 42 uyarınca, taraflar uygulanacak hukuk kurallarını seçmemişlerse, hakemler, anlaşmazlığa taraf olan devlet hukukunun (kanunlar ihtilafı kuralları dahil) ve uluslararası hukukun *uygulanabilir* kurallarını uygulayacaktır. Buna göre, taraflar hukuk seçmemişlerse ve hakemler de "uygulanabilir" olduğu kanaatindeyse, ev sahibi devletin hukukunu uygulayabilir.

durulmaması düşünülemez.⁹⁴ Hukuk devleti ilkesinin şu ya da bu derece cari olduğu Devletlerin, kendi ulusal mevzuatına aykırı tasarruflarda bulunması beklenmez.

Böylelikle, en azından yatırımcı açısından ayrıca veya tercihen AİHM'e veya benzeri bir insan hakları organına gidilmesine gerek kalmayacaktır. Yatırım tahkimi mecrasıyla AİHM mecrasının birbirlerini dışlamadığı ortaya çıkarılmışsa da, zaman ve masraftan tasarruf açısından tek bir mecrada bütün meselelerin mümkün mertebeye halli tercihe şayandır.

II) Yatırım Uyuşmazlığı Olarak AİHM'in Uzan Kararı

Birbirleriyle çok da bilinçli bir şekilde örtüşmemiş teorik çerçevenin en yakın tarihli somut örneği, Türkiye'ye karşı hem AİHM önünde hem de ICSID önünde açılan bir dizi davayla tecrübe edilmiştir. Uzanlar, ÇEAŞ ve KEPEZ şirketlerinin imtiyaz sözleşmeleri iptal edilip Danıştay'ca onaylandıktan hemen sonra AİHM'e başvurmuşlar. Başvurucuların Kemal Uzan, Rumeli Elektrik, Çukurova Elektrik (ÇEAŞ) ve Kepez Elektrik (KEPEZ) olduğu ve 2003 yılında yapılan başvuru, 29 Mart 2011 tarihli kabuledilebilirlik kararıyla neticelenmiştir.⁹⁵

Bu noktada şu hususu eklemek gerekir ki, her ne kadar başvuruyu esastan bir hükümle neticelendirmediyse de AİHM, anılan kabuledilebilirlik kararında Sözleşmenin kabuledilebilirlik koşulu olarak öngördüğü "açıkça temelsizlik" ölçütü çerçevesinde uyuşmazlığın esasıyla ilgili son derece ayrıntılı belirlemeler yapmaktadır.

Uzan davasında başvurucular, imtiyaz sözleşmelerinin iptali, sonra da o dönemde santralleri işletmek için yaptıkları yatırımların özellikle de elde ettikleri tapuların gene iptali ve hazine adına tescili, mallarına el konulması gibi idari işlem ve özellikle yargısal kararların AİHS'de yer alan başta mülkiyet olmak üzere çeşitli hakları ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

⁹⁴ *Manş Tüneli* kararında yatırımcıların iddiaları bu gözle okunabilir. Bkz. *Channel Tunnel Group Limited and France-Manche S.A. v. Governments of the United Kingdom and France*, Partial Award of 30 January 2007, paras. 101, 149.

⁹⁵ *Kemal Uzan and others v. Turkey*, App. No. 18240/03, Admissibility Decision of 29 March 2011.

AİHM'in ilk baktığı husus, Sözleşmesel anlamda mülkiyet hakkı kapsamına giren malvarlığı değerinin olup olmadığıdır. Bu inceleme neticesinde AİHM, şirketlerin imtiyaz sözleşmelerinin bir mal varlığı değeri olması açısından mülkiyet hakkının kapsamına girdiği değerlendirmesi yapmıştır.⁹⁶ Burada bir not olarak eklenmelidir ki AİHM'in özel hukuk sözleşmelerinin malvarlığı değeri olduğu yönündeki genel yaklaşımının⁹⁷ bir uzantısı niteliğindeki değerlendirmesi, uluslararası yatırım hukukunun yaklaşımıyla paralel niteliktedir.⁹⁸

AİHM'in ikinci olarak baktığı husus, uyuşmazlıkta mülkiyet hakkına bir müdahale bulunup bulunmadığı ve eğer bir müdahale söz konusu ise bunun yasayla öngörülüp öngörülmediği sorunudur.⁹⁹ Müdahalenin yasayla öngörülmüş olması gerekliliği, AİHS sisteminde mülkiyet hakkına yapılmış müdahalenin hukuka uygun sayılması için aranan ilk ve en önemli koşulların başında gelmektedir. Mülkiyet hakkına müdahale edilmişse, bu müdahalenin temelini oluşturan yasanın öngörülebilirlik, kesinlik ve belirginlik unsurlarını karşılaması gerekir. Nitekim AİHM Uzan davasında bu unsurlara tek tek bakmıştır. AİHM "basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülü-

⁹⁶ Bu tip özel hukuk sözleşmelerinin AİHS mülkiyet hakkı kapsamındaki rejimi için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:148, 154, 397-398.

⁹⁷ *Stretch v. United Kingdom*, App. No.44277/98, Judgment of 24 June 2003; *Asito v. Moldova*, App. No. 40663/98, Judgment of 8 November 2005, para. 60.

⁹⁸ Uluslararası yatırım hukukunda sözleşmelerden kaynaklanan hakların korunması hakkında bilgi için bkz. Ruffert, **a.g.m.**, sf: 122-123; Schreuer-Kriebaum, **a.g.m.**, sf: 750-752.

⁹⁹ Gerçi bu aşamadan önce muhatap Türkiye'nin ileri sürdüğü derdestlik itirazı ele alınmıştır. Türkiye derdestlik itirazı kapsamında Uzanlar'ın açtığı/açtırttığı ve özellikle ICSID hakem heyeti önünde görülen çeşitli davalara atıf yapmıştır (AİHM'in kararında zikrettiği söz konusu kararlara ilişkin bilgi bu Konferans kitabında sayın Yrd. Doç. Dr. İnci Ataman-Figanmeşe'nin yazısında bulunmaktadır.). AİHM "başvuruyu esasa girmeden zaten aşağıda gösterilecek sebeplerle reddedeğimden bu iddiaları ayrıca incelemeye gerek görmüyorum" diyerek Türkiye'nin derdestlik itirazını incelememiştir. Eğer başvuruyu esas bakımından kabul edilebilecek nitelikte görseydi, o zaman derdestlik itirazını ayrıca inceleyecekti. Bu olay bakımından AİHM'in yukarıda birinci bölüm sonunda açıklanan nedenlerle derdestlik itirazını benimsemeyeceği tahmin edilebilir. Üstelik *Uzan* davası açısından gündemde olan adil yargılanma hakkı ihlali iddiası bile derdestlik itirazının kabul edilmeyeceğine dair bir veri niteliğindedir.

ğü"¹⁰⁰ olarak ticaret hukukundan ödünç alarak insan hakları hukukuna uyarlayabileceğimiz bir kavram üzerinden şirketlerin ve Kemal Uzan'ın hukuki danışmanları vasıtasıyla gerek imtiyaz sözleşmelerinin kanun değişiklikleri neticesinde iptal edileceğini ve bu iptalin de ulusal mahkemeleri tarafından hukuka uygun bulunacağını öngörebileceği değerlendirmesini yapmıştır. Eğer kanun değişikliği akabinde sözleşmenin iptali süreci öngörülemez nitelikte olsaydı, daha doğrusu AİHM o yönde bir değerlendirme yapsaydı, daha o aşamada mülkiyet hakkının ihlal edildiği kararını verecekti. Müdahalenin yasallık koşuluna uymamasından, kaynaklanan ihlal tipi hukuk devletin cari olduğu düzenler için son derece ağır bir ihlal tipidir.

Ancak müdahalenin öngörülebilirliği ilkesi mutlak nitelikte değildir. Mahkemeye göre, gerekirse yetkin bir danışmandan görüş alarak, uyumsuzluk konusu hukuki düzenlemelerin yatırımı ya da mülkiyeti üzerindeki etkisini ölçme yükümlülüğü başvuru üzerindedir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğüyle kastedilen budur. AİHM çok yakın geçmişte iki ilginç ve popüler başvuru şikâyetlerinde basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün unsurlarını kullanmıştır.¹⁰¹

Eğer müdahale yasallık ilkesine uygun bulunursa, AİHM mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamu yararına yönelik olup olmadığını incelemeye geçmektedir. Gerçi mülkiyet hakkını düzenleyen AİHS Protokol No. 1 Madde 1 metninde "kamu yararı" ve "genel yarar" olarak iki sınırlama ölçütü yer almaktadır. Ancak AİHM hem "kamu yararı" hem de "genel yarar" kavramlarını nihayetinde kamu yararı kavramı içinde eritmekte ve uygulamada aralarında bir fark görmemektedir.¹⁰²

¹⁰⁰ İnsan hakları hukukunda basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ve buna bağlanan sonuçlar için bkz. H. Burak Gemalmaz, "Basiretli İşadamı Gibi Davranma Yükümlülüğü: AİHM'in YUKOS ve Soros Kararları Üzerine Düşünceler", **Güncel Hukuk**, Kasım 2011, Sayı:11-95, sf:60-64.

¹⁰¹ Rusya'ya karşı açılan davada başvuru ünlü YUKOS Holding iken Fransa'ya karşı açılan davada başvuru ünlü para spekülörü George Soros'tur. Sırasıyla bkz. *OAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS v. Russia*, App. No. 14902/04, Judgment of 20 September 2011; *Soros v. France*, App. No.50425/06, Judgment of 6 October 2011.

¹⁰² Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:476-477.

Mahkeme, bu noktada görece ayrıntılı bir inceleme yapmıştır ki bunda Hükümetin savunmasının etkisi olduğu hissedilmektedir. Normalde Mahkeme, mülkiyet hakkına müdahale eden ulusal tasarrufların kamu yararına yönelik olduğu hususunda bir tür karine benimsediğinden fazla ayrıntılı inceleme yapmadan bu aşamayı muhatap devletler lehine tamamlamaktadır. Oysa Uzan davasında müdahalenin kamu yararını yönünü öne çıkartacak şekilde, yapılan kanuni düzenlemelerin Dünya Bankası ve IMF'nin elektrik piyasasını/sektörünü serbestleştirme amacına yönelik olarak verdikleri tavsiyeler ve rehberlik doğrultusunda yapıldığını, Avrupa Birliği uyum sürecinin bunu gerektirdiğini karara geçirmiştir. Mahkeme ayrıca, Türkiye'nin sosyal ve ekonomik gelişimi bakımından da sektörün rekabete açılmasının önemli olduğunu vurgulamıştır. Söz konusu kanun çıkarılmıştır. İlgili ulusal kanun çerçevesinde yapılmış olan işlemlerin de nihayetinde elektrik piyasasını daha da liberalleştirip rekabete açık ve dolayısıyla tüketicinin lehine bir pozisyona getireceği, son tahlilde kanunun çıkarılmasına ve müdahalelerin tüketiciyi koruma amacına yönelik olduğu ve dolayısıyla kamu yararını güttüğü değerlendirilmesini yaparak bu açıdan da bir sorun görmemiştir.¹⁰³

Mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin AİHS'e uygunluğu bakımından en önemli aşama, yapılan müdahalenin ölçülü/orantılı olup olmadığının tartışıldığı aşamadır. Mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna neredeyse tüm kararlarda, müdahalenin ölçülü/orantılı olmadığı hakkında kapsamlı değerlendirmeler yapılmıştır.¹⁰⁴ Genel yaklaşımına paralel olarak Uzan davasında AİHM, müdahalenin öl-

¹⁰³ AİHM bu noktada IMF ve Dünya Bankası'nın raporlarını açıkça zikretmiştir. Türkiye'nin o dönemde ekonomik krizde olduğu ve özellikle bu hükümetlerarası kuruluşların dayattığı programlar yürütüldüğü için, anılan hükümetlerarası örgütlerin tavsiyeleri doğrultusunda çıkartılan ve mülkiyet hakkına müdahale eden yasal düzenlemelerin kamu yararına yönelik olduğunu kabulü kolaylaşmaktadır. Muhtemelen bu sebeple Türkiye savunmasında bu hususları ön plana çıkartmıştır.

¹⁰⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:519-613. Ayrıca bkz. H. Burak Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında 'Adil Denge' İlkesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan)**, Cilt: LXIX, Sayı:1-2, 2011, ss.347-371 (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecmu/article/view/10570/9806>).

çölüğü testinde çok ayrıntılı değerlendirmeler yapmış ve müdahalenin orantısız olmadığına karar vermiştir.

AİHM müdahalenin ölçülü olup olmadığını tartarken, somut olay özelinde şu hususları vurgulamıştır: İlk başta, ulusal yargı makamlarının ulusal düzlemde davayı incelemeye alırken aldıkları tutumları incelemiştir. Bu bağlamda, ulusal yargısal makamların usuli gereklere uyup uymadığı ya da başka ifadeyle hukuk devleti kavramının usuli boyutuna saygı gösterip göstermedikleri (sağlam gerekçeler vermişler mi, tarafların özellikle de davacının argümanlarına layıkıyla cevap vermişler mi? Deęerlendirmelerini yaparken maddi vakalara vs. bunlara önem vermişler, yoksa mevzuattaki afaki genel soyut hükümlerden hareketle mi karar vermişler? Çekişmeli yargılama yapılmış mı?) Mahkeme tarafından göz önünde bulundurulmuştur.

İşte AİHM, bu sorular ışığında ulusal yargısal makamların kararlarını incelemiş ve ulusal yargısal makamların başvuruçuların bütün iddialarını inceledikleri, yargılamanın çekişmeli yapıldığını, dahası başvuruçucu şirketlere tespit edilen kusurların giderilmesi için gerekli imkanların tanındığını, ancak başvuruçuların bu imkanları kullanmadıkları gibi ilgili bakanlığın uyarılarını dikkate almadıklarının kararlardan anlaşıldığını saptamıştır. Dolayısıyla aslında başvuruçuların kendi hatalarından ve özensizliklerinden kaynaklanan pozisyonlarını hakka çevirmeye çalıştıkları ulusal mahkemeler tarafından tespit edilmiştir ve AİHM bu tespiti aynen benimsemiştir.

Buna doktrinde, mülkiyet hakkına müdahalde ölçülülüğün bir unsuru olarak “başvuruçunun özen yükümlüğü” denilmektedir. AİHM’in yerleşik içtihadına göre, eğer başvuruçular mülkiyet hakkının korunması çerçevesinde kendine düşen özeni yerine getirmemişlerse Mahkeme de onların haklarını korumakta son derece çekingen kalmaktadır.¹⁰⁵ Bu olayda da ulusal mahkemelerin tek tek verdikleri örneklerin AİHM’in teyidiyle karara geçirilerek başvuruda yeteri kadar özenli davranılmadığı tespitinin yapıldığı görülmektedir. AİHM yetkili makamlar tarafından başvuruçulara o kadar tebligat yapılıp gerekli düzeltmelerin istenmesine rağmen bunlara cevap bile

¹⁰⁵ Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:609-614.

verilmediğini ve dolayısıyla aslında imtiyaz sözleşmelerinin iptali durumuna kendilerinin sebep olduğu değerlendirmesini yaparak mülkiyet hakkına müdahalenin AİHS'e uygun bir müdahale olduğu kararını vermiştir. Mahkemeye göre, imtiyaz sözleşmelerinin bu koşullar altında iptali, başvurucular bakımından olağan dışı ve aşırı bir külfet doğurmamaktadır.

Uzan kararında Mahkemenin incelediği ikinci mesele, şirketlerin sahip olduğu gayrimenkullerin tapularının iptal edilip hazine adına tescil edilmesinin ve menkullere el konulmasının mülkiyet hakkına uygunluğu meselesidir. Aslında ilk derece mahkemesi hazinenin talebini önce reddetmiş, ancak Yargıtay bozma kararı sonrası bozmaya uyarak başvurucu şirketlerin mülklerini hazine adına tescil etmiştir. Adli yargının bu kararı AİHM'e göre, mülkiyet hakkına ölçülü bir müdahale teşkil etmektedir. AİHM kendisinin imtiyaz sözleşmesinin iptalinin AİHS'e ve hukuka uygunluğu açısından yaptığı muhakemeye atıfla, gayrimenkullerin hazine adına tescil edilmesinin ve taşınurlara el konulmasını da aynı şekilde orantılı bulmuştur.

İmtiyaz sözleşmesinin iptali bakımından AİHM'in yaptığı değerlendirmeye katılmak mümkün ancak hazine adına tescil edilen gayrimenkuller ile el konulan menkuller açısından aynı muhakemeye katılmak çok mümkün gözüküyor. AİHM burada mülkleri imtiyaz sözleşmesine bağlı olarak, imtiyaz sözleşmesinin bir parçası olarak görmüştür. İmtiyaz sözleşmeleri iptal edilince, kanallar, borular, su depolama tankları, elektrik santralleri, nakil şebekeleri, büro binaları ve müştemilat vs. gibi mülklerin başvurucuların mülkiyetinde kalmasını sağlayan hukuki sebep ortadan kalktığı için, bunların niteliklerine göre hazine adına tescilinin ve el konulmasının AİHS Protokol. No. 1 Madde 1'de yer verilen mülkiyet hakkına uygun olduğu neticesine varmıştır.¹⁰⁶

AİHM'in kararı bu noktadan eleştiriye açıktır. Çünkü imtiyaz sözleşmeleri ile uyumsuzluğa konu olan mülkler arasında ayrılmaz bir

¹⁰⁶ Buna bağlı olarak AİHM başvurucuların etkili bir iç hukuk yoluna hak (AİHS Madde 13) bağlamındaki ihlal iddialarını da reddetmiştir. Bu sonuçta özellikle, ulusal yargısal makamların başvurucuların taleplerini ve iddialarını inceleyip gerekçeli olarak reddetmeleri önemli rol oynamıştır.

hukuki bağ bulunmamaktadır. Kanaatimce, AİHM imtiyaz sözleşmesinin iptalini AİHS'e uygun bulmakta haklıdır ancak taşınır ve taşınmazlar bakımından el koyulma ve hazineye tescil karşılığında bir tazminat verilmediği için mülkiyet hakkının ihlali sonucuna varmalıydı. AİHS sisteminde temel ilke, malvarlığından yoksun bırakılma karşılığında, bu yoksun bırakmanın amacı ne olursa olsun, değerine yakın oranda bir tazminat verilmesidir. AİHS sisteminde mülkiyet hakkına müdahale edilmesi mümkündür. Kamusal makamlar mülkiyete müdahale edilebilir, el koyabilir, kamulaştırabilir devredilebilir, nakledilebilir ama bunun karşılığında değerine yakın bir oranda bir tazminat ödemesi şarttır. Bu ilkenin sınırlı istisnası bulunmaktadır¹⁰⁷ ve kararı yansıdığı kadarıyla somut olayın koşulları, söz konusu tali malvarlığı değerleri bakımından böyle bir istisnanın bulunduğunu gösteren bir veri içermemektedir.

AİHM'in kabuledilemezlik kararıyla birlikte Uzanların kendileri ve şirketleri bakımından insan hakları hukuku düzlemindeki hukuk girişimleri sona etmiştir. Karar kesindir ve temyizi kabil değildir. Ancak Uzanların ve söz konusu şirketlerin yarattığı insan hakları sorunları doğrudan kendileri tarafından yapılan başvurudan ibaret değil.¹⁰⁸ Uzan davasında başvuru niteliğinde olan şirketlerin yani ÇEAŞ ve KEPEZ şirketlerinin ulusal hukuk düzleminde yarattığı sorunların bir yansıması olarak, bunların hissedarları da nihayetinde AİHM'e başvurmuşlardır.

ÇEAŞ ve KEPEZ hissedarlarının en azından bir kısmı AİHM'e ayrı bir başvuru yapmıştır. AİHM hissedarların başvurusunu da Uzan davasına atıfla kabuledilemez ilan etmiştir. Elbette Soyuer ve diğerleri davasında durum Uzan davasından birçok açıdan farklılık gösteriyor. Bu davada hisseler aynı zamanda borsada işlem gördüğü için borsa işlemlerinden kaynaklanan hukuki problemler de başvuru

¹⁰⁷ Bu ilkenin sınırlı istisnası bulunmaktadır. Bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, sf:543 vd.

¹⁰⁸ Uzanların sahip olduğu İmar Bankasının yarattığı sorunlar ise bir dizi başka davaya konu olmuştur. Örneğin bkz. *Erdem and others v. Turkey*, App. Nos. 28431/06, 55559/07, 26427/08, 38143/08 et 58227/08, Admissibility Decision of 17 November 2009.

konusu olmuş oldu. Ancak AİHM'e göre, imtiyaz sözleşmesinin iptal edilmesi hukuka uygun olduğu için buna bağlı doğal hukuki yansımalar, yani tali hukuki sonuçlar genel olarak AİHS'e özel olarak da mülkiyet hakkına uygundur. Dolayısıyla hissedarların mülkiyet haklarına yönelik müdahale, ihlal teşkil etmemektedir.¹⁰⁹

Açıççası, Soyuer vd. kararına katılmak da pek mümkün gözükmüyor. Hissedar borsada işlem gören ve devlet tarafından bu düzenleme yapıldığı için de devlet güvencesinde olan sisteme güvenerek hisse alıyorsa ve daha sonra da şirket sahiplerinin yaptığı iddia edilen eylemlerden ötürü bu hisse zarar görüyorsa burada devletin sorumluluğu vardır. Bu noktada tapuların tutulmasından kaynaklanan devlet sorumluluğuna ilişkin AİHM kararlarıyla, son tahlilde sağlıklı bir borsa sisteminin işlemindeki devlet sorumluluğuna ilişkin bu başvuru arasında bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Muhtemelen AİHM, hissedarları şirket sahiplerine dava açmaya yönlendirmiş oluyor. Sonuç olarak AİHM'in Soyuer vd. kararı iyi niyetli hissedarlara zarar veren bir karardır ve Uzan davasında muhakemede kullanılan başvurucuların özen yükümlülüğü gibi bazı argümanlar iyi niyetli hissedarlar bakımından aynı derece işlevsel değildir.¹¹⁰

Bu başlık altında son olarak Uzan ve Soyuer davalarının Türkiye'ye karşı açılmış elektrik özelleştirilmelerinden ve imtiyaz sözleşmelerinin iptalinden kaynaklanan başka davalar için emsal teşkil ettiği not edilmelidir.¹¹¹

¹⁰⁹ *Erol Soyuer and 46 others v. Turkey*, App. No. 49445/07, Admissibility Decision of 21 June 2011.

¹¹⁰ *Soyuer* kararını takiben aynı konulu olup aynı şekilde karara bağlanan başka için bkz. *Okyay and Okyay v. Turkey*, App. No. 38685/06, Admissibility Decision of 20 March 2012.

¹¹¹ *Aktaş Elektrik Tic. A.Ş. v. Turkey*, App. No. 44205/02, Admissibility Decision of 30 August 2011; *Uzel and others v. Turkey*, App. No. 13242/05, Admissibility Decision of 6 March 2012.

DAVA LİSTESİ

Agrokompleks v. Ukraine, App. No. 23465/03, Judgment of 6 October 2011.

Aktaş Elektrik Tic. A.Ş. v. Turkey, App. No. 44205/02, Admissibility Decision of 30 August 2011.

Asito v. Moldova, App. No. 40663/98, Judgment of 8 November 2005.

Azurix v. Argentina, ICSID Case No ARB/01/12, Award of 14 July 2006 .

Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Judgment of 5 February 1970, Reports of judgments, advisory opinions and orders 1970.

Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi AŞ. v. Pakistan, ICSID Case No ARB/03/29, Award of 27 August 2009.

Beyeler v. Italy, App. No.332027/96, Just Satisfaction Judgment of 28 May 2002.

Bimer S. A. v. Moldova, App. No. 15084/03, Judgment of 10 July 2007.

Brumarescu v. Romania, App. No.28342/95, GC Judgment of 28 October 1999.

Channel Tunnel Group Limited and France-Manche S.A. v. Governments of the United Kingdom and France, Partial Award of 30 January 2007

CMC Gas Transmission Co v. Argentina, ICSID Case No ARB/01/08, Award of 12 May 2005.

Compania Del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Final Award of 17 February 2000.

Dacia S.R.L. v. Moldova, App. No. 3052/04, Just Satisfaction Judgment of 24 February 2009.

El Paso Energy International Co v. Argentina, ICSID Case No ARB/03/15, Decision on Jurisdiction of 27 April 2006.

Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award of 13 November 2000.

EnCana Corp v. Ecuador, UNCITRAL, London Court of International Arbitration Administred Case No. 3481, Award of 3 February 2006.

Erdem and others v. Turkey, App. Nos. 28431/06, 55559/07, 26427/08, 38143/08 et 58227/08, Admissibility Decision of 17 November 2009

Erol Soyuer and 46 others v. Turkey, App. No. 49445/07, Admissibility Decision of 21 June 2011.

Former King of Greece and others v. Greece, App. No.25701/94, Just Satisfaction Judgment of 28 November 2002.

International Thunderbird Gaming Corp v. Mexico, UNCITRAL/NAFTA Arbitral Award of 26 January 2006

Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey, App. No.40998/98, Judgment of 13 December 2007.

Jokela v. Finland, App. No.28856/95, Judgment of 21 May 2002.

Joy Mining Machinery Limited v. Egypt, ICSID Case No ARB/3/11, Award on Jurisdiction of 6 August 2004.

Kemal Uzan and others v. Turkey, App. No. 18240/03, Admissibility Decision of 29 March 2011.

Marvin Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award of 16 December 2002.

Mondev International v USA, ICSID Case No ARB(AF)/99/2, Award of 11 October 2002.

OAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS v. Russia, App. No. 14902/04, Judgment of 20 September 2011.

Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador, ICSID Case No ARB/06/11, Award of 5 October 2012.

Okyay and Okyay v. Turkey, App. No. 38685/06, Admissibility Decision of 20 March 2012.

Papamichalopoulos and others v. Greece, App. No. 14556/89, Just Satisfaction Judgment of 31 October 1995.

Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No ARB/06/5, Award of 15 April 2009.

Piero Foresti and others v. South Africa, ICSID Case No ARB(AF)/07/1, Award of 4 August 2010.

Pseg Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award of 19 January 2007.

Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. v. Poland, App. No.51728/99, Judgment of 28 July 2005.

Saipem SpA v. Bangladesh, ICSID Case No ARAB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures of 21 March 2007.

Scordino v. Italy, No. 1, App. No. 36813/97, GC Judgment of 29 March 2006.

Sempra Energy International v. Argentina, ICSID Case No ARB/02/16, Award of 28 September 2007.

SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. the Philippines, ICSID Case No ARB/02/6, Decision on Jurisdiction of 29 January 2004.

I. OTURUM /

Siemens AG v. Argentina, ICSID Case No ARB/02/08, Award of 6 February 2007.

Soros v. France, App. No.50425/06, Judgment of 6 October 2011.

Sovtransavto Holding v. Ukraine, App. No.48553/99, Judgment of 25 July 2002.

Sporrong and Lönnroth v. Sweden, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52.

Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece, App. No.13427/87, Judgment of 9 December 1994.

Stretch v. United Kingdom, App. No.44277/98, Judgment of 24 June 2003.

Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. Mexico, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003.

Tunnel Report Limited v. France, App. No. 27940/07, Judgment of 18 November 2010

Unistar Ventures GMBH v. Moldova, App. No. 19245/03, Judgment of 9 December 2008.

Uzel and others v. Turkey, App. No. 13242/05, Admissibility Decision of 6 March 2012.

Yıltaş Yıldız Turistik Tesisleri AŞ v. Turkey, App. No.30502/96, Just Satisfaction Judgment of 25 April 2006.

Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina, ICSID Case No ARB/04/14, Award of 8 December 2008

Zlinsat, Spol. SR.O. v. Bulgaria, App. No. 57785/00, Judgment of 15 June 2006.

KAYNAKÇA

Baetens, Freya: “Discrimination on the Basis of Nationality: Determining Likeness in Human Rights and Investment Law”, **International Investment Law and Comparative Public Law**, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, sf:279-315

Buerghental, Thomas: “Proliferation of International Courts and Tribunals: Is it Good or Bad?”, **Leiden Journal of International Law**, Vol. 14, 2001.

Cananea, Giacinto della: “Minimum Standards of Procedural Justice in Administrative Adjudication”, **International Investment Law and Comparative Public Law**, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, sf:39-74

Charney, Jonathan I. : “Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?”, **Recueil des Cours**, Vol. 271, 1998.

Dupuy, Pierre Marie : “Unification Rather Than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law”, **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, eds. PM Dupuy – F Francioni and EU Petersmann, Oxford University Press, 2009.

Ehsassi, Ali: “Cain and Abel: Congruence and Conflict in the Application of the Denial of Justice Principle”, **International Investment Law and Comparative Public Law**, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, sf:213-242

Ertan, İzzet Mert : **Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı**, Legal Yay., İstanbul, 2012.

Francioni, Franseco: “Acces to Justice, Denial of Justice, and International Investment Law”, **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, eds. PM Dupuy – F Francioni and EU Petersmann, Oxford University Press, 2009.

Franck, Thomas M. : **Fairness in International Law and Institutions**, OUP, Paperback edition, 1997.

Friedman, Samy: **Expropriation in International Law**, Stevens & Sons Limited, London, 1953.

Fry, James D. : “International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law’s Unity”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol.18, 2007.

Gemalmaz, H. Burak: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yay., İstanbul, 2009.

Gemalmaz, H. Burak : “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında ‘Adil Denge’ İlkesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. İl Han Özay’a Armağan)**, Cilt: LXIX, Sayı:1-2, 2011.

Gemalmaz, H. Burak: “Basiretli İşadamı Gibi Davranma Yükümlülüğü: AIHM’in YUKOS ve Soros Kararları Üzerine Düşünceler”, **Güncel Hukuk**, Kasım 2011.

Gemalmaz, H. Burak: “Making Sense of Children Rights: Transforming the Precedents of the European Court of Human Rights Concerning Corporal Punishment of Children”, **Annales de la Faculte de Droit d’Istanbul**, Vol. 39, No: 56, 2007.

Gemalmaz, H. Burak/ Uzun, Atakan : “Crisis, State Activities and Human Rights in Turkey”, **European Review of Public Law**, 2013 (forthcoming).

Giray, Faruk Kerem: **Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler**, Beta Yay., İstanbul 2013

Kingsbury, Benedict –Schill, Stephan W.: “Public Law Concepts to Balance Investors’ Rights With State Regulatory Actions in the Public Interer – The Concept of Proportionality”, **International Investment Law and Comparative Public Law**, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, sf:75-104

Kriebaum, Ursula : “Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration?”, **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, eds. PM Dupuy – F Francioni and EU Petersmann, Oxford University Press, 2009.

Lowenfeld, Andreas F.: **International Economic Law**, second edition, OUP, 2008.

McLachlan, Campbell - Shore, Laurence–Weiniger, Matthew: **International Investment Arbitration – Substantive Principles**, Oxford University Press, First published in paperback 2008

Pellonpaa, Matti: “Does the European Convention on Human Rights Require ‘Prompt, Adequate and Effective’ Compensation for Deprivation of Possession?”, **Liber Amicorum Bengt Broms**, Finnish Branch of the International Law Association, Helsinki, 1999.

Perkams, Markus : “The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law – Searching for Light in the Dark”, **International Investment Law**

and Comparative Public Law, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, sf:107-150

Reiner, Clara/ Schreuer, Christoph: *“Human Rights and International Investment Arbitration”*, **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, eds. PM Dupuy– F Francioni and EU Petersmann, Oxford University Press, 2009.

Ruffert, Matthias: *“The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights”*, **German Yearbook of International Law**, Vol. 43, 2000.

Schill, Stephan W.: *“International Investment Law and Comparative Public Law – An Introduction”*, **International Investment Law and Comparative Public Law**, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, sf:3-37

Schill, Stephan W.: *“Fair and Equitable Treatment, The Rule of Law, and Comparative Public Law”*, **International Investment Law and Comparative Public Law**, ed. Stephan W. Schill, Oxford University Press, 2010, sf:151-182

Schreuer, Christoph: **The ICSID Convention – A Commentary**, Second Edition, 2009, Cambridge University Press

Schreuer, Christoph/Krieabum, Ursula: *“The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law”*, **Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, eds. Stephan Breitenmoser vd., Dike, Nomos, 2007.

Simma, Bruno: *“Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights”*, **ICLQ**, Vol. 60, July 2011.

Sornarajah, M.: **The International Law on Foreign Investment**, Grotius Publications, CUP, 1994.

Toluner, Sevin: **Millileştirme ve Milletlerarası Hukuk**, İÜHF Yay. No:298, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll, İstanbul, 1968.

Tudor, Iona: **Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment**, Oxford University Press, 2008.