

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA YATIRIMCININ
İNSAN HAKLARI YÜKÜMLÜLÜĞÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Betül KARAGEDİK

Tez Danışmanı: Birden GÜNGÖREN BULGAN

EYLÜL, 2020

ÖNSÖZ

Dünyamız değişiyor. Artık karşımızda çoğu devletten hem siyasi hem de ekonomik olarak daha güçlü olan çok uluslu şirketler gerçeği duruyor. Çok uluslu şirketler ciddi insan hakları ihlalleri ile birlikte anılıyor. Bu durum insan hakları hukukunda bazı ezberlerin bozulmasına yol açmıştır. Devlet-dışı aktörler olarak şirketler ve onların insan hakları yükümlülükleri dünyada önemli bir çalışma alanı hâline gelmiştir. Bu çalışmada yatırımcı gerçek kişi veya tüzel kişinin insan hakları yükümlülüğü meselesini uluslararası yatırım hukuku kapsamında ve uluslararası yatırım hukukundaki güncel gelişmeler ışığında inceledim.

Yüksek lisans eğitimime İstanbul Üniversitesi'nde başladım. Yüksek lisansa kaydımın ilk yılında Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Genel Kamu Hukuku Anabilim dalında araştırma görevlisi oldum. Daha sonra hami üniversite uygulaması kapsamında Galatasaray Üniversitesi'ne geçiş yaptım.

Uluslararası yatırım hukuku ve uluslararası insan hakları hukuku arasındaki ilişkiyi, bunlar arasındaki hukuki boyutu keşfetmemde Prof. Dr. Burak Gemalmaz'dan aldığım yüksek lisans dersleri etkili oldu. Bu derslerde hazırladığım ödevler tez konumu saptamamda bana önemli ölçüde yol gösterdi. Bu vesileyle ona minnettarım. Danışmanım Doç. Dr. Birden Güngören Bulgan gerek tez konumu saptarken gerek tezimi yazdığım dönemde desteğini bir an olsun benden esirgemedi. Onun anlayışlı tutumu, akademik hayata hızlı bir şekilde uyum sağlamamı kolaylaştırdı. Hocama teşekkür ederim. Hiçbir resmi yükümlülüğü olmasa da tezimle alakalı bütün kafa karışıklığımı her seferinde titizlikle gideren, tezimi baştan sona okuyup eleştirilerini ve önerilerini alma şansına eriştiğim fahri danışmanım Doç. Dr. Berk Demirkol'a ne kadar teşekkür etsem azdır. Onun yardımları olmasaydı, tutkuyla yazdığım bu tezin konusu üzerinde çalışmaktan vazgeçebilirdim. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde henüz lisans öğrencisiyken Genel Kamu Hukuku derslerini bana sevdiren Dr. Öğr. Üyesi Mert Ertan'a teşekkürü bir boş bilirim. Onun derslerini dinlerken aldığım notları, şimdi ben de öğrencilere aktarıyorum. Ayrıca tezime getirdikleri önerilerinden ötürü Doç. Dr. Faruk Kerem Giray'a ve Dr. Ali Osman Karaoğlu'na da teşekkür ederim.

Arş. Gör. Betül Polat fakülte yıllarımın daha başlangıcından beri yakın arkadaşım, tezimi baştan sona okudu. Minnettarım. Yol arkadaşım Arş. Gör. Dolunay Çörek ile aynı zamanda diliminde araştırma görevlisi olduk ve hangi engelle karşılaşsak birlikte aştık. Değerli dostuma teşekkür ederim. Kürsü arkadaşım Arş. Gör. Ezgi Çaldıran, tezimi yazdığım dönemde çalışma kolaylığı sağladı. Teşekkür ederim.

Bana evimizde rahat bir çalışma ortamı sağlayan, bunaltıcı vakitlerde sesinin ferahlığına sığındığım, çalışma masamı dünyam eden annem olmasaydı, çalışmamın

üstesinden gelebilir miydim, bilmiyorum. Ayrıca sevgili babama da destekleri için çok teşekkür ederim.

Son olarak, beni benden iyi tanıdığını düşündüğüm Murat Can Dolğun'a özellikle minnettarım. Tezimi yazarken onun entelektüel birikiminden yararlanma şansına sahiptim. Daima yanımdaydı ve onun sayesinde karşılaştığım nice problemi çabucak çözebildim.

Temmuz, 2020

Ayvalık



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR.....	vii
RÉSUMÉ.....	ix
ABSTRACT	xiv
ÖZET.....	xviii
GİRİŞ	1
I-YATIRIMCININ İNSAN HAKLARI YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAKIMINDAN MEVCUT DURUM.....	5
A-YATIRIMCININ ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN İNSAN HAKLARI YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	5
1-Uluslararası İnsan Hakları Andlaşmaları.....	7
2- Yumuşak Hukuk Belgeleri	13
3- <i>Jus Cogens</i>	20
4- BM İş Dünyası ve İnsan Haklarına İlişkin Bağlayıcı Andlaşma Hazırlığı.....	23
B- YATIRIMCININ YATIRIM HUKUKU BAKIMINDAN İNSAN HAKLARI YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	25
1-Yargı Yetkisi ve Kabul Edilebilirlik Bakımından Değerlendirme.....	30
a-Ev Sahibi Devletin Hukukuna Uygunluk Gerekliliği	30
i-Ev Sahibi Devletin Hukukuna Uygunluk Gerekliliğinin Tanımı, Farklı Formları ve Hukuki Sonuçları	30
ii-Yargı Yetkisi ve Kabul Edilebilirlik Arasındaki Ayrım	33
iii-Yatırım Anlaşmasında Ev Sahibi Devletin Hukukuna Uygunluk Gerekliliğinin Açıkça Düzenlenmemiş Olması Durumu	35
iv-Hukuka Aykırılığın İşlendiği Zaman Dilimi.....	37

b-Yatırımcının Ev Sahibi Devlette İnsan Haklarını Koruyan Ulusal Hukuk Normlarını İhlal Etmesi Bakımından Değerlendirme	38
2-Esas Aşaması Bakımından Değerlendirme	40
a-Uluslararası Hukukun Bölünmesi Tartışması Çerçevesinde: Uluslararası Yatırım Hukuku ve Uluslararası İnsan Hakları Hukuku.....	41
b- Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan Uygulanacak Hukuk Hükümleri	45
c- Sistemik Entegrasyon Prensipleri (<i>The Principle of Systemic Integration</i>)....	46
d- Ölçülülük İncelemesi	48
3- Tazminat Aşaması Bakımından Değerlendirme (Tazminatın Mahsup Edilmesi).....	51
a-Müterafık Kusur	52
b- <i>Occidental v. Ekvador</i> Kararı	55
c- <i>Yukos</i> Kararı	56
d-Philippe Sands'ın Muhalefet Şerhi	59
4- Karşı Dava Kurumu Bakımından Değerlendirme	61
a-Tarafların Karşı Dava Açılabilmesine İlişkin Rızalarının Olması Gerekliği	63
b- ICSID Konvansiyonu'nun 46. Maddesinde Aranan Diğer Şartlar	70
c- <i>Urbaser v. Arjantin</i> Kararı	75
i-Yargı Yetkisi ve Kabul Edilebilirlik Bakımından İnceleme	76
ii- Esas Bakımından İnceleme	78

II- ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDAKİ GÜNCEL GELİŞMELER

..... 89

A-ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKU ANLAŞMA YAPIM PRATİĞİNDE YAŞANAN

GÜNCEL GELİŞMELER 89

B-YATIRIM ANLAŞMALARINA YATIRIMCILARIN İNSAN HAKLARI

YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN EKLENMESİ 91

1- Yatırımcının İnsan Hakları Yükümlülüğüne İlişkin Hükümlerin Yatırım

Anlaşmalarındaki Konumu 97

2- Yatırımcının İnsan Hakları Yükümlülüğüne İlişkin Hükümlerde Kullanılması

Gereken Dil..... 99

3- Yatırımcının İnsan Hakları Yükümlülüğüne İlişkin Hükümlerin Yatırım Anlaşmalarına Dahil Edilmesi Sürecinde İzlenebilecek Yol.....	100
4- Yatırım Anlaşmalarında Atıf Yapılabilecek Uluslararası Hukuk Belgeleri.	101
5- Yatırımcıya İnsan Hakları Yükümlülüğü Getiren Yatırım Anlaşmalarının İncelenmesi	104
a-Yatırımcının Dolaylı İnsan Hakları Yükümlülüğü	104
b-Yatırımcının Doğrudan İnsan Hakları Yükümlülüğü	105
i-Arjantin-Katar İkili Yatırım Anlaşması	106
ii-Afrika Kıtası Kökenli Yatırım Anlaşmaları.....	106
aa- Pan-Afrikan Yatırım Kodu	107
bb- Güney Afrika Kalkınma Topluluğu (SADC) Model İkili Yatırım Anlaşması Şablonu	112
cc- Fas-Nijerya İkili Yatırım Anlaşması.....	116
iii-Hindistan Model İkili Yatırım Anlaşması	121
iv- Brezilya Yatırımda İş Birliği ve Yatırımın Kolaylaştırılması Anlaşmaları (<i>Cooperation and Facilitation Investment Agreement</i>).....	123
v.Bölüm Sonu Değerlendirme	127
SONUÇ.....	129
KAYNAKÇA	135
ÖZGEÇMİŞ.....	156

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ARB	: Arbitration
ARSIWA	: Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts
BIT	: Bilateral Investment Treaty
Bkz.	: Bakınız
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
ECT	: Energy Charter Treaty
G20	: Group of Twenty
ICESCR	: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
ICSID	: The International Centre for Settlement of Investment Disputes
ILO	: International Labour Organization
NAFTA	: North American Free Trade Agreement
No.	: Number
OECD	: Organization for Economic Co-operation and Development
PAIC	: Pan-African Investment Code
para.	: Paragraf
paras.	: Paragraflar

PCA	: Permanent Court of Arbitration
s.	: Sayfa
SADC	: Southern African Development Community
ss.	: Sayfalar
UN	: United Nations
UNGA	: United Nations General Assembly
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development
USA	: United States of America
v.	: Versus
vd.	: Ve devamı
YKTK	: Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması

RÉSUMÉ

Avec la mondialisation et les politiques néo-libérales, les sociétés multinationales ont acquis une position plus forte à la fois économique et politique que la plupart des Etats. La vérité que les entreprises sont citées aujourd'hui ensemble avec les violations graves des droits de l'homme, est traitée sous la bannière des droits de l'homme et les obligations de droits de l'homme du monde de travail sont débattues comme une matière actuelle. Dans notre étude, en abordant cette question dans le cadre du droit d'investissement, nous avons examiné l'obligation de l'investisseur en droits de l'homme avec les évolutions dans le droit d'investissement.

Notre étude se compose de deux parties principales. L'obligation de l'investisseur en matière de droits de l'homme dans la première section intitulée "La situation actuelle au niveau de l'obligation de l'investisseur en matière des droits de l'homme" a été abordé dans le cadre juridique actuel. Cette section est divisée en deux catégories principales. Dans la section intitulée "L'obligation de l'investisseur en matière de droits de l'homme dans la perspective du droit international", la question d'obligations de l'investisseur personne physique ou personne morale en matière de droits de l'homme a été examinées sur la base des sources du droit international.

Dans ce contexte, la première partie est réservé aux traités relatifs aux droits internationaux de l'homme. Les traités relatifs aux droits internationaux des droits de l'homme apportent une régulation basée sur l'Etat et l'individu. Dans ce cadre, l'Etat est le seul responsable des droits de l'homme. La question de droit souple a été examiné dans le deuxième titre. Les documents de droit souple qui occupent une position très importante en termes du droit de travail et des droits de l'homme incitent le monde de travail à exercer leurs activités en respectant le droit des droits de l'homme. Toutefois, lesdits documents ne sont pas obligatoires. Les règles *jus cogens* ont été examinées dans le troisième titre. La notion *jus cogens* représente un espace très limité dans le droit international. Les règles *jus cogens* peuvent aussi engendrer des obligations pour les acteurs non-étatiques. Pour les délits internationaux ayant la qualité de *jus cogens*, il est possible que les personnes physiques puissent être jugées selon la procédure pénale internationale. Cependant, - mise à part les débats sur la suppression de la personnalité juridique - une procédure à l'encontre des personnes morales ne peut pas avoir lieu en raison des problèmes de compétence en matière de droit pénal international. Le dernier titre dans cette

section est consacré aux préparatifs du traité obligatoire relatif au monde de travail et aux droits de l'homme et mené auprès de l'ONU. Deux projets de textes relatifs à ce traité ont déjà été publiés jusqu'à présent et des conclusions variées ont été tirées dans notre étude en partant des textes de ces projets.

Dans la section intitulée "L'obligation de l'investisseur en matière de droits de l'homme dans la perspective du droit d'investissement" de notre étude, une analyse a été faite dans le cadre du droit international d'investissement. Dans cette section, le détail qui a été particulièrement souligné est que le droit international d'investissement et le droit international des droits de l'homme qui semblent au premier regard avoir des objectifs très différents peuvent apparaître en réalité avec différents points d'intersection. Tant le droit international des droits de l'homme que le droit international d'investissement sont à la fois les domaines du droit international. Les obligations de l'Etat, abritant l'investissement étranger, vis-à-vis de l'investisseur étranger en raison de l'accord d'investissement et celles dont il s'est chargé vis-à-vis de ses propres citoyens peuvent parfois entrer en conflit. Ce conflit qui peut être analysé sous le titre de fragmentation du droit international est l'une des dynamiques de notre étude.

Dans ce contexte, la réponse qui est recherchée dans cette section c'est la manière et les conditions par lesquelles l'Etat pourra arguer devant l'arbitrage d'investissement l'action d'un investisseur étranger qui a violé les droits de l'homme sur le territoire de l'Etat d'accueil. Un investisseur étranger qui est un acteur non-étatique, n'a pas d'obligations obligatoires au regard du droit international; de la même manière, les accords d'investissement n'apportent pas d'obligations en matière de droits de l'homme pour les investisseurs étrangers. Toutefois, l'investisseur étranger doit exercer ses activités conformément aux règles juridiques nationales de l'Etat d'accueil. Dans ce contexte, les investisseurs étrangers dans l'Etat d'accueil peuvent violer les normes juridiques nationales qui défendent des droits de l'homme et cette action de l'investisseur qui constitue la violation du droit national peut être invoquée comme défense ou demande reconventionnelle par l'Etat devant l'arbitrage d'investissement.

Dans ce chapitre, une évaluation a été faite selon les stades procédurales dans l'arbitrage d'investissement. Le premier titre du chapitre est consacré à l'examen de la compétence et de la recevabilité. La concrétisation de cette étape est assurée par les dispositions de conformité au droit de l'Etat d'accueil qui figurent dans les accords d'investissement. Les dispositions de conformité au droit de l'Etat d'accueil qui peuvent apparaître dans la définition ou dans la totalité de l'investissement dans les accords d'investissement ont pour objectif d'assurer la conformité de l'investissement au droit national de l'Etat d'accueil. Lorsqu'il s'agit d'un investissement non conforme au droit de l'Etat d'accueil, les comités d'arbitre peuvent se déclarer incompétents. Car un tel investissement n'étant pas dans le cadre du consentement de l'Etat d'accueil en faveur de l'arbitrage ne peut pas bénéficier de la protection offerte par l'Etat d'accueil. Dans ce contexte, l'établissement de recevabilité aussi vient à l'ordre du jour. Comme nous soulignerons en détail dans notre étude, il a été allégué que lorsqu'il s'agit, dans la doctrine, d'un investissement contraire au droit de l'Etat d'accueil, les comités d'arbitrage doivent étudier la

recevabilité si la non-conformité à ce droit n'a pas affecté l'acquisition de la valeur du patrimoine qui a constitué l'investissement. A cet égard, un autre point important à aborder concerne l'intervalle de temps dans lequel l'investisseur a commis la violation contraire au droit. Selon ceci, il convient de souligner que la portée temporelle des dispositions de conformité au droit de l'Etat d'accueil est l'intervalle temporel dans lequel l'investissement a été fait. C'est-à-dire que si l'investisseur étranger viole le droit de l'Etat d'accueil dès le début, cela sera une question relative à la compétence - sous réserve de quelques exceptions. Mais si l'investisseur étranger commet un acte illégal après avoir fait un investissement conforme au droit, cette acte sera jugé à l'étape de fond ou à l'étape d'indemnité.

De nos jours, la plupart des Etats ont déjà intégré dans leur propre ordre juridique national leurs obligations découlant du droit des droits de l'homme. Ainsi, lorsqu'un investisseur étranger viole une norme juridique nationale qui défend les droits de l'homme dans l'Etat d'accueil, cet acte de l'investisseur peut faire l'objet d'une étude de recevabilité. Cependant, un autre point mis en évidence dans la doctrine c'est que ladite violation doit être une violation grave (*majeure*). En revanche, les violations de petite ampleur (*mineures*) peuvent être évaluées en phase de fond de ou d'indemnité à l'arbitrage.

Après l'investissement, conformément à la loi d'un investisseur a commis des actes illégaux ou de compensation peuvent être examinées au stade du fond dans la phase d'arbitrage. Si l'investisseur étranger enfreint une norme du droit national défendant les droits de l'homme dans l'Etat d'accueil, l'Etat peut avoir à appliquer à l'investisseur une sanction en vertu de ses obligations découlant du droit international des droits de l'homme. Si cette sanction que l'Etat applique à l'investisseur est de nature à enfreindre les dispositions de l'accord d'investissement, l'investisseur peut engager devant l'arbitrage une action à l'encontre de l'Etat d'accueil. Alors que devant l'arbitrage, l'Etat peut faire valoir ses obligations relatives aux droits de l'homme comme un argument de défense. La façon dont les tribunaux d'arbitrage doivent rendre une sentence à ce point a été débattue dans notre étude. Dans certains cas précédents qui se présentent dans des circonstances similaires, les comités d'arbitrage ont écouté, sans y prêter l'attention, la défense des Etats d'accueil relative au droits de l'homme. Alors que les accords d'investissement qui sont des traités internationaux ne doivent pas être interprétés en les isolant du droit international. Dans ce contexte, selon l'article 42 de la Convention ICSID (Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements) auquel on peut faire appel en vertu des dispositions sur le droit à appliquer figurant dans les accords d'investissement ou en cas où les parties n'ont pas opté pour un tel droit, le droit des droits de l'homme peut se présenter devant les comités d'arbitrage comme une partie du droit international des droits de l'homme ou du droit international. En outre, en vertu du principe de l'intégration systémique régi dans l'alinéa 31/3/c de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les comités d'arbitrage peuvent interpréter l'accord d'investissement concerné en tenant compte des dispositions du droit international des droits de l'homme. Après cette étape, les comités d'arbitrage procéderont à l'étude de "proportionnalité". Si la sanction que l'Etat applique à l'investisseur est proportionnel en l'espèce, ici on pourra arriver à la

conclusion que l'Etat n'a pas violé l'accord d'investissement concerné. Mais si la sanction appliquée par l'Etat à l'investisseur est disproportionnée, ici il pourra désormais s'agir de la l'imputation de l'indemnité. dit.

L'investisseur, en ayant violé dans l'Etat d'accueil une norme juridique nationale défendant les droits de l'homme a provoqué l'Etat d'appliquer une sanction contre lui-même. C'est-à-dire que l'acte de l'Etat est dans une position démesurée mais dans une relation de cause-effet à l'encontre de l'acte de l'investisseur. C'est ici que la notion de "faute concurrente" apparaît devant nous. L'investisseur étranger ayant causé de sa propre faute la formation des dommages, cette faute peut être prise en compte lors du calcul du montant de l'indemnisation et celui-ci peut être déduit au prorata de la faute de l'investisseur.

Dans la suite de notre étude a été examinée l'institution d'action reconventionnelle. Ici, en engageant une action reconventionnelle à l'encontre de l'action en arbitrage, l'Etat peut prétendre que l'investisseur a violé les droits de l'homme. L'action reconventionnelle n'est pas une procédure fréquemment saisie dans l'arbitrage d'investissement, cependant la Convention d'ICSID, le règlement d'arbitrage d'ICSID et le règlement d'arbitrage d'UNCITRAL permettent dans certaines conditions l'engagement d'une action reconventionnelle à l'encontre des Règles d'Arbitrage. Les conditions énoncées dans la convention d'ICSID exigent le consentement des parties pour l'engagement d'une action reconventionnelle, la compétence du comité d'arbitrage sur l'action reconventionnelle et le fait que l'action reconventionnelle découle directement de l'objet du litige en cours d'instance. Par conséquent, L'Etat peut engager une action reconventionnelle au motif de la violation des droits de l'homme lorsque ces conditions se concrétisent. Cependant, l'action reconventionnelle doit être naturellement en relation avec la violation d'une obligation prise en charge par l'investisseur. C'est-à-dire que l'action reconventionnelle doit avoir une base normative. Dans notre étude, nous avons examiné la sentence *Urbaser c. Argentine* pour trouver une réponse à ce que serait cette base normative. Toutefois, cette sentence qui a jugé que l'investisseur a des obligations en matière de droits de l'homme, relatives au droit international abrite quelques erreurs juridiques. En conséquence, à la base normative d'une action reconventionnelle engagée par l'Etat qui prétend que l'investisseur a violé les droits de l'homme peut résider les normes juridiques nationales qui défendent les droits de l'homme de l'Etat d'accueil ou un accord d'investissement qui impose à l'investisseur l'obligation du respect des droits de l'homme. Par ailleurs, l'allégation de violation d'une règle de nature *jus cogens* qui impose à l'investisseur des obligations obligatoires peut constituer la base normative d'une action reconventionnelle.

Le processus de changement dans lequel passe le droit international d'investissement a été examiné dans la deuxième section intitulée "Les évolutions actuelles dans le droit international d'investissement" de notre étude. Jusqu'à présent, les accords d'investissement ont été établis uniquement pour la protection des investissements étrangers. Mais nous voyons que sont signés désormais des accords d'investissement qui mettent l'accent sur le droit de régulation de l'Etat, les droits de l'homme, la protection de l'environnement, en bref sur les matières hors

investissement. Ce processus de changement a été examiné d'une manière générale dans la section intitulée "Les Évolutions Actuelles Vécues dans la Pratique de Conclusion d'Accords dans le Droit International d'Investissement". Dans la section intitulée "Incorporation dans les Accords d'Investissement des Dispositions Relatives à l'Obligation du respect des Droits de l'homme par les Investisseurs", certaines accords d'investissement que nous avons choisis et qui contiennent des dispositions sur les obligations en matière de droits de l'homme de l'investisseur ont été soumis à un examen détaillé.

Dans ce cadre, nous avons examiné les accords d'investissement sous deux titres principaux intitulés les accords qui imposent à l'investisseur des obligations indirectes en matière des droits de l'homme et des accords qui imposent à l'investisseur des obligations directes en matière de droits de l'homme. Dans les accords qui imposent à l'investisseur des obligations indirectes en matière de droits de l'homme, les obligations sont reconnues aux Etats conformément à la notion classique des droits de l'homme et la nécessité qu'ils doivent encourager l'investisseur pour qu'il agisse dans le respect des droits de l'homme a été régie. Tandis que dans les accords d'investissement qui imposent à l'investisseur des obligations directes on reconnaît à l'investisseur des obligations directes en matière de droits de l'homme.

Toutefois, la majorité de ces accords d'investissement n'imposent pas à l'investisseur des obligations obligatoires. Ils encouragent les investisseurs uniquement pour une activité d'investissement respectueuse des droits de l'homme. L'imposition à l'investisseur des obligations de droits de l'homme obligatoires et exécutoires sera une évolution assez radicale en terme de droit international d'investissement. Par conséquent, il ne faut pas s'attendre à ce qu'une telle évolution se produise en un instant. Les accords d'investissement qui imposent à l'investisseur des obligations en matière de droits de l'homme, même si elles ne sont pas obligatoires, indiquent un processus d'évolution vécu dans le droit international et sont dignes d'être examinée en particulier sous cet angle. En outre, selon les règles d'interprétation de traité de la Convention de Vienne sur le Droit de Traités, le texte intégral doit être pris en compte lorsqu'un traité international est interprété. Par conséquent, ces régulations figurant dans les accords d'investissement et qui ne sont pas de nature obligatoire peuvent être prises en considération par les comités d'arbitres par voie d'interprétation et peuvent assurer la prise des décisions plus équilibrées dans l'arbitrage d'investissement.

ABSTRACT

Along with globalization and neoliberal policies, multinational corporations have become more powerful both economically and politically than most states. Today, the fact that corporations are commemorated with gross human rights violations is studied under the title of business and human rights and human rights obligations of corporations are discussed as a recent issue. In this study, we have handled this issue within the scope of investment law and examined the human rights obligation of the investor together with the developments in investment law.

Our study consists of two main chapters. In the first chapter titled “Current Status in terms of the Human Rights Obligation of the Investor”, the human rights obligation of the investor is discussed within the scope of the current legal framework. This chapter is also divided into two main titles. In the section titled “Human Rights Obligation of the Investor in terms of International Law”, the issue of human rights obligation of the investor natural person or legal person is examined based on the sources of international law.

In this regard, the first title is devoted to international human rights treaties. International human rights treaties, which are the basic sources of international human rights law, make a state and individual-based arrangement. Within this framework, the state is the sole responsible of the international human rights law. In the second title, the concept of soft law has been examined. Soft law documents, which are very important in terms of business and human rights, encourage the business entities to carry on business by complying with the human rights law. However, documents in question are not legally binding. In the third title, *jus cogens* rules have been examined. *Jus cogens* rules expresses an extremely limited area in international law. *Jus cogens* rules may also impose obligations for non-state actors. In international crimes with *jus cogens* characteristics, it is possible to judge the natural persons in terms of international criminal law. However, -if the discussions on lifting of the veil of incorporation are left aside- it is not possible to judge against legal entities in terms of international criminal law due to problems about jurisdiction. The last title in this chapter, is devoted to the preparation of a binding treaty on business and human rights, which is a current matter at the UN. Until now, two exposure drafts have been published regarding such treaty and some implications have been made in our study regarding such drafts.

In the chapter, which is titled “Human Rights Obligation of the Investor in terms of Investment Law”, an examination has been made within the scope of international investment law. In this chapter, it has been especially emphasized that international investment law and international human rights law, which appear to have very different purposes at first glance, can actually come across with different common junction points. Both international human rights law and international

investment law are the areas of international law. The obligations of a state hosting a foreign investment towards the foreign investor arising out of the investment treaty may sometimes conflict with the obligations of the same state towards its citizens arising out of human rights treaties. This conflict, which may be studied under the title of “Fragmentation of International Law”, is one of the dynamics of our study.

In this regard, in this section, an answer was sought to the question of how and under what conditions this act of the foreign investor, who caused a human rights violation in the host state, could be put forward by the state in investment arbitration. There are no human rights obligations which are binding in terms of international law for the foreign investor as a non-state actor; likewise, investment treaties do not impose binding human rights obligations for the foreign investor. However, the foreign investor must carry on its businesses in the host state in compliance with domestic law of that state. In this context, the foreign investor may violate the domestic legal norms on human rights in the host state, and this act of the investor, which constitutes a violation of domestic law, can be claimed by the state either as a defence or by filing a counterclaim in investment arbitration.

In this chapter, an evaluation has been made according to the procedural stages in investment arbitration. The first title of the chapter has been devoted to the examination of the jurisdiction and admissibility. The concretization of this stage is provided by the “in accordance with host state law” clauses contained in investment treaties. The provisions concerning of compliance with the law of the host state, which can be encountered in the definition of investment or as an independent provision in investment treaties, aim to ensure that foreign investment is made in accordance with the domestic law of the host state. The arbitration tribunals may decide that they do not have jurisdiction when an investment is not made in accordance with the law of the host state. Because such an investment is not covered by the host state's consent to arbitration, it cannot benefit from the protection afforded by the investment treaty. In this regard, the concept of admissibility becomes a current issue. As we will elaborate in detail in our study, it has been asserted in the doctrine that the arbitration tribunals may also make an admissibility review at this point. Another important matter to be mentioned in this regard is related to the period when the investor processes the unlawful act. If the investor violates the domestic law of the host state initially, this will be a matter of jurisdiction –without prejudice to some exceptions-. However, if the foreign investor commits an illegal act after making an investment in accordance with the law, this act will be evaluated in the merits stage or the compensation stage.

Today, most states have integrated their obligations arising from international human rights law into their legal system. Thus, if the foreign investor violates any domestic legal norm on human rights in the host state when was established the investment, such act of the investor may be subjected to jurisdiction or admissibility investigation in arbitration process. However, another important issue emphasized in the doctrine is that the violation in question should be major in terms of reaching this conclusion. On the other hand, minor violations can be evaluated in the merits stage or the compensation stage.

Unlawful acts committed by the investor after an investment made in accordance with the law may be examined in the merits stage or the compensation stage. If the foreign investor violates a domestic legal norm on human rights in the

host state, the state may be obliged to impose a sanction on the investor in accordance with its obligations under international human rights law. If this sanction imposed by the state to the investor violates the terms of the investment treaty, the investor may commence arbitration proceedings against the host state. In response to that, the state may bring its human rights obligations forward as a defense argument in arbitration process. At this point, what kind of a decision should be taken by the arbitration tribunals is discussed in our study. In some previous cases with similar conditions, the arbitration tribunals have been reluctant to hear to states' defenses regarding the human rights law. However, investment treaties, which are international treaties, should not be interpreted by isolating from international law. In this context, human rights law may be taken into account by the arbitration tribunals as part of international law or national law according to the applicable law provisions included in investment treaties or according to Article 42 of ICSID Convention if parties made no choice of law. Furthermore, as per the Principle of Systemic Integration regulated in Article 31/3/c of Vienna Convention on the Law of Treaties, the arbitration tribunals can interpret the relevant investment treaties by taking the provisions of the international human rights law into account. After this phase, the arbitration tribunals will make “proportionality” investigation. If the sanction imposed on the investor by the state is proportional in terms of the substantial case, it will mean that the state has not violated the relevant investment treaty. However, if the sanction imposed on the investor by the state is not proportional, the offsetting of damages will come into question.

By violating any domestic legal norm on human rights in the host state, the investor has triggered the state to impose sanctions on itself. Namely, the act of the state is unproportional and beyond measure but within the scope of cause and effect relation. Here we come across the concept of “contributory negligence”. Since the foreign investor causes a loss due to her/his fault or neglect, such fault or neglect of the investor can be taken into account in the calculation of compensation and the compensation amount can be set-off in proportion to the investor’s fault or neglect.

In continuation of our study, the concept of counterclaim has been investigated. In this stage, the state can assert that the investor has committed human rights abuses by making a counterclaim against the arbitration case filed against it. The counterclaim is not frequently applied procedure in investment arbitration, however ICSID Convention, ICSID Arbitration Rules and UNCITRAL Arbitration Rules allow the counterclaim under specific conditions. The conditions stipulated in ICSID Convention that are: the parties' having consent to file a counterclaim, the arbitration tribunal's being jurisdiction over the counterclaim, and the counterclaim is necessary of arising directly from the subject of the present dispute. Therefore, when these conditions are met, the state can make a counterclaim with the claim of human rights violation. However, a counterclaim must be related to the violation of an obligation of the investor. So the counterclaim must have a normative basis. In our study, we have examined the *Urbaser v. Argentina* decision in order to answer what this normative basis would be. However, this decision, which was judged that the investor has human rights obligations in terms of international law, includes some legal errors. As a result, domestic legal norms on human rights of the host state or an investment treaty which imposes human rights obligations on the investor can be the normative base of a counterclaim made by the state against the investor by claiming human rights abuses. Furthermore, the claim of violation of a rule with *jus cogens*

nature which imposes binding obligations on the investor can also constitute normative base of the counterclaim.

In the second chapter of our study titled “Current Developments in International Investment Law”, the process of change that international investment law is going through has been investigated. Until today, investment treaties were prepared to preserve and protect the foreign investment. However, now we can see that the investment treaties, which emphasize the state’s right to regulation, human rights and the protection of the environment, have started to be signed. In the chapter titled “Current Developments in International Investment Law Treaty Preparation Practice”, this process of change has been examined in general. In the chapter titled as “Adding Provisions Regarding the Human Rights Obligation of Investors to Investment Agreements”, some of the investment agreements we have selected, which include the provisions regarding the investor's human rights obligation, are subjected to a detailed examination.

In this context, we have examined the investment treaties under two titles as treaties which impose indirect human rights obligations on investors and as treaties which impose direct human rights obligations on investors. In investment treaties which impose indirect human rights obligations on investors, the obligations are imposed on states in accordance with the classical human rights law, and it is regulated that the states should encourage investors to carry on its businesses in compliance with human rights law. In investment treaties which impose direct human rights obligations on the investor, human rights obligations are directly imposed on the investor.

However, most of these investment treaties do not impose binding obligations on investors. They only encourage investors for an investment that respect human rights. To impose binding and enforceable human rights obligations on the investor will be radical development in terms of international investment law. Therefore, such a development should not be expected to happen at once. Investment treaties that impose human rights obligations, even if not binding, on investors refer an evolution process in international law area and therefore considered as worth investigating in this respect. Furthermore, in accordance with treaty interpretation rules of the Vienna Convention on the Law of Treaties, whole text of the treaty should be taken into consideration while interpreting an international treaty. Accordingly, these regulations, which are not binding in the investment treaties, can be taken into account by the arbitration tribunals through interpretation and can provide more balanced decisions in investment arbitration.

ÖZET

Küreselleşme ve neoliberal politikalar ile birlikte çok uluslu şirketler hem ekonomik hem de siyasi olarak çoğu devletten daha güçlü bir konuma gelmiştir. Günümüzde şirketlerin ciddi insan hakları ihlalleri ile birlikte anılıyor olması gerçeği, iş dünyası ve insan hakları başlığı altında çalışılmakta ve iş dünyasının insan hakları yükümlülüğü güncel bir konu olarak tartışılmaktadır. Biz de çalışmamızda bu meseleyi yatırım hukuku kapsamında ele alarak yatırımcının insan hakları yükümlülüğü konusunu yatırım hukukundaki gelişmeler ile birlikte inceledik.

Çalışmamız iki ana başlıktan oluşmaktadır. “Yatırımcının İnsan Hakları Yükümlülüğü Bakımından Mevcut Durum” başlıklı ilk bölümde yatırımcının insan hakları yükümlülüğü mevcut hukuki çerçeve kapsamında ele alınmıştır. Bu bölüm de kendi içinde iki ana başlığa ayrılmıştır. “Yatırımcının Uluslararası Hukuk Bakımından İnsan Hakları Yükümlülüğü” başlıklı bölümde yatırımcı gerçek kişi veya tüzel kişinin insan hakları yükümlülüğü meselesi uluslararası hukukun kaynakları temel alınarak incelenmiştir.

Bu bağlamda ilk başlık uluslararası insan hakları andlaşmalarına ayrılmıştır. Uluslararası insan hakları hukukunun en temel kaynağı olan uluslararası insan hakları andlaşmaları devlet ve birey temelli bir düzenleme yapmaktadır. Bu çerçevede insan hakları hukukunun yegâne yükümlüsü devlettir. İkinci başlıkta ise yumuşak hukuk konusu incelenmiştir. İş dünyası ve insan hakları açısından çok önemli bir noktada duran yumuşak hukuk belgeleri iş dünyasını insan hakları hukukuna saygı duyarak faaliyet göstermeye teşvik etmektedir. Ancak söz konusu belgeler bağlayıcı nitelikte değildir. Üçüncü başlıkta *jus cogens* kuralları incelenmiştir. *Jus cogens* kavramı uluslararası hukukta son derece sınırlı bir alanı ifade etmektedir. *Jus cogens* kuralları devlet- dışı aktörler için de yükümlülükler doğurabilmektedir. *Jus cogens* niteliğe sahip olan uluslararası suçlarda gerçek kişilerin uluslararası ceza hukuku bakımından yargılamaya tabi tutulabilmesi mümkündür. Ancak -tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili tartışmalar bir yana bırakılırsa- uluslararası ceza hukuku bakımından tüzel kişiler aleyhine, yargı yetkisi ile ilgili problemlerden dolayı, yargılama yapılamamaktadır. Bu bölümde son başlık, halen BM nezdinde yürütülen iş dünyası ve insan haklarına ilişkin bağlayıcı andlaşma hazırlığına ayrılmıştır. Bu andlaşmaya ilişkin şu ana kadar iki taslak metin yayınlanmıştır ve çalışmamızda bu taslak metinlerden hareket edilerek çeşitli çıkarımlarda bulunulmuştur.

Çalışmamızda “Yatırımcının Yatırım Hukuku Bakımından İnsan Hakları Yükümlülüğü” başlıklı bölümde ise uluslararası yatırım hukuku kapsamında bir inceleme yapılmıştır. Bu bölümde özellikle şu detay vurgulanmıştır ki, ilk bakışta

birbirinden çok farklı amaçlara sahip gibi görünen uluslararası yatırım hukuku ve uluslararası insan hakları hukuku aslında karşımıza farklı kesişim noktaları ile çıkabilmektedir. Hem uluslararası insan hakları hukuku ve hem de uluslararası yatırım hukuku uluslararası hukukun alanlarıdır. Yabancı yatırıma ev sahipliği yapan devletin yatırım anlaşmasından dolayı yabancı yatırımcıya karşı sahip olduğu yükümlülükler ile insan hakları andlaşmalarından dolayı kendi vatandaşlarına karşı sahip olduğu yükümlülükler kimi zaman çatışabilmektedir. Uluslararası hukukun bölünmesi (*fragmentation*) başlığı altında irdelenebilecek olan bu çatışma çalışmamızın dinamiklerinden biridir.

Bu bağlamda bu bölümde yatırım yaptığı ev sahibi devlette bir insan hakları ihlaline sebebiyet vermiş olan yabancı yatırımcının bu fiilinin yatırım tahkiminde devlet tarafından nasıl ve hangi şartlarla ileri sürülebileceği sorusuna cevap aranmıştır. Bir devlet-dışı aktör olan yabancı yatırımcının uluslararası hukuk bakımından bağlayıcı insan hakları yükümlülükleri bulunmamaktadır; aynı şekilde yatırım anlaşmaları da yabancı yatırımcıya yönelik bağlayıcı insan hakları yükümlülükleri getirmemektedir. Ancak yabancı yatırımcının yatırım yaptığı devlette ulusal hukuk kurallarına uygun faaliyet göstermesi gerekmektedir. Bu bağlamda yabancı yatırımcı ev sahibi devlette insan haklarını koruyan ulusal hukuk normlarını ihlal edebilir ve yatırımcının ulusal hukuka aykırılık teşkil eden bu fiili, yatırım tahkiminde devlet tarafından ya bir savunma olarak ya da bir karşı dava açılarak ileri sürülebilir.

Bu bölümde yatırım tahkimindeki usuli aşamalara göre bir değerlendirme yapılmıştır. Bölümün ilk başlığı yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik incelemesine ayrılmıştır. Bu aşamanın somutlaşabilmesini yatırım anlaşmalarında yer alan ev sahibi devletin hukukuna uygunluk hükümleri sağlamaktadır. Yatırım anlaşmalarında yatırımın tanımında yahut bağımsız bir hüküm olarak karşımıza çıkabilen ev sahibi devletin hukukuna uygunluk hükümleri, yabancı yatırımın ev sahibi devletin ulusal hukukuna uygun olarak yapılmasını sağlamak amacını gütmektedir. Hakem heyetleri ev sahibi devletin hukukuna uygun yapılmayan bir yatırım söz konusu olduğunda yargı yetkilerinin olmadığına karar verebilmektedir. Zira böyle bir yatırım ev sahibi devletin tahkime rızasının kapsamında olmadığı için yatırım anlaşmasının verdiği korumadan yararlanamamaktadır. Bu bağlamda ayrıca kabul edilebilirlik kurumu da gündeme gelmektedir. Çalışmamızda detaylı olarak üzerinde duracağımız gibi, doktrinde ev sahibi devletin hukukuna aykırı bir yatırım söz konusu olduğunda, eğer bu hukuka aykırılık yatırım teşkil eden bir malvarlığı değerinin iktisabını etkilememişse burada artık hakem heyetlerinin kabul edilebilirlik incelemesi yapması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu bakımdan değinilmesi gereken diğer bir önemli nokta yatırımcının hukuka aykırı fiilini işlediği zaman dilimine ilişkindir. Buna göre ev sahibi devletin hukukuna uygunluk hükümlerinin zamansal kapsamının yatırımın yapıldığı zaman dilimi olduğu vurgulanmalıdır. Yani yabancı yatırımcı daha başlangıçta ev sahibi devletin hukukunu ihlal ederse, bu -bazı istisnalar saklı olmak üzere- yargı yetkisine ilişkin bir mesele olacaktır. Ancak eğer yabancı yatırımcı hukuka uygun bir yatırım yaptıktan sonra hukuka aykırı bir fiil işlerse, bu fiil esas aşamasında veya tazminat aşamasında değerlendirilecektir.

Günümüzde çoğu devlet uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini kendi ulusal hukuk düzenine entegre etmiş durumdadır. Böylece yabancı yatırımcı yatırımını yaparken ev sahibi devlette insan haklarını koruyan bir ulusal hukuk normunu ihlal ederse, yatırımcının bu fiili tahkimde yargı yetkisi veya

kabul edilebilirlik incelemesine konu edilebilir. Ancak bu sonuca varmamız bakımından doktrinde vurgulanan diğer bir nokta söz konusu ihlalin ciddi (*major*) olması gerektiğine ilişkindir. Buna karşılık küçük çaplı (*minor*) ihlaller ise tahkimde esas aşamasında veya tazminat aşamasında değerlendirilebilir.

Yatırımcının hukuka uygun yaptığı bir yatırımdan sonra işlediği hukuka aykırı fiiller tahkimde esas aşamasında veya tazminat aşamasında incelenebilir. Yabancı yatırımcı ev sahibi devlette insan haklarını koruyan bir ulusal hukuk normunu ihlal ederse, devlet uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri gereğince yatırımcıya bir yaptırım uygulamak zorunda kalabilir. Devletin yatırımcıya uyguladığı bu yaptırım, yatırım anlaşması hükümlerini ihlal eder nitelikte olursa, yatırımcı ev sahibi devlet aleyhine tahkimde dava açabilir. Devlet ise tahkimde insan hakları yükümlülüklerini bir savunma argümanı olarak ileri sürebilir. İşte bu noktada hakem heyetlerinin nasıl bir karar vermesi gerektiği çalışmamızda tartışılmıştır. Benzer koşulların gündeme geldiği daha önceki bazı davalarda, hakem heyetleri, devletlerin insan hakları hukukuna ilişkin savunmalarını dinlemek bakımından gönülsüz davranmıştır. Halbuki uluslararası andlaşmalar olan yatırım anlaşmaları uluslararası hukuktan izole edilerek yorumlanmamalıdır. Bu bağlamda yatırım anlaşmalarında yer alan uygulanacak hukuk hükümlerine göre yahut taraflar böyle bir hukuk seçimi yapmadığında başvurulabilecek olan ICSID Konvansiyonu'nun 42. maddesine göre insan hakları hukuku uluslararası hukukun ya da ulusal hukukun bir parçası olarak hakem heyetlerinin huzuruna gelebilir. Ayrıca Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31/3/c bendinde düzenlenen sistemik entegrasyon prensibi gereğince de, hakem heyetleri ilgili yatırım anlaşmasını uluslararası insan hakları hukuku hükümlerini dikkate alarak yorumlayabilir. Bu aşamadan sonra hakem heyetleri "ölçülülük" incelemesi yapacaktır. Eğer devletin yatırımcıya uyguladığı yaptırım somut olay bakımından ölçülü ise burada artık devletin ilgili yatırım anlaşmasını ihlal etmediği sonucuna ulaşabilecektir. Ancak eğer devletin yatırımcıya uyguladığı yaptırım ölçüsüz bir yaptırım ise burada artık tazminatın mahsup edilmesi söz konusu olabilecektir.

Yatırımcı ev sahibi devlette insan haklarını koruyan bir ulusal hukuk normunu ihlal ederek, devleti kendisine karşı bir yaptırım uygulaması için tetiklemiştir. Yani devletin fiili yatırımcının fiiline karşılık ölçüsüz ve fakat neden-sonuç ilişkisi içindedir. İşte burada karşımıza "müterafik kusur" kavramı çıkmaktadır. Yabancı yatırımcı kendi kusuruyla zararının oluşmasına sebebiyet verdiği için yatırımcının bu kusuru tazminat miktarı hesaplanırken dikkate alınabilir ve tazminatın miktarı yatırımcının kusuru oranında mahsup edilebilir.

Çalışmamızda devamında karşı dava kurumu incelenmiştir. Burada devlet kendisine karşı açılan tahkim davasına bir karşı dava açarak, yatırımcının insan hakları ihlali işlediğini ileri sürebilir. Karşı dava yatırım tahkiminde sıklıkla başvurulmuş bir prosedür değildir ancak ICSID Konvansiyonu, ICSID Tahkim Kuralları ve UNCITRAL Tahkim Kuralları karşı dava açılmasına belirli şartlar dahilinde izin vermektedir. ICSID Konvansiyonu'nda öngörülen şartlar; tarafların karşı dava açılmasına ilişkin rızalarının olması, hakem heyetinin karşı dava üzerinde yargı yetkisinin olması ve karşı davanın doğrudan mevcut uyuşmazlığın konusundan kaynaklanması gerekliliğidir. Dolayısıyla bu şartlar gerçekleştiğinde devlet insan hakları ihlali iddiasıyla bir karşı dava açabilir. Ancak karşı dava haliyle yatırımcının sahip olduğu bir yükümlülüğün ihlali ile ilgili olmalıdır. Yani karşı davanın normatif bir temeli olması gerekir. Çalışmamızda bu normatif temelin ne olacağına cevap

aramak üzere *Urbaser v. Arjantin* kararını inceledik. Ancak yatırımcının uluslararası hukuk bakımından insan hakları yükümlülüğünün olduğuna hükmedilen bu karar bazı hukuki hatalar barındırmaktadır. Sonuç olarak devletin yatırımcının insan hakları ihlali bulduğu iddiasıyla açtığı karşı davanın normatif temelinde ev sahibi devletin insan haklarını koruyan ulusal hukuk normları yahut yatırımcıya insan hakları yükümlülüğü getiren bir yatırım anlaşması olabilir. Ayrıca yatırımcıya bağlayıcı yükümlülükler getiren *jus cogens* niteliğe sahip bir kuralın ihlali iddiası da gene karşı davanın normatif temelini oluşturabilir.

Çalışmamızda “Uluslararası Yatırım Hukukundaki Güncel Gelişmeler” başlıklı ikinci bölümde uluslararası yatırım hukukunun içinden geçtiği değişim süreci incelenmiştir. Bugüne kadar yatırım anlaşmaları sadece yabancı yatırımın korunması amacıyla hazırlanmıştır. Ancak artık devletin düzenleme hakkına, insan haklarına, çevrenin korunmasına, kısaca yatırım-dışı konulara vurgu yapan yatırım anlaşmalarının imzalanmaya başladığını görmekteyiz. “Uluslararası Yatırım Hukuku Anlaşma Yapım Pratiğinde Yaşanan Güncel Gelişmeler” başlıklı bölümde bu değişim süreci genel olarak incelenmiştir. “Yatırım Anlaşmalarına Yatırımcıların İnsan Hakları Yükümlülüğüne İlişkin Hükümlerin Eklenmesi” başlıklı bölümde ise yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümlere yer veren, seçtiğimiz bazı yatırım anlaşmaları detaylı bir incelemeye tabi tutulmuştur.

Bu kapsamda yatırım anlaşmalarını yatırımcıya dolaylı insan hakları yükümlülükleri getiren anlaşmalar ve yatırımcıya doğrudan insan hakları yükümlülükleri getiren anlaşmalar şeklinde iki ana başlık altında inceledik. Yatırımcıya dolaylı insan hakları yükümlülükleri getiren yatırım anlaşmalarında, klasik insan hakları hukuku anlayışına uygun olarak yükümlülükler devletlere tanınmış ve devletlerin yatırımcıyı insan hakları hukukuna saygılı olarak faaliyet göstermesi için teşvik etmesi gereği düzenlenmiştir. Yatırımcıya doğrudan insan hakları yükümlülükleri getiren yatırım anlaşmalarında ise yatırımcıya doğrudan insan hakları yükümlülükleri tanınmaktadır.

Ancak bu yatırım anlaşmalarının çoğu yatırımcıya bağlayıcı nitelikte yükümlülükler getirmemektedir. Sadece yatırımcıyı insan haklarına saygılı bir yatırım faaliyeti için teşvik etmektedir. Yatırımcıya bağlayıcı ve icra edilebilir nitelikte insan hakları yükümlülükleri getirilmesi uluslararası yatırım hukuku açısından oldukça radikal bir gelişme olacaktır. Dolayısıyla böyle bir gelişmenin bir anda gerçekleşmesi beklenmemelidir. Yatırımcıya bağlayıcı nitelikte olmasa dahi insan hakları yükümlülükleri getiren yatırım anlaşmaları uluslararası hukukta yaşanan bir evrim sürecine işaret etmektedir ve bu açıdan özellikle incelenmeye değerdir. Ayrıca Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin andlaşma yorum kurallarına göre bir uluslararası andlaşma yorumlanırken andlaşmanın tüm metni dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla yatırım anlaşmalarında yer verilen ve bağlayıcı nitelikte olmayan bu düzenlemeler hakem heyetleri tarafından yorum yoluyla dikkate alınabilir ve yatırım tahkiminde daha dengeli kararların verilmesini sağlayabilir.

GİRİŞ

Lanetlenenecek bir ruhu ve tekmelenecek bir bedeni olmayan şirketlerin vicdana sahip olmasını bekleyebilir miyiz?¹ Ve gerçekten de iş dünyasının yegâne sorumluluğu kârını yükseltmek midir?² Dünyamız küreselleşiyor ve küreselleşmenin politik yaklaşımı olarak neoliberalleşiyor.³ Artık karşımızda yadsınamayacak bir gerçek olarak çoğu devletten hem ekonomik hem de siyasi olarak daha güçlü olan çok uluslu şirketler duruyor. Peki şirketlerin adları her gün başka bir insan hakları ihlali ile birlikte anılırken, uluslararası insan hakları hukukunun tek yükümlünün devlet olduğuna dair temel paradigmasının sorgulamaya açılmasının zamanı artık gelmemiş midir?

Devlet-dışı aktörlerin, konumuz özelinde şirketlerin insan hakları yükümlülüğü şu anda dünyada oldukça popüler bir çalışma alanıdır. Üstelik salt akademik bir çevre ile sınırlı kalmayıp, sivil toplumda da çoğu kez yansıması görülebilmektedir. Dünyadaki bazı insan hakları kuruluşları bu konuda çalışmalar yapmakta ve kamuoyuna sürekli güncellenen içerikler sunmaktadır.⁴ Sosyal medyada *#bizhumanrights* etiketi ile her gün onlarca paylaşım yapıldığı görülmektedir. Hem akademinin hem de sivil toplumun konuya olan ilgisi son derece anlaşılabilir niteliktedir. Zira çok uluslu şirketler bugün pek çok vahim olaya sebebiyet vermekle suçlanmaktadır. Çocuk işçiliği, işçi hakları ihlalleri, zararlı kimyasal ürünler, çevrenin kirletilmesi ve daha da sayabileceğimiz pek çok örnek, şirketler için

¹ “*Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and nobody to be kicked?*”, Sözün Edward Thurlow tarafından söylendiği iddia edilmektedir.

² Milton Friedman, “The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits”, **The New York Times Magazine**, September 13, 1970, bkz. <http://umich.edu/~thecore/doc/Friedman.pdf> (erişim tarihi:19.02.2020).

³ Nihat Bulut, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, Yıl. 2009, ss.121-122.

⁴ Bu kapsamda Uluslararası Af Örgütü’nün (*Amnesty International*) web sitesi incelenebilir. Bkz. <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/corporate-accountability/> (erişim tarihi:16.02.2020).

bağlayıcı olan bir uluslararası mekanizmanın yokluğu gerçeği karşısında daha da trajik bir hal almaktadır.⁵

İnsan hakları hukuku temelinde bireyi devlete karşı koruma amacı ile geliştirilmiş olan bir hukuk alanıdır. Dolayısıyla insan hakları hukuku bakımından sorumluluk devlete aittir. Aşağıda daha detaylı inceleyeceğimiz gibi mevcut insan hakları hukuku rejimi bir devlet-dışı aktör olan şirketler için doğrudan ve bağlayıcı hukuki yükümlülükler düzenlememektedir.⁶ Ancak tez boyunca da sık sık değineceğimiz gibi çoğu devletten hem siyasi hem de ekonomik olarak daha güçlü olan çok uluslu şirket gerçeği insan hakları öğretisine dair bu temel kabulün sorgulanmasına yol açmıştır. Günümüz dünyası, devletin siyasi iktidarını başka aktörlerle paylaştığı bir dönemdir, dolayısıyla yapılması gereken yalnızca devlete içkin olan sorumlulukları bu yeni aktörlere de tanımaktır.⁷ Bunun sonucu olarak da, devlet-dışı aktörlerin insan hakları yükümlülüğü tartışılmaya ve bu alanda yeni uluslararası hukuk belgeleri tasarlanmaya başlanmıştır.

Andrew Clapham kitabında devlet-dışı aktörlerin insan hakları yükümlülükleri sorunsalını anlamada önemli olduğunu düşündüğü dört olguya, onun deyişiyle “fenomen”e, dikkat çekmiştir.⁸ Bunlardan ilki dünya ekonomisinin küreselleşmesidir; küreselleşme ile birlikte şirketlerin büyük gücü ve buna karşılık sebep oldukları insan hakları ihlallerindeki sınırlı sorumlulukları ortaya çıkmıştır.⁹

⁵ Bu kapsamda “Ogoni Dokuzlusu” olayı özellikle anılmalıdır. Nijerya’da yaşayan bir yerel halk olan Ogonililer bölgede petrol şirketlerinin faaliyet göstermesine karşı çıkmış daha sonra Nijerya Hükümeti tarafından dokuz Ogonili idam edilmiştir. Bu idamda Shell Petrol’ün de suç ortağı olduğuna ilişkin ciddi tartışmalar yapılmaktadır. Bkz. Uluslararası Af Örgütü, Nijerya: Ogoni’de dokuz aktivistin keyfi infazında suç ortağı olan Shell şirketi Hollanda’da yeni bir dava ile karşı karşıya, 3 Temmuz 2017, <https://www.amnesty.org.tr/icerik/nijerya-ogonide-dokuz-aktivistin-keyfi-infazinda-suc-ortagi-olan-shell-sirketi-hollandada-yeni-bir-dava-ile-karsi-karsiya> (erişim tarihi: 16.02.2020); “Activities carried out by corporations may also have a negative impact on the enjoyment of economic, social and cultural rights. Examples range from child labour and unsafe working conditions, restrictions on trade union rights and discrimination against female workers, to harmful impact on the right to health, the environment, the standard of living, the conditions for indigenous peoples and practices of corruption.”, Lone Wandahl Mouyal, **International Investment Law and the Right to Regulate A Human Rights Perspective**, Routledge Research in International Economic Law, 1. Baskı, New York, Routledge, 2016, ss.133-134; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Statement on the Obligations of States Parties Regarding the Corporate Sector and Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/2011/1, 12 July 2011, para. 1, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/715883#record-files-collapse-header> (erişim tarihi: 20.02.2020).

⁶ Zeynep Kivılcım, “Ulus-Aşırı Şirketler ve İnsan Hakları: Bakü-Tiflis- Ceyhan Boru Hattı Örneği”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Yıl. 2010, Cilt. 65, Sayı. 03, s.88.

⁷ İzzet Mert Ertan, **Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, Kasım 2012, s.217.

⁸ Andrew Clapham, **Human Rights Obligations of Non-State Actors**, United States, Oxford University Press, 2006, s.3.

⁹ A.g.e., s.3.

İkincisi özelleştirmedir; eğitim, sağlık, su ve kanalizasyon sistemleri gibi sektörlerdeki özelleştirmeler, bizleri insan hakları hukukunun özel sektöre de uygulanabilirliğini düşünmeye zorlamıştır.¹⁰ Üçüncüsü fragmantasyondur; devletlerin parçalanmasıyla ilgili iç silahlı çatışma durumlarındaki artış, devlet-dışı isyancı gruplar hakkında daha fazla talebe yol açmıştır ve bu talepler uluslararası insancıl hukukta kabul edilen asgari düzeyin ötesine geçebilmektedir.¹¹ Dördüncüsü de insan hakları hukukunun feminizasyonudur; buna göre bazı andlaşmalar devletlerin kadınları özel alanda da koruyacak önlemler almasını ve kadının haklarının hem kamusal hem de özel alanda garanti edilmesini gerektirir.¹²

Şirketlere bağlayıcı insan hakları yükümlülüğü getirilmesi konusunda sivil toplumda bir talebin olduğunu görebiliriz. Ancak devlet-dışı aktörlere bağlayıcı insan hakları yükümlülüklerinin getirilmesi tartışmalı bir meseledir. Zira bu talep aşağıda daha detaylı inceleyeceğimiz gibi insan hakları hukukunun devletin yegâne muhatap olduğuna dair temel paradigmasını değiştirmeye yönelmektedir ve aslında bu oldukça radikal bir değişiklik isteğidir. Devlet-dışı aktörlere bağlayıcı nitelikte insan hakları yükümlülükleri getirilmesine çeşitli açılardan karşı çıkan görüşler bulunmaktadır. Bir görüş insan hakları hukuku bakımından devletin merkezi bir yerde olduğunu ve devlet-dışı aktörlerin yükümlülüğünün kabul edilmesinin devletin bu konudaki otoritesini zedeleyerek insan hakları hukukuna zarar vereceğini savunmuştur.¹³

Şirketlerin insan hakları yükümlülüğünün değerlendirilmesi oldukça kapsamlı bir konudur. Nitekim biz de tezimizde konuyu yatırım hukuku bağlamında sınırlayarak bir inceleme yapacağız. Uluslararası yatırım hukuku uluslararası hukukun bir alanıdır. Dolayısıyla yatırımcının insan hakları yükümlülüğü bakımından yapılan bir araştırma her ne kadar yatırım hukuku bağlamında bir kapsam belirlemişse de, uluslararası hukuka da değinmesi gerekir. Diğer türlü bütünün bir parçasına bakılacak ancak o parçayı kapsamına alan –ve dolayısıyla sürekli etkisi altında tutan- bütün ihmal edilmiş olacaktır.

¹⁰ A.g.e., s.3.

¹¹ A.g.e., s.3.

¹² A.g.e., s.3.

¹³ A.g.e., s.25; Bu konudaki farklı yaklaşımlar ve kapsamlı tartışmalar için bkz. a.g.e., ss.25-58.

Uluslararası yatırım hukuku en geniş anlamıyla yabancı yatırımların korunması amacını güden bir hukuk dalıdır.¹⁴ Yatırım (*investment*), yatırımcı (*investor*), ev sahibi devlet (*host state*) ve yatırımcının kendi devleti yani uyrukluğunu taşıdığı devlet (*home state*) olmak üzere temelde dört ana unsurdan oluşmaktadır.¹⁵ Bu kapsamda yabancı yatırımcıyı kısaca ev sahibi devlette yatırım yapmış olan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlayabiliriz.¹⁶ Çalışmamızda yatırımcı ve şirket kavramlarını eş değer anlamda kullanacağız. Zaten yatırımcı ulusal şirket veya çok uluslu şirket ile ilgili değindiğimiz hususlar -yatırımcı gerçek kişi de bir devlet-dışı aktör olduğu için- yatırımcı gerçek kişi için de değişmemektedir. Ancak yatırımcı gerçek kişi için farklılık arz eden durumlar olduğunda bunlara özellikle değinilecektir.

Çalışmamız iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde bir devlet-dışı aktör olan yatırımcının insan hakları yükümlülüğü, mevcut hukuki çerçevede, hem uluslararası hukuk hem de uluslararası yatırım hukuku açısından incelenmiştir. İkinci bölümde ise uluslararası yatırım hukukunda yaşanan güncel gelişmeler değerlendirilmiştir. Özellikle yabancı yatırımcıya insan hakları yükümlülüğü getiren yatırım anlaşmaları arasından seçtiğimiz anlaşmalar detaylı bir incelemeye tabi tutulmuştur.

¹⁴ Ali Osman Karaoğlu, **Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2019, s.71.

¹⁵ Bilgin Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması**, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık, Temmuz 2003, s.9; Ali Osman Karaoğlu, **a.g.e.**, s.73.

¹⁶ Türkiye'nin en son imzaladığı ikili yatırım anlaşmalarından biri olan- 21.10.2018 tarihinde imzalanmıştır- Türkiye- Kamboçya ikili yatırım anlaşmasının tanımlar (*definitions*) başlıklı birinci maddesinin ikinci fıkrasında yatırımcı şu şekilde tanımlanmıştır. "*The term 'investor' means:*

(a) *natural persons having the nationality of a Contracting Party according to its laws,*

(b) *companies, corporations, firms, business partnerships incorporated or constituted under the law in force of a Contracting Party and having their registered offices together with substantial business activities in the territory of that Contracting Party, who have made an investment in the territory of the other Contracting Party.*", Anlaşmanın tam metni için bkz.

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5833/download>, (erişim tarihi: 16.02.2020).

I-YATIRIMCININ İNSAN HAKLARI YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAKIMINDAN MEVCUT DURUM

“Yatırımcının İnsan Hakları Yükümlülüğü Bakımından Mevcut Durum” başlıklı bu bölümde bir devlet-dışı aktör olan yatırımcının insan hakları yükümlülüğü mevcut pozitif hukuk açısından incelenecektir. Bu bölüm iki ana başlıktan oluşmaktadır. “Yatırımcının Uluslararası Hukuk Bakımından İnsan Hakları Yükümlülüğü” başlıklı A bölümünde yatırımcının insan hakları yükümlülüğü uluslararası hukuk bakımından incelenecektir. Bu kapsamda uluslararası hukukun kaynakları temel alınarak bir inceleme yapılacaktır. “Yatırımcının Yatırım Hukuku Bakımından İnsan Hakları Yükümlülüğü” başlıklı B bölümünde ise yatırımcının insan hakları yükümlülüğü yatırım hukuku özelinde incelenecektir. Yatırım hukukunun temel kaynakları olan yatırım anlaşmaları da yatırımcıya bağlayıcı nitelikte insan hakları yükümlülükleri tanımamaktadır. Bu çerçevede, ev sahibi devlette bir insan hakları ihlaline sebebiyet vermiş olan yatırımcının bu fiilinin, yatırım tahkiminde nasıl bir karşılık bulacağı sorusu, yatırım tahkimindeki usuli aşamalara göre incelenecektir.

A-Yatırımcının Uluslararası Hukuk Bakımından İnsan Hakları Yükümlülüğü

Uluslararası yatırım hukukunda yatırımcının insan hakları yükümlülüğü konusunu inceleyen çalışmamızın odak noktası uluslararası yatırım hukukudur. Ancak uluslararası yatırım hukuku uluslararası hukukun bir alanıdır, dolayısıyla devlet-dışı aktörlerin insan hakları yükümlülüğü hakkında uluslararası hukuk bakımından da bir değerlendirme yapılması gerekir. Zira diğer türlü, yukarıda da belirttiğimiz gibi, konunun anlaşılması bakımından çeşitli sorunlar doğabilir. Bu yüzden çalışmamızda devlet-dışı aktörlerin insan hakları yükümlülüğü hakkında

uluslararası hukukun genelini görmeye yarayacak olan özet bilgilere yer verilecek ancak kapsamlı bir inceleme yatırım hukuku bağlamında yürütülecektir.

Uluslararası hukukun resmi olarak kabul edilen kaynakları Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde¹⁷ yer almaktadır.¹⁸ Bu maddede uluslararası hukukun kaynakları olarak uluslararası andlaşmalar, uluslararası teamül hukuku ve hukukun genel ilkeleri sayılmıştır. Madde devamında yardımcı kaynakları (*subsidiary means*) belirtmiştir ve yardımcı kaynaklar mahkeme kararları ve doktrinden oluşmaktadır. Ancak bu madde uluslararası hukukun tüm kaynaklarını saymak amacını gütmemekte, sadece Uluslararası Adalet Divanı'nın karar verirken dikkate alması gereken kaynakları belirtmektedir.¹⁹ Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında, eğer taraflar anlaşırse Uluslararası Adalet Divanı'nın maddede belirtilenlerden başka kaynakları da dikkate alabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla uluslararası hukukun kaynakları bu maddede sayılanlardan ibaret değildir. Bu çerçevede Malcolm N. Shaw tarafından uluslararası hukukun diğer kaynakları bahsinde, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun konumuna değinilmiştir.²⁰ Komisyon tarafından hazırlanan andlaşma taslakları, raporlar ve diğer çalışmalar yazara göre uluslararası hukukun diğer kaynakları arasındadır.²¹ Yazar devamında UNCITRAL, UNCTAD, ILO gibi diğer uluslararası kuruluşların bildirimleri ve diğer çalışmalarının da uluslararası hukukun gelişimindeki önemine dikkat çekmiştir.²² Yazar son olarak devletlerin tek taraflı işlemlerinin (*unilateral acts*) de bazı durumlarda uluslararası yasal yükümlülükler doğurabileceğini belirtmiştir.²³

İnsan hakları hukuku uluslararası hukukun bir alanıdır. Dolayısıyla şirketlerin insan hakları yükümlülüğü bakımından yapılacak bir inceleme,

¹⁷ "1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a.international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b.international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c.the general principles of law recognized by civilized nations; d.subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.", Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün İngilizce metni için bkz. <https://www.icj-cij.org/en/statute> (erişim tarihi: 17.02.2020).

¹⁸ James Crawford, **Brownlie's Principles of Public International Law**, 9. Baskı, United Kingdom, Oxford University Press, 2019, s.18.

¹⁹ Malcolm N. Shaw, **International Law**, 8. Baskı, United Kingdom, Cambridge University Press, 2017, s.52.

²⁰ A.g.e., s.89.

²¹ A.g.e., ss.89-90.

²² A.g.e., s.90.

²³ A.g.e., s.90.

uluslararası hukukun kaynaklarını kapsar. Şirketlerin insan hakları yükümlülüğünün incelenmesine ilişkin bahsin genel olarak geniş bir alana yayıldığını söyleyebiliriz.²⁴ Ancak ne var ki, bu kaynakların hepsi şirketlerin insan hakları yükümlülüğü konusunda belirsiz ve bağlayıcı olmayan düzenlemelere yer vermektedir.²⁵ Şimdi bu başlık altında, uluslararası insan hakları hukukunun çalışmamız kapsamında önemli olan kaynaklarına göre daha detaylı bir inceleme yapıp; şirketlerin insan hakları yükümlülüğü konusunda bazı çıkarımlarda bulunacağız.

1-Uluslararası İnsan Hakları Andlaşmaları

İnsan hakları hukukunda bir tarafta insan haklarının “özneleri” yani “yararlanıcıları” diğer tarafta ise “muhatapları” yani “yükümlülükleri” yer alır.²⁶ Uluslararası insan hakları hukukunun en temel kaynaklarından birisi olan uluslararası insan hakları andlaşmaları ise devlet ve birey temelli bir düzenleme yapmaktadır. Yani mevcut insan hakları andlaşmaları yasal olarak bağlayıcı olan yükümlülükleri devletlere tanımaktadır.²⁷ İnsan hakları hukukuna ilişkin yükümlülüklerin devletler üzerinde olması ise insan hakları hukukunun teorik ve tarihsel gelişimi ile bağlantılıdır. “Özellikle demokratik rejimlerde insan hakları öğretisi hem devlet iktidarını sınırlandırmakta, hem de devletin varlık nedenini ve amaçlarını belirlemektedir.”²⁸ Nitekim ulusalüstü insan hakları hukukunun karakteristik özelliklerinden biri olarak “devletin merkezi konumu” na değinen Semih Gemalmaz, insan hakları hukukunu “özünde devlet erkini sınırlama manzumesi” olarak tanımlamıştır.²⁹

²⁴ David Kinley, Junko Tadaki, “From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law”, *Virginia Journal of International Law*, Yıl. 2004, Vol. 44, No. 4, s.948.

²⁵ A.g.e., s.948.

²⁶ Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ekim 2018, s.185.

²⁷ Edward John Guntrip, *The ‘De-Fragmentation’ of International Investment Law And International Human Rights Law: A Procedural Basis For A Host State Human Rights Defence in ICSID Arbitration*, Brunei University School of Law Ph.D. Thesis, Ağustos 2013, s.171.

²⁸ Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, 3. Baskıdan 4. Tıpkı Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2017, s.477.

²⁹ Mehmet Semih Gemalmaz, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yıl. 1990, No.18, ss.159-160.

Uluslararası insan hakları hukuku andlaşmalarının devletlere verdiği yükümlülükler temel olarak üç grupta incelenir.³⁰ Bunlar saygı yükümlülüğü (*respect*), koruma yükümlülüğü (*protect*) ve son olarak da andlaşmalarda yer alan hakları gerçekleştirme yükümlülüğüdür (*fulfil*).³¹ Saygı yükümlülüğü devlete negatif bir yükümlülük yükler ve devletlerin ilgili hak ve özgürlüklerin kullanılmasına müdahale etmemesini gerektirir.³² Koruma ve gerçekleştirme yükümlülüğü ise saygı yükümlülüğünden farklı bir mahiyete sahiptir ve devletlere pozitif yükümlülükler yükler.³³ Pozitif yükümlülükler devletlerin bir edimde bulunmasını gerektirir dolayısıyla devletlerin yapmaları gerekeni yapmamaları durumu yani hareketsiz kalmaları sorumluluklarının doğmasına yol açar.³⁴

İnsan hakları hukukunun bireyi devlete karşı koruma amacı ile gelişmiş olan bir hukuk dalı olduğuna değindik ancak zamanla insan hakları ihlallerinin sadece devlet tarafından gerçekleştirilmediği, devlet-dışı aktörlerin de buna sebep olabileceği görüldü. İnsan hakları ihlallerine özel kişilerin de sebebiyet verebileceği gerçeği insan haklarının dikey etkisi ve yatay etkisi kavramları kapsamında incelenmektedir. Dikey etki klasik insan hakları hukuku anlayışına uygun düşmektedir ve devlet ile birey arasındaki insan hakları uyumsuzluklarını ifade eder.³⁵ Ancak insan haklarının yatay etkisi³⁶ bireyler arasındaki insan hakları uyumsuzluklarını kapsamına almaktadır.³⁷ Bu bağlamda insan haklarının yatay etkisi kavramı her bireyin sadece insan olduğu için sahip olduğu, devredilmez, vazgeçilmez ve dokunulmaz hakları nosyonu ile uyum içindedir.

Ancak buradaki önemli detay, Oya Boyar tarafından da ifade edildiği gibi, şudur ki; mevcut uluslararası insan hakları hukuku sistemine göre insan haklarının yatay etkisi, bireylerin birbirleri aleyhinde insan hakları ihlali iddiasında bulunması

³⁰ Bu konu hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Olivier De Schutter, **International Human Rights Law Cases, Materials, Commentary**, 3. Baskı, United Kingdom, Cambridge University Press, Eylül 2019, ss.291-607.

³¹ **A.g.e.**

³² Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Editör Sibel İnceoğlu, Tıpkı 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, Ekim 2013, ss.54-55.

³³ Bu ayrımın temelinde Georg Jellinek’in yaptığı pasif statü, negatif statü, pozitif statü ve aktif statü sınıflandırması yatmaktadır. Daha detaylı bilgi için bkz. Birden Güngören Bulgan, **Georg Jellinek’in Hak ve Devlet Kuramı**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Şubat 2020, ss.44-55.

³⁴ Oya Boyar, **a.g.e.**, ss.54-55.

³⁵ Kemal Gözler, **a.g.e.**, s.189.

³⁶ İnsan haklarının yatay etkisi (*Drittwirkung*) Alman Hukuku kökenli bir kavram olup üzerinde farklı yaklaşımlar söz konusudur. Daha detaylı bilgi için bkz. Oya Boyar, **a.g.e.**, ss.56-60.

³⁷ Oya Boyar, **a.g.e.**, s.56.

demek değildir.³⁸ İnsan hakları ihlali iddiası her zaman devlet aleyhine olur.³⁹ Ancak devlet, bireylerin insan hakları ihlaline sebebiyet vermesi durumunda; koruma ve gerçekleştirme yükümlüğü kapsamında olan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmede için sorumlu olmaktadır.⁴⁰ İnsan haklarının dikey etkisinde yani devlet tüzel kişiliğine bağlı organlar tarafından işlenen ihlallerde devlet “doğrudan” sorumludur.⁴¹ Ancak ihlale bir özel kişi tarafından sebebiyet verildiği durumlarda, devlet üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmemişse bu sefer “dolaylı” olarak sorumlu olacaktır.⁴²

Nitekim AIHS’in “İnsan haklarına saygı yükümlülüğü” başlıklı birinci maddesi; “Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar” düzenlemesine yer vermiştir.⁴³ Böylece üye devletler kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin sözleşmede yer verilen hak ve özgürlüklerini sağlamakla yükümlü tutulmuştur.⁴⁴

Devletin insan haklarının korunması ve gerçekleştirilmesi için sorumlu olduğu pozitif yükümlülüklerinin kapsamı oldukça geniştir ve aslında her olay bakımından somut bir incelemeyi gerektirir. Ancak gene de bu yükümlülükleri bir tasnife tabi tutmak mümkündür. İlk olarak devletin bireyin haklarının bir üçüncü kişi tarafından çiğnenmesini önlemek için “önleyici tedbirler alma yükümlülüğü”

³⁸ Oya Boyar, **a.g.e.**, s.60.

³⁹ **A.g.e.**, s.60.

⁴⁰ **A.g.e.**, s.60.

⁴¹ **A.g.e.**, s.60.

⁴² **A.g.e.**, s.61.

⁴³ AIHS’in Türkçe çevirisi için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim tarihi:19.02.2020); Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerinin İçeriği başlıklı Genel Yorumu’nda Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin ikinci maddesi ve yatay etki ile ilgili takip eden tespitleri yapmıştır. “2. maddenin, 1. paragrafında belirtilen yükümlülükler taraf Devletleri bağlayıcıdır. Ancak, uluslararası hukukun yansıması olarak doğrudan yatay bir etkiye sahip değildir. Sözleşme, ulusal ceza hukuku veya medeni hukuk yerine geçecek şekilde yorumlanmamalıdır. Ancak, taraf Devletler Sözleşme’deki hakları sadece bireylerin Sözleşme’deki haklarının Devlet organları tarafından ihlali karşısında değil aynı zamanda Sözleşme uygulanabildiği ölçüde gerçek ve tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilen ihlallere karşı da güvence altına almalıdır. 2. maddede öngörüldüğü şekilde Sözleşme haklarının güvence altına alınması yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, taraf Devletlerin gerçek veya tüzel kişilerin eylemlerini engelleyememe, cezalandıramama, soruşturmama, oluşan zararları telafi etmeme şeklindeki hak ihlallerine neden olabilir...”, Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerinin İçeriği, Genel Yorum No. 31, 80. Oturum, 2004; Genel Yorum’un Türkçe çevirisi Lema Uyar’a aittir. Derleyen ve Metinleri Çeviren Lema Uyar, **Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006**, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Eylül 2006, s.118.

⁴⁴ Oya Boyar, **a.g.e.**, s.61.

bulunmaktadır.⁴⁵ “Bu yükümlülüğün kapsamına; yasal, idari, mali, yargısal, eğitsel ve kültürel nitelikli birtakım tedbirlerin alınması hususları girmektedir.”⁴⁶ Ancak eğer bireyin hakları üçüncü kişi tarafından zaten çiğnenmişse, bu sefer devletin “düzeltici tedbirler alma yükümlülüğü” bulunmaktadır.⁴⁷ “Düzeltici tedbirler, hak ihlali gerçekleştirildikten sonra ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıran ve ihlali gerçekleştiren kişilere yönelik yaptırım içeren tedbirlerdir.”⁴⁸ Bu tür tedbirler kapsamında yargısal ve yargı dışı yollara (idari ve siyasi başvuru) başvurulabilir.”⁴⁹

Devletlerin üçüncü kişiler tarafından sebebiyet verilen insan hakları ihlallerinden doğan dolaylı sorumluluğuna ilişkin AİHM’in önemli bir içtihatı bulunmaktadır. AİHM devletlerin sadece insan haklarına saygı göstermek bakımından negatif bir yükümlülüğünün bulunmadığını ancak aynı zamanda bu hakların korunması veya gerçekleştirilmesi için pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğunu çeşitli kararlarında vurgulamıştır.⁵⁰ Bu bağlamda *X ve Y-Hollanda* kararını incelenebilir.⁵¹ Kararda mahkeme “Pozitif yükümlülükler, kişiler arasındaki ilişkilere varıncaya kadar özel yaşama saygıyı amaçlayan bir dizi önlemin alınmasını gerektirebilir”⁵² demiştir ve akabinde AİHS’in 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵³

İnsan haklarının yatay etkisine ve devletin gerekli pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesinden doğan dolaylı sorumluluğuna ilişkin karar örneklerine diğer insan hakları mahkemelerinin kararlarında da rastlamak mümkündür. Bu noktada yıllardır petrol çıkarma faaliyeti adı altında Nijerya’da büyük bir çevre felaketine yol açtığı iddia edilen Shell Petrol’le ilgili Afrika İnsan ve Halkların Hakları

⁴⁵ Reyhan Sunay, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl. 2015, Cilt. 23, Sayı. 1, s.31.

⁴⁶ Reyhan Sunay, **a.g.e.**, s.31.

⁴⁷ Reyhan Sunay, **a.g.e.**, s.40.

⁴⁸ Reyhan Sunay, **a.g.e.**, s.40; Abdurrahman Eren, **Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü**, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, Ocak 2007, s.141.

⁴⁹ Reyhan Sunay, **a.g.e.**, s.40.

⁵⁰ Reyhan Sunay, **a.g.e.**, s.29; Oya Boyar, **a.g.e.**, s.62.

⁵¹ Kararda bahsi geçen olayda 16 yaşındaki Y zihinsel engellidir. Zihinsel engellilere yönelik özel bir yurtta kalırken, yurt müdiresinin damadının tecavüzüne uğramıştır. Ülkenin kanunlarına göre ceza muhakemesi sürecinin başlaması için yaşı gereği Y’nin bizzat şikayette bulunması gerekmektedir. Ancak Y zihinsel engeli nedeniyle şikayette bulunmamış ve yerine babası şikayette bulunmuştur. Y şikayette bulunmadığı için savcı iki yıl boyunca aynı suçun işlenmemesi kaydıyla tecavüz eden kişi için takipsizlik kararı vermiştir., *X and Y v. Netherlands*, Appl. No. 8978/80, 26.03.1985, paras. 7-13.

⁵² Çeviri Oya Boyar’a aittir. Oya Boyar, **a.g.e.**, s.63; *X and Y v. Netherlands*, para. 23.

⁵³ *X and Y v. Netherlands*, para. 30.

Komisyonu⁵⁴ tarafından verilen karar⁵⁵ incelenebilir. İddialara göre Shell Petrol tarafından yıllardır petrol çıkarılan Nijer Deltası'nda petrol sızıntıları yüzünden su kaynakları kirlenmiş, bölge halkının geçim kaynağı balıkçılık olmasına rağmen çoğu balık türü yok olmuş ve tarım alanları da zarar görmüştür.⁵⁶ Şu anda Nijer Deltası “dünyada petrolden en ciddi şekilde etkilenen ekosistemlerden biri” olarak görülmektedir.⁵⁷

Afrika Komisyonu Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'na⁵⁸ dayanarak yaptığı yargılamada 2001 yılında kararını vermiştir. On altı sayfalık nispeten kısa bir karar olmasına rağmen kararda insan hakları hukuku açısından temel noktalara değinilmiş ve aradan neredeyse yirmi sene geçmiş olmasına rağmen hala güncelliğini koruyan meseleler tartışılmıştır. Kararda yukarıda hakkında detaylı bilgi verdiğimiz *X ve Y-Hollanda* kararına da atıf yapılarak devletlerin insan haklarının üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesini önlemek bakımından pozitif yükümlülüğe sahip olduklarına değinilmiştir.⁵⁹ Ancak Nijerya Hükümeti'nin bu yükümlülüklerine rağmen Ogoni halkının refahının (*well-being*) tahrip edilmesi için özel kişilere, özellikle de petrol şirketlerine yeşil ışık verdiği (*give the green light*) tespit edilmiştir.⁶⁰ Afrika Komisyonu kararda çok sayıda hak ihlali tespit etmiştir.⁶¹ Afrika Şartı'nın 16. maddesine dayanarak sağlık hakkı, 24. maddesine dayanarak “insanların gelişmesine olanak veren genel doyurucu bir çevre hakkı”⁶² ve Afrika Şartı'nın 4., 16. ve 22. maddelerine dayanarak Afrika Şartı'nda dolaylı olarak yer

⁵⁴ Bundan sonra kısaca Afrika Komisyonu olarak anılacaktır.

⁵⁵ *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, African Commission on Human and Peoples' Rights Communication No. 155/96 (2001).

⁵⁶ Amnesty International, **Nigeria: Petroleum, Pollution and Poverty in The Niger Delta**, United Kingdom, Amnesty International Publications, 2009, ss. 14-39, bkz. <https://www.amnesty.org/en/documents/AFR44/017/2009/en/> (erişim tarihi:12.06.2020).

⁵⁷ **A.g.e.**, s.14.

⁵⁸ Bundan sonra kısaca Afrika Şartı olarak anılacaktır.

⁵⁹ “*In that case, the Court pronounced that there was an obligation on authorities to take steps to make sure that the enjoyment of the rights is not interfered with by any other private person.*”, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, para.57.

⁶⁰ *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, para. 58.

⁶¹ “*Finds the Federal Republic of Nigeria in violation of Articles 2, 4, 14, 16, 18(1), 21 and 24 of the African Charter on Human and Peoples' Rights...*”, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*.

⁶² Çeviri Mehmet Semih Gemalmaz'a aittir., Mehmet Semih Gemalmaz, “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Üzerine Düşünceler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl. 1987, Cilt.7, Sayı.2, s.137.

aldığını tespit ettiği⁶³ beslenme hakkı, karara göre ihlal edilen haklar arasındadır. Sonucunda, kararda Nijerya'nın insan hakları hukukuna ilişkin üç temel yükümlülüğünü de –saygı göstermek, korumak ve gerçekleştirmek- ihlal ettiği saptanmıştır.⁶⁴ Örneğin, beslenme hakkı ihlalinin değerlendirildiği paragrafta devletin bizzat kendi güvenlik güçleri aracılığıyla Ogonililerin yiyecek kaynaklarını tahrip ettiği ve özel petrol şirketlerine yiyecek kaynaklarını tahrip etmesi için izin verdiği ve ayrıca beslenmeye çalışan Ogonililer için engeller yarattığı tespit edilmiştir.⁶⁵

Sonuç olarak, uluslararası insan hakları andlaşmaları yükümlülükleri devletler üzerinde tanımaktadır. Devletin, vatandaşlarının insan haklarının devlet-dışı aktörler tarafından ihlal edilmesini önleme ve ihlal gerçekleşmişse de sonrasında düzeltici tedbirler alma ve bu tedbirleri uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır. Devlet-dışı aktörlerin faaliyetleri devletler tarafından çeşitli yollarla kontrol edilebilir ancak bu noktadaki en temel araç devletlerin ulusal hukuklarıdır.⁶⁶ Bu bakımdan gerçek veya tüzel kişi yatırımcının faaliyet gösterdiği ülkede o ülkenin ulusal hukukuna uygun davranma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁶⁷ Dolayısıyla burada devlet-dışı aktörler insan hakları andlaşmaları ile *dolaylı olarak bağlı* bulunmaktadır.⁶⁸ Yani uluslararası insan hakları hukukuna ilişkin yükümlülüklerini kendi iç hukuklarına entegre etmiş devletler bakımından, bir yatırımcı ulusal hukuka uygun davrandığında uluslararası insan hakları hukukunun gereklerine de uygun davranmış olmaktadır.⁶⁹ Ancak eğer devlet-dışı aktör bir insan hakları ihlaline sebebiyet verirse, bu sefer uluslararası insan hakları hukukuna göre sorumlu olan taraf, üzerine düşen pozitif yükümlülüğü yerine getirmediği/ getiremediği için devlettir.⁷⁰

Bu bağlamda son olarak Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 10 Ağustos 2017 tarihli ve 24 No'lu Genel Yorumu'na⁷¹ da

⁶³ *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, para. 64.

⁶⁴ Filip Balcerzak, **Investor – State Arbitration and Human Rights**, International Studies in Human Rights, Volume: 119, Brill | Nijhoff, 2017, s.63.

⁶⁵ *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, para. 66.

⁶⁶ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s. 173.

⁶⁷ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s. 173.

⁶⁸ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s. 173.

⁶⁹ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s. 173.

⁷⁰ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s. 173.

⁷¹ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 24 (2017) on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context

değirmek gerekir. Genel Yorum'da 13. Paragrafta, devletlerin insan hakları yükümlülükleri ile çatışacak herhangi bir ticaret veya yatırım anlaşması imzalamaması⁷² ve imzalayacakları ticaret veya yatırım anlaşmalarının da onların insan hakları yükümlülüklerine atıf yapan maddeler içermesi gereklilikleri⁷³ yer almıştır. Bu haliyle Genel Yorum da, yatırımcı için doğrudan ve bağlayıcı insan hakları yükümlülükleri düzenlememiş ve devletlerin bireyleri insan hakları ihlallerine karşı korumasına yönelik yükümlülüğünün altını çizmiştir.⁷⁴

2- Yumuşak Hukuk Belgeleri

Yumuşak hukuk (*soft law*) kavramı içeriği tartışmalı olmakla birlikte genellikle uluslararası kuruluşlarca alınan ve hukuken bağlayıcılığı olmayan kararları ifade etmektedir.⁷⁵ Yumuşak hukuk kuralları hukuken bağlayıcı olmamalarına rağmen, bağlayıcı olan kuralların gelişimine katkıda bulunabilir ve var olan bağlayıcı kuralların yorumlanmasında kullanılabilir.⁷⁶ İş dünyası ve insan haklarına (*Business and Human Rights*) ilişkin meselelerde yumuşak hukuk belgelerinin önemli bir yerde durduğunu görüyoruz. Çok uluslu şirketlerin faaliyetlerini düzenlemek amacıyla özellikle hükümetler arası örgütler tarafından kabul edilmiş olan çeşitli yumuşak hukuk belgeleri, yani gönüllü kılavuz ilkeler, deklarasyonlar, davranış kodları bulunmaktadır.⁷⁷

*“Özellikle uluslararası hukukun yeni gelişen alanlarında devletler gelecekte ne olacağını görene kadar beklemeyi tercih edip şimdilik yumuşak hukukla yetinebilirler.”*⁷⁸ Yumuşak hukukla ilgili yapılan bu saptama iş dünyası ve insan haklarına ilişkin meselelere de bire bir uyar mahiyettedir. Zira bu konudaki çalışmalara her ne kadar Birleşmiş Milletler tarafından 1970'lerde başlanmış olsa

of business activities, E/C.12/GC/24, 10 Ağustos 2017, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/1304491> (erişim tarihi: 01.05.2020).

⁷² “States parties should identify any potential conflict between their obligations under the Covenant and under trade or investment treaties, and refrain from entering into such treaties where such conflicts are found to exist, as required under the principle of the binding character of treaties.”

⁷³ “They are encouraged to insert, in future treaties, a provision explicitly referring to their human rights obligations...”

⁷⁴ Eric De Brabandere, “Human Rights and International Investment Law”, **Grotius Centre Working Paper Series**, No 2018/075-HRL-26 Mart 2018, s. 4, bkz. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3149387 (erişim tarihi: 02.05.2020).

⁷⁵ Yücel Acer, İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukuk İngilizce Özetli Ders Kitabı**, Birinci Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, Mart 2013, s.47.

⁷⁶ **A.g.e.**, s.48.

⁷⁷ David Kinley, Junko Tadaki, **a.g.e.**, s.949.

⁷⁸ Yücel Acer, İbrahim Kaya, **a.g.e.**, s.47.

da, çok uluslu şirketlerin insan hakları yükümlülüğüne sahip olması uluslararası hukuk ve insan hakları hukuku açısından nispeten yeni bir kavramdır. Dolayısıyla bu konuda bağlayıcı bir metin oluşturuluncaya kadar⁷⁹ çok uluslu şirketler ve insan hakları yükümlülüğü açısından yumuşak hukuk belgeleri önemini korumaya devam edecektir.

İş dünyası ve insan hakları konusunda öne çıkan yumuşak hukuk belgelerinin içeriği sadece şirketlerin insan hakları yükümlülüğü ile sınırlı olmayıp; aynı zamanda çevrenin korunması, işçi hakları, yolsuzlukla mücadele gibi şirketlerin adının birlikte anıldığı farklı alanları da kapsamaktadır. Bu da meseleyi iş dünyası ve insan hakları başlığından daha geniş kapsamlı bir başlığa yani kurumsal sosyal sorumluluk kavramına götürmektedir. Kurumsal sosyal sorumluluk oldukça tartışmalı bir kavramdır ve birden fazla tanıma ulaşmak mümkündür. Kurumsal sosyal sorumluluk çoğunlukla özel kuruluşları kast ederek kullanılmaktadır, dolayısıyla literatürde karşımıza genellikle “*şirket sosyal sorumluluğu*” (*corporate social responsibility*) kavramı çıkmaktadır.⁸⁰ “*Şirket sosyal sorumluluğu, şirketlerin işletme faaliyetlerinde sadece kendi özel çıkarlarını (karlarını) maksimize etmenin ötesinde işletme faaliyetlerinden doğrudan ve/veya dolaylı olarak etkilenen tüm menfaat sahiplerinin (stakeholders) çıkarlarının da dikkate alınması ve korunması anlamına gelir.*”⁸¹

Kurumsal sosyal sorumluluğa ilişkin yapılan neredeyse her tartışmada Milton Friedman⁸² tarafından yazılan makaleye atıf yapılır. Makalede neoliberal ideolojinin kurucu babası olarak kabul edilen Friedman, “*iş dünyasının sosyal sorumluluğu kârını yükseltmektir*”, demiştir.⁸³ Bu cümle “*Friedman ve havarilerinin*”⁸⁴ başını

⁷⁹ Çok uluslu şirketlerin insan hakları yükümlülüğü hakkında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından hali hazırda yürütülen bağlayıcı bir andlaşma hazırlığı bulunmaktadır. Bu konuya aşağıda daha detaylı değineceğiz.

⁸⁰ Coşkun Can Aktan, İstiklal Y. Vural, “Kurumsal Sosyal Sorumluluk (Uluslararası Kuruluşlar ve Hükümet-Dışı Organizasyonlar Tarafından Sürdürülen Başlıca Girişimler)”, **Çimento İşveren Dergisi**, Yıl. Mayıs-2007, Cilt. 21, Sayı. 3, s.4.

⁸¹ A.g.e., s.4.

⁸² “...Ortodoks Keynesyen iddia, 1950’ler ve 1960’lar boyunca süren politika aktivizmi karşısında monetarist bir “karşı-devrim” başlatan Milton Friedman tarafından güçlü bir şekilde reddedilmiştir.”, Brian Snowdon, Howard R. Vane, **Modern Makroekonomi Temelleri, Gelişimi ve Bugünü**, Çeviri Editörü Barış Kablamacı, İkinci Basım, Ankara, Efil Yayınevi, Mart 2020, s.193.

⁸³ Milton Friedman, “The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits”, **The New York Times Magazine**, September 13, 1970, bkz. <http://umich.edu/~thecore/doc/Friedman.pdf> (erişim tarihi:19.02.2020).

⁸⁴ Bu benzetme Yeni Keynesyen iktisatçı Joseph Stiglitz’e aittir. “Elbette, bütün ekonomistler serbest piyasa ekonomisi şenliğine katılmadı; hepsi Milton Friedman’ın havariliğini yapmadı. Yine de şaşırtıcı şekilde büyük kesimi bu yöne meyletti.”, Joseph E. Stiglitz, **Serbest Düşüş Amerika, Serbest**

çektiği neoliberal ideolojinin zihniyetini tüm berraklığıyla yansıtmaktadır ve bu zihniyet çok uluslu şirketleri kârını maksimize etmekten başka düşüncesi olmayan “patolojik kurum”lara⁸⁵ dönüştürmüştür. Şimdi çalışmamızda çok uluslu şirketlerin insan hakları yükümlülüğüne ilişkin olarak öne çıkan belli başlı yumuşak hukuk belgelerini inceleyeceğiz.

Çok uluslu şirketlerin insan hakları yükümlülüğüne ilişkin bağlayıcı bir belge hazırlığına Birleşmiş Milletler tarafından 1970’lerde başlanmış ve metin 1990’larda nihai şeklini almıştır.⁸⁶ Ulus-aşırı Şirketler için Davranış Kuralları (*Code of Conduct for Transnational Corporations*) ismini taşıyan metin gelişmiş ülkeler ve gelişmekte olan ülkelerin çeşitli noktalarda uzlaşamaması nedeniyle kabul edilmemiş ve bundan sonra Birleşmiş Milletler’in çalışmaları bağlayıcı olmayan metinler üzerine yoğunlaşmıştır.⁸⁷

1999 yılında Dünya Ekonomik Forumu’nda Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Kofi Annan’ın çağrısı üzerine Birleşmiş Milletler Küresel Paktı (*UN Global Compact*) kurulmuştur. Pakta insan hakları, çevrenin korunması, yolsuzlukla mücadele ve çalışma standartlarına ilişkin 10 ilkede uzlaşmıştır.⁸⁸ Bu ilkelere insan hakları bağlamında, şirketlerin ilan edilmiş insan haklarına saygı duyması, onları desteklemesi ve işlenen insan hakları ihlallerine iştirak etmemesi gerekliliği düzenlenmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütü (*International Labour Organization*) Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politikaya ilişkin İlkeler Üçlü Bildirgesi (*The Tripartite*

Piyasalar ve Dünya Ekonomisinin Çöküşü, Çeviren Emre Ozan, Birinci Baskı, İstanbul, Gündoğan Yayınları, Hiperlink Yayınları, Aralık 2012, s.373.

⁸⁵ Şirketler hakkındaki patolojik kurumlar benzetmesi Joel Bakan’a aittir. Bkz. Joel Bakan, **Şirket Kâr ve Güç Peşindeki Patolojik Kurum**, Çevirenler Rahmi G. Ögdül, Zeynep Demirsü, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2007; Bu kitap daha sonra “*The Corporation*” adıyla belgesel olarak izleyiciyle buluşmuştur.

⁸⁶ Zeynep Kıvılcım, **a.g.e.**, s.93.

⁸⁷ Zeynep Kıvılcım, **a.g.e.**, s.93.

⁸⁸ “İlke 1: İş dünyası, ilan edilmiş insan haklarını desteklemeli ve haklara saygı duymalı.

İlke 2: İş dünyası, insan hakları ihlallerinin suç ortağı olmamalı.

İlke 3: İş dünyası, çalışanların sendikalaşma ve toplu müzakere özgürlüğünü desteklemeli.

İlke 4: Zorla ve zorunlu işçi çalıştırma uygulamasına son verilmeli.

İlke 5: Her türlü çocuk işçi çalıştırılmasına son verilmeli.

İlke 6: İşe alım ve işe yerleştirmede ayrımcılığa son verilmeli.

İlke 7: İş dünyası, çevre sorunlarına karşı ihtiyati yaklaşımları desteklemeli.

İlke 8: Çevresel sorumluluğu artıracak her türlü faaliyete ve oluşuma destek vermeli.

İlke 9: Çevre dostu teknolojilerin gelişmesini ve yaygınlaşmasını desteklemeli.

İlke 10: İş dünyası, rüşvet ve haraç dahil her türlü yolsuzlukla savaşmalı.” Bkz. <https://www.globalcompactturkiye.org/10-ilke/> (erişim tarihi: 20.02.2020).

Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy) de önemli yumuşak hukuk belgeleri arasında yer almaktadır.⁸⁹ 1977 yılında kabul edilmiş ve şimdiye kadar farklı zamanlarda gözden geçirilmiştir. Bildirge çok uluslu şirketlere, hükümetlere ve işçi ve işveren örgütlerine yönelik uyulması tavsiye edilen istihdam ve çalışma koşulları hakkında ayrıntılı düzenlemeler içermektedir.⁹⁰

Çok uluslu şirketlerin sosyal sorumluluğu konusunda diğer önemli bir yumuşak hukuk belgesi ise Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Örgütü (*Organisation for Economic Co-operation and Development*) tarafından ilk kez 1976 yılında kabul edilen ve günümüze kadar birden fazla kez gözden geçirilen OECD Çok Uluslu Şirketler için Rehber İlkeler (*The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*)’dir.⁹¹ Rehber ilkeler insan hakları, işçi hakları, çevrenin korunması, vergilendirme gibi konularda tavsiye niteliğinde düzenlemelere yer vermiştir. İnsan hakları ile ilgili kapsamlı düzenlemelerin olduğu dördüncü bölümde özetle çok uluslu şirketlerin insan haklarına saygılı davranması yani başkalarının insan haklarını ihlal etmekten kaçınması gerekliliği düzenlenmiştir.⁹² Rehber ilkelerde insan hakları ile ilgili olan bölüm, nicel olarak çok yer kaplamasına rağmen belge hukuken bağlayıcı olmadığı için etkililikten yoksundur.

⁸⁹ Bildirgenin en son 2017 yılında değişikliğe uğramış İngilizce tam metni için bkz. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf (erişim tarihi: 20.02.2020).

⁹⁰ “*The MNE Declaration provides clear guidance on how enterprises can contribute through their operations worldwide to the realization of decent work. Its recommendations rooted in international labour standards reflect good practices for all enterprises but also highlight the role of government in stimulating good corporate behaviour as well as the crucial role of social dialogue.*” Guy Ryder, ILO Director-General, bkz. What is the ILO MNE Declaration?, https://www.ilo.org/empent/areas/mne-declaration/WCMS_570332/lang--en/index.htm (erişim tarihi: 20.02.2020); Zeynep Kıvılcım, **a.g.e.**, s.94.

⁹¹ Rehber ilkelerin en son 2011 yılında güncellenen İngilizce tam metni için bkz. <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf> (erişim tarihi: 20.02.2020).

⁹² “*States have the duty to protect human rights. Enterprises should, within the framework of internationally recognised human rights, the international human rights obligations of the countries in which they operate as well as relevant domestic laws and regulations: 1. Respect human rights, which means they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved. 2. Within the context of their own activities, avoid causing or contributing to adverse human rights impacts and address such impacts when they occur. 3. Seek ways to prevent or mitigate adverse human rights impacts that are directly linked to their business operations, products or services by a business relationship, even if they do not contribute to those impacts. 4. Have a policy commitment to respect human rights. 5. Carry out human rights due diligence as appropriate to their size, the nature and context of operations and the severity of the risks of adverse human rights impacts. 6. Provide for or co-operate through legitimate processes in the remediation of adverse human rights impacts where they identify that they have caused or contributed to these impacts.*”, bkz. <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf> (erişim tarihi: 20.02.2020).

Ancak OECD Çok Uluslu Şirketler için Rehber İlkeleri bakımından dikkat çekilmesi gereken önemli detay bünyesinde Ulusal Bağlantı Noktalarını (*National Contact Points*) barındırmasıdır. Ulusal Bağlantı Noktaları rehber ilkelere taraf olan her hükümetin kendisinin belirlediği temsilcisidir (*agency*).⁹³ Ulusal Bağlantı Noktaları rehber ilkelerin ihlali durumunda gerçek veya tüzel kişiler tarafından yapılan şikayetleri inceler.⁹⁴ Ancak ulusal bağlantı noktalarının verdikleri kararların hayata geçmesini sağlayan bir mekanizma bulunmamaktadır ve ayrıca çalışma prosedürlerine ilişkin olarak yeknesaklık söz konusu değildir.⁹⁵ Bu yüzden Ulusal Bağlantı Noktaları'nın rehber ilkelerin uygulanabilirliğini sağlamak noktasında etkili çalıştığını söylemek zordur.

Bu başlık altında son olarak 2011 tarihli, İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler Birleşmiş Milletler “Koruma, Saygı Gösterme ve Çare Bulma” Çerçevesinin Uygulanması (*Guiding Principles on Business and Human Rights Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*) metnini inceleyeceğiz. Rehber ilkeler aslında 2003 tarihli, Birleşmiş Milletler Uluslararası ve Diğer Şirketlerin İnsan Hakları Alanındaki Sorumluluğu ile İlgili Normlar (*The UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights*)’ın devamı niteliğindedir. Bu normlar insan hakları, çevrenin ve tüketicinin korunması, işçi hakları gibi başlıkları kapsamına alan geniş bir bağlamda şirketlere bazı yükümlülükler getirmekteydi.⁹⁶ Taslak normlar mevcut insan hakları hukuku anlayışına göre oldukça radikal bir biçimde devlete ait yükümlülükleri şirketlere tanımaktaydı.⁹⁷ Çok uluslu şirketlere geniş bir yükümlülük listesi verilmekte ve bir de bu yükümlülüklerin takibi için “devlet üstü denetleme ve devlet dışı zorlama mekanizmalarına” başvurulmaktaydı.⁹⁸ Taslak normlarda “*General provisions of implementation*” başlıklı bölüm söz konusu

⁹³ Daha detaylı bilgi için bkz. <https://mneguidelines.oecd.org/ncps/> (erişim tarihi: 20.02.2020); Ayrıca bkz. Merve İspirli Armağan, **Uluslararası Hukukta Çok Uluslu Şirketler ve İnsan Hakları Yükümlülükleri**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, ss. 77-82.

⁹⁴ Zeynep Kıvılcım, **a.g.e.**, s.94.

⁹⁵ Zeynep Kıvılcım, **a.g.e.**, ss.94-95.

⁹⁶ Taslak normların İngilizce tam metni için bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/501576> (erişim tarihi: 20.02.2020); Zeynep Kıvılcım, **a.g.e.**, s.95.

⁹⁷ Engin Yıldırım, “Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, **Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler**, Birinci Baskı, Türkiye Petrol Kimya Lastik İşçileri Sendikası Yayını: 119 (Petrol-İş Dergisi’nin ekidir), Kasım 2014, s.390.

⁹⁸ **A.g.e.**, s.390.

hükümlerin icrası için çeşitli mekanizmalar düzenlemekteydi.⁹⁹ Ancak taslak normlar ciddi eleştirilere uğramış ve BM İnsan Hakları Komitesi tarafından kabul edilmemiştir.¹⁰⁰

2005 yılında ise John Ruggie iş dünyası ve insan haklarına ilişkin çalışmaları yürütmek üzere BM Genel Sekreteri Özel Temsilcisi sıfatıyla atandı.¹⁰¹ “Böylece, Taslak Normların fazla heveskâr yaklaşımı, gerçekçi olmakla birlikte olması gerekenden daha az heveskâr olan Rehber İlkelerin doğmasına yol açacak bir süreci başlattı.”¹⁰² Ruggie 2006 tarihinde yayınladığı ilk ara raporunda taslak normları çeşitli açılardan eleştirmiştir.¹⁰³ Ona göre normlar devletlerin ve şirketlerin uluslararası hukuktaki rollerinin ve konumlarının farklarını tanımlamayı ihmal ederek ve herhangi bir belirleyici kriter de kullanmadan insan haklarına ilişkin yükümlülükleri devletlere ve şirketlere tanımıştır.¹⁰⁴ Ruggie 2008 yılında nihai raporunu sunmuştur. Ve Ruggie’nin sunduğu bu Çerçeve’de korumak (*protect*), saygı göstermek (*respect*) ve çare bulmak (*remedy*) şeklinde üç ana unsur ön plana çıkmıştır.¹⁰⁵ Buna göre devletlerin bireyleri üçüncü kişilerden gelecek insan hakları ihlallerine karşı koruma yükümlülüğü¹⁰⁶, şirketlerin insan haklarına saygı gösterme

⁹⁹ Elif Oral, **Legal Grounds for Holding Transnational Corporations Directly Responsible for Human Rights Violations Under Public International Law**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, Kasım 2015, ss. 174-176.

¹⁰⁰ Engin Yıldırım, **a.g.e.**, s.390.

¹⁰¹ Engin Yıldırım, **a.g.e.**, s.390.

¹⁰² Engin Yıldırım, **a.g.e.**, s.390.

¹⁰³ UN Commission on Human Rights, Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, E/CN.4/2006/97, 22 February 2006, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/569408?ln=en> (erişim tarihi: 21.02.2020).

¹⁰⁴ “A second problematic feature of the Norms concerns their imprecision in allocating human rights responsibilities to states and corporations. While it may be useful to think of corporations as “organs of society,” in the preambular language of the Universal Declaration, they are specialized organs, performing specialized functions. They are not a microcosm of the entire social body. By their very nature, therefore, corporations do not have a general role in relation to human rights like states, but a specialized one. The Norms do allow that some civil and political rights may not pertain to companies. But they articulate no actual principle for differentiating human rights responsibilities based on the respective social roles performed by states and corporations. Indeed, in several instances, and with no justification, the Norms end up imposing higher obligations on corporations than states, by including as standards binding on corporations instruments that not all states have ratified or have ratified conditionally, and even some for which states have adopted no international instrument at all.”, UN Commission on Human Rights, Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, E/CN.4/2006/97, 22 February 2006, para.66.

¹⁰⁵ UNGA Human Rights Council, Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/8/5, 7 April 2008, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/625292?ln=ar> (erişim tarihi: 24.04.2020).

¹⁰⁶ UNGA Human Rights Council, A/HRC/8/5, 7 April 2008, para.27 vd.

yükümlülüğü¹⁰⁷ ve hem devletlerin hem de şirketlerin, insan hakları ihlali durumunda bu ihlalin sonuçlarına karşı çare bulma yükümlülüğü¹⁰⁸ bulunmaktadır. Çerçeve şirketlerin insan haklarına saygı göstermesi başlığı altında düzenlenen *due diligence* kavramı özellikle önemlidir. Bu kavram şirketlerin olumsuz insan hakları etkilerinin farkında olmasını, bunları önlemesini ve çözümü için gerekli adımları atmasını gerektirir.¹⁰⁹

2011 yılında; korumak, saygı göstermek ve çare bulmak unsurlarından oluşan bu Çerçeve'yi takiben, BM İnsan Hakları Konseyi, İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkelerini¹¹⁰ kabul etmiştir.¹¹¹ Metnin hukuken bağlayıcılığı yoktur. ILO'nun bildirgesinde ve OECD'nin rehber ilkelerinde olduğu gibi –Ulusal Bağlantı Noktaları istisna olmak üzere ve fakat bu kurum olması gerekenden oldukça uzak şekilde faaliyet göstermektedir- bu rehber ilkelerde de şirketlerin yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda ne olacağı sorusu cevapsız kalmaktadır.¹¹² Mağdurların şikayetlerinin dinleneceği ve zararlarının tazmin edileceği bir uluslararası mekanizma kurulmamıştır.¹¹³ Bu haliyle rehber ilkeler de çok uluslu şirketlerin insan haklarına saygılı davranması gerekliliğini sağlamada yetersiz kalmaktadır.

Çok uluslu şirketlerin insan hakları yükümlülüğüne ilişkin yumuşak hukuk belgeleri saydığımız belgeler ile sınırlı değildir ama bu belgeler en önemlileridir.¹¹⁴ Bazı çok uluslu şirketler kendi şirket faaliyetlerinde dikkate almak üzere çeşitli davranış kuralları belirlemektedir ve insan haklarına saygılı davranmak da bu

¹⁰⁷ UNGA Human Rights Council, A/HRC/8/5, 7 April 2008, para.51 vd.

¹⁰⁸ UNGA Human Rights Council, A/HRC/8/5, 7 April 2008, para.82 vd.

¹⁰⁹ “To discharge the responsibility to respect requires due diligence. This concept describes the steps a company must take to become aware of, prevent and address adverse human rights impacts.”, UNGA Human Rights Council, A/HRC/8/5, 7 April 2008, para.56.

¹¹⁰ Rehber ilkelerin İngilizce tam metni için bkz. https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf (erişim tarihi: 21.02.2020).

¹¹¹ Engin Yıldırım, *a.g.e.*, s.394.

¹¹² Engin Yıldırım, *a.g.e.*, s.397.

¹¹³ Engin Yıldırım, *a.g.e.*, s.397.

¹¹⁴ “Initiatives and standards relevant to corporate social responsibility have increased rapidly over the last 15 years. The consultation process alone identified over 200 existing initiatives and standards. Annex II contains a description of the initiatives and standards that stakeholders raised most frequently in the consultation process. Existing initiatives and standards can be categorized as follows: (a) International instruments... (b) Nationally based standards... (c) Certification schemes... (d) Voluntary initiatives...”, Commission On Human Rights, Report Of The Sub-Commission on The Promotion and Protection of Human Rights, Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights, E/CN.4/2005/91, 15 Şubat 2005, para.7, <https://digitallibrary.un.org/record/542041> (erişim tarihi: 23.04.2020).

davranış kuralları arasında yer almaktadır.¹¹⁵ Ancak bu davranış kuralları da bağlayıcılıktan yoksundur ve takip veya denetim mekanizması ihtiva etmemektedir.¹¹⁶ Sonuç olarak yumuşak hukuk başlığı altında saydığımız metinler çok uluslu şirketlere yönelik bağlayıcı insan hakları yükümlülükleri tanımamaktadır ve insan hakları hukukunun yegâne muhatabın devlet olduğuna dair temel paradigmasını değiştirmemektedir.

3- *Jus Cogens*

Uluslararası hukukun kaynaklarına genel olarak yukarıda değindik, bir de bu kaynaklardan “*daha farklı ve daha yüksek konumda olduğu varsayılan*” kurallar bulunmaktadır.¹¹⁷ Bu kurallar *jus cogens* kurallar olarak isimlendirilir. “*Jus cogens’in buyurucu nitelikte bir teamül normu olduğu fikri, genel kabul görmektedir.*”¹¹⁸

Ulusal hukuk sistemlerinde sözleşme yapan tarafların irade serbestisini belli ölçüde kısıtlayan “*üst düzey hukuk kuralları*” bulunmaktadır.¹¹⁹ Uluslararası hukukta ise egemenlik ilkesi gereği devletlere imzaladıkları andlaşmalarda irade serbestisi tanınmıştır.¹²⁰ Ancak bu irade serbestisinin istisnaları olup olmadığı tartışmalı bir konudur.¹²¹ İşte bu noktada karşımıza Latince *jus cogens* olarak ifade edilen, Türkçede ise “*buyruk kural*” ya da “*amir hüküm*” olarak adlandırılan kurallar çıkmaktadır.¹²² Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 53.¹²³ ve 64.¹²⁴

¹¹⁵ Zeynep Kıvılcım, **a.g.e.**, s.92.

¹¹⁶ Zeynep Kıvılcım, **a.g.e.**, s.92.

¹¹⁷ Malcom N. Shaw, **Uluslararası Hukuk**, 8. Baskı, Çevirenler, Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek, Türkiye Bilimler Akademisi, 2019, s. 88.

¹¹⁸ Emre Öktem, **Uluslararası Teamül Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, Şubat 2013, s.332; Bununla birlikte *jus cogens* kuralların teamüli niteliğine ilişkin çeşitli tartışmalar da mevcuttur. Daha detaylı bilgi için bkz. Emre Öktem, **a.g.e.**, ss.332-333.

¹¹⁹ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, 10. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s.80-81.

¹²⁰ Erdem Denk, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Yıl. 2001, Cilt. 56, Sayı. 2, s.44.

¹²¹ Erdem Denk, **a.g.e.**, s.44; Hüseyin Pazarcı, **a.g.e.**, s.81.

¹²² Erdem Denk, **a.g.e.**, s.44.

¹²³ “*A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.*”, bkz.

<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf> (erişim tarihi: 22.02.2020).

¹²⁴ “*If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.*”, bkz.

maddelerinin bir sonucu olarak uluslararası hukukta da üst düzey hukuk kurallarının varlığı kabul edilmiştir.¹²⁵ *Jus cogens*'in Viyana Sözleşmesi'ne göre belirleyici olan iki özelliği söylenebilir.¹²⁶ Birinci husus “*bir kuralın bu nitelikte kabul edilebilmesi için, devletlerden oluşan uluslararası toplumun bütününce benimsenmiş olması gerekmektedir.*”¹²⁷ İkinci husus ise “*bu nitelikte olduğu kabul edilen bir kurala aykırı hiçbir kural konulmaması olmaktadır.*”¹²⁸

Hangi kuralların *jus cogens* niteliğe sahip olduğu ise uluslararası hukukta tartışmalı bir konudur. Aslında *jus cogens* kuralların oldukça sınırlı bir alanı kapsadığı bu bakımdan ifade edilmelidir. Uluslararası Hukuk Komisyonu örnek olarak, insanlığa karşı suçlar, soykırımının yasaklanması, kuvvet kullanma yasağı, köleliğin ve köle ticaretinin yasaklanması gibi durumları saymaktadır.¹²⁹ Doktrinde bazı yazarlar tarafından uluslararası insan hakları hukukuna içkin bazı yasaklamaların *jus cogens* niteliğe sahip olduğu vurgulanmıştır.¹³⁰ Dolayısıyla uluslararası insan hakları hukukunun kaynaklarından birini de *jus cogens* niteliğe sahip olan kurallar oluşturmaktadır.

Devlet-dışı aktörlerin insan hakları yükümlülüğü meselesi ile ilgili olarak bir değerlendirme yaptığımızda ise *jus cogens* niteliğe sahip olan kuralların otomatik olarak devlet-dışı aktörler için uluslararası bir yükümlülük doğurduğu söylenemez.¹³¹ Zira *jus cogens* niteliğe sahip olduğu tartışılan bazı kurallar zaten gerçek veya tüzel kişiler için herhangi bir yükümlülük doğuramaz niteliktedir.¹³² Patrick Abel bu noktada örnek olarak kuvvet kullanma yasağının (*prohibition of the use of force*)

<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf> (erişim tarihi: 22.02.2020).

¹²⁵ Hüseyin Pazarcı, **a.g.e.**, s.81.

¹²⁶ Hüseyin Pazarcı, **a.g.e.**, s.81.

¹²⁷ Hüseyin Pazarcı, **a.g.e.**, s.81.

¹²⁸ Hüseyin Pazarcı, **a.g.e.**, s.81.

¹²⁹ “Overall, the most frequently cited candidates for the status of *jus cogens* include: (a) the prohibition of aggressive use of force; (b) the right to self-defence; (c) the prohibition of genocide; (d) the prohibition of torture; (e) crimes against humanity; (f) the prohibition of slavery and slave trade; (g) the prohibition of piracy; (h) the prohibition of racial discrimination and apartheid, and (i) the prohibition of hostilities directed at civilian population (“basic rules of international humanitarian law”), bkz. UNGA International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From The Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskeniemi, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, para.374, s.189, <https://digitallibrary.un.org/record/574810?ln=en> (erişim tarihi: 22.02.2020).

¹³⁰ Bkz. Olivier De Schutter, **International Human Rights Law Cases, Materials, Commentary**, s.85; Edward Guntrip, **a.g.e.**, s.181.

¹³¹ Patrick Abel, “Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration Fallacies and Potentials of the 2016 ICSID Urbaser v. Argentina Award”, **Brill Open Law**, Yıl. 2018, Volume 1, Issue 1, ss. 72-73.

¹³² **A.g.e.**, s.73.

sadece devletlerle ilgili olduğunu ya da kendi kaderini tayin etme hakkının (*right to self-determination*) da sadece uluslar tarafından kullanılabileceğini belirtmiştir.¹³³ Diğer taraftan gerçek veya tüzel kişiler tarafından ihlal edilebilecek *jus cogens* niteliğe sahip kurallar da bulunmaktadır. Bu noktada uluslararası ceza hukuku bakımından bir değerlendirme yaparsak; *jus cogens* niteliğe sahip olan uluslararası suçlarda gerçek kişilerin uluslararası ceza hukuku bakımından yargılamaya tabi tutulabilmesi mümkündür.¹³⁴ Dolayısıyla gerçek kişi yatırımcı *jus cogens* niteliğe sahip olan kurallara aykırı bir fiil işlediğinde aleyhine yargılama yapılabilir. Ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili tartışmaları bir yana bırakırsak uluslararası ceza hukuku bakımından tüzel kişiler aleyhine, yargı yetkisi ile ilgili problemlerden dolayı, yargılama yapılamamaktadır.¹³⁵

Ayrıca diğer taraftan *jus cogens* niteliğe sahip olan kuralların uluslararası yatırım hukuku bakımından değerlendirilmesi gereken bazı önemli noktaları bulunmaktadır.¹³⁶ Dayanağını Viyana Sözleşmesi'nin 53. ve 64. maddelerinde bulan bu hususlar *Phoenix Action v. Çek Cumhuriyeti* kararında hakem heyeti tarafından da dile getirilmiştir.¹³⁷ Buna göre yabancı yatırım insan haklarının korunmasına ilişkin en önemli kurallara aykırı olarak yapılırsa artık ilgili yatırım anlaşmasının korumasından yararlanamaz. Kararda hakem heyeti yatırımın organ ticareti, kölelik, işkence veya soykırım durumlarıyla ilgili olmasını örnek göstermiştir.

Dolayısıyla Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre, uluslararası hukukun bir parçası olan yatırım anlaşmaları, *jus cogens* niteliğe sahip olan bir kuralla çatışan hükümler barındıramazlar. Ve yabancı yatırımcı bu kurallardan herhangi birini ihlal ederse yatırım anlaşmasının verdiği korumadan yararlanamaz. Yukarıda da değindiğimiz gibi insan hakları hukukuna içkin bazı yasaklamalar *jus cogens* niteliğe sahiptir ve bu yasaklamalar yatırımın korunmasına ilişkin olan ve

¹³³ A.g.e., s.73.

¹³⁴ A.g.e., s.73.

¹³⁵ Daha kapsamlı tartışmalar için bkz. Edward Guntrip, a.g.e., ss. 175-178; Edward Guntrip tüzel kişi yatırımcıların uluslararası ceza hukuku bakımından yargılanabilmesinin mümkün olması için iki yöntem belirtmektedir. Bunlar tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının kabul edilmesi ya da tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıdır.

¹³⁶ Susan L. Karamanian, "The Place Of Human Rights in Investor-State Arbitration", **Lewis & Clark Law Review**, Yıl. 2013, Vol. 17:2, ss.436-438.

¹³⁷ "To take an extreme example, nobody would suggest that ICSID protection should be granted to investments made in violation of the most fundamental rules of protection of human rights, like investments made in pursuance of torture or genocide or in support of slavery or trafficking of human organs.", *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Dava No. ARB/06/5, Karar, 15 Nisan 2009, para.78.

fakat kendisiyle uyuşmayan hükümleri geçersiz kılar.¹³⁸ *Jus cogens* kuralların yatırım hukuku bakımından yerine ilişkin bu önemli değerlendirmelere yeri geldikçe tekrar değinilecektir.

4- BM İş Dünyası ve İnsan Haklarına İlişkin Bağlayıcı Andlaşma Hazırlığı

26 Haziran 2014 tarihinde BM İnsan Hakları Konseyi uluslararası insan hakları hukukunda çok uluslu şirketlerin ve diğer ticari teşebbüslerin faaliyetlerini düzenlemek için yasal olarak bağlayıcı bir uluslararası belge hazırlamak amacıyla¹³⁹ hükümetler arası bir çalışma grubu (*intergovernmental working group*) kurdu.¹⁴⁰ Bu gelişme, İzzet Mert Ertan'ın deyiimiyle “*içinde yaşadığımız küresel gericilik çağı*”nın¹⁴¹ şartları çerçevesinde düşünüldüğünde olumlu bir gelişmedir. Ancak söz konusu bağlayıcı andlaşma hazırlığı şu anda gelişmiş ülkelerin ve iş dünyasının muhalefeti ile karşı karşıya bulunmaktadır. Dolayısıyla bu bağlayıcı andlaşmanın gerçekten hayata geçip geçemeyeceğini yahut hayata geçerse bile nihai halinin içeriğini şimdiden öngörmek zor görünmektedir.¹⁴²

Ancak şimdiye kadar yayınlanan taslak metinlerden hareket ederek bazı çıkarımlara varmak mümkündür. Bu kapsamda 16 Temmuz 2018 tarihinde belgenin ilk taslak hali (*zero draft*) yayınlanmıştır.¹⁴³ Taslak metinde şirketler için doğrudan

¹³⁸ M. Sornarajah, **The International Law on Foreign Investment**, 3. Baskı, United States, Cambridge University Press, 2012, s.79.

¹³⁹ “*Decides to establish an open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights; whose mandate shall be to elaborate an international legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises;...*”, UNGA Human Rights Council, Resolution adopted by the Human Rights Council, 26/9 Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights, A/HRC Res. 26/9, 14 July 2014, s.2, bkz. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/52/PDF/G1408252.pdf?OpenElement> (erişim tarihi: 23.02.2020).

¹⁴⁰ Olivier De Schutter, “Towards a New Treaty on Business and Human Rights”, **Business and Human Rights Journal**, Yıl. 2015, Volume 1, Issue 1, s.41.

¹⁴¹ İzzet Mert Ertan, “Ömür Boyu Hapis: Gizli Ölüm Cezası”, **Bianet**, 21 Ekim 2014, bkz. <https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/159297-omur-boyu-hapis-gizli-olum-cezasi> (erişim tarihi: 23.02.2020).

¹⁴² Markus Krajewski, “Human Rights in International Investment Law: Recent Trends in Arbitration and Treaty-Making Practice”, 15 Nisan 2018, s.11, bkz. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3133529 (erişim tarihi: 23.02.2020).

¹⁴³ Bkz. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_L_BI.pdf (erişim tarihi: 23.02.2020).

bağlayıcı yükümlülükler düzenlenmemiştir.¹⁴⁴ Bunun yerine, klasik insan hakları hukuku anlayışına uygun bir biçimde, devletlerin çok uluslu şirketlerin ekonomik faaliyetlerini düzenlemek ve insan hakları ihlali mağdurlarının yargı yollarına erişimini sağlamak gibi yükümlülüklerine yer verilmiştir.¹⁴⁵ Dolayısıyla Markus Krajewski'nin belirttiği gibi taslak metin, söz konusu andlaşma ile iş dünyası için yasal olarak bağlayıcı yükümlülükler getirileceğini düşünenler nezdinde hayal kırıklığı yaratmıştır.¹⁴⁶

Bu kapsamda süreçle ilgili yaşanan en son gelişme 16 Temmuz 2019 tarihinde revize edilmiş taslak metnin yayınlanmasıdır.¹⁴⁷ Bu taslak metinde de bağlayıcı yükümlülüklerle ilişkin olarak ilk taslak metindeki yaklaşım takip edilmiştir.¹⁴⁸ Hatta taslağın revize edilmiş halinin ilk yayınlanan haline göre bu andlaşmaya karşı olan ülkeler ve iş dünyası lehine çeşitli imtiyazlar getirdiği yorumu yapılmıştır.¹⁴⁹ Andlaşma ile ilgili yaşanan bu gelgitler iş dünyası ve insan haklarına ilişkin bağlayıcı bir andlaşmanın şimdiye kadar neden hazırlanamadığının da cevabı olmaktadır. Andlaşma hazırlığına gelişmiş ülkelerin ve iş dünyasının gösterdiği bu muhalefet, metinde olması gereken düzenlemelere yer verilmemesi yahut bu metnin de bir yumuşak hukuk belgesi olarak kalmasıyla sonuçlanabilir.¹⁵⁰ Ayrıca gene bazı devletlerin bu andlaşmaya yönelik muhalif tutumu göz önüne alındığında, nihai olarak ortaya çıkacak belgenin bütün devletler tarafından onaylanacağı da kesin değildir. Ancak son olarak şu önemli detay da belirtilmelidir ki; bahsi geçen metinler taslak metinlerdir, her ne kadar gelecekte ortaya çıkacak andlaşmanın içeriği

¹⁴⁴ Markus Krajewski, "A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application", **Business and Human Rights Journal**, Yıl. 2020, Volume.5, Issue.1, s.111.

¹⁴⁵ **A.g.e.**, s.111.

¹⁴⁶ **A.g.e.**, s.111.

¹⁴⁷ Bkz.

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_L_BI.pdf, (erişim tarihi: 23.02.2020).

¹⁴⁸ Markus Krajewski, "A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application", s.112.

¹⁴⁹ "While the ZD draft was accused of being too utopian, the changes now speak a more apologetic (maybe a too apologetic) language.", Pierre Thielborger, Timeela Manandhar, "Bending the Knee or Extending the Hand to Industrial Nations? A Comment on the New Draft Treaty on Business and Human Rights", **EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law**, 23 Ağustos 2019, bkz. <https://www.ejiltalk.org/bending-the-knee-or-extending-the-hand-to-industrial-nations-a-comment-on-the-new-draft-treaty-on-business-and-human-rights/> (erişim tarihi: 23.02.2020).

¹⁵⁰ Sandra Cossart, Lucie Chatelain, "Key Legal Obstacles around Jurisdiction for Victims Seeking Justice Remain in the Revised Draft Treaty", **Sherpa**, 4 Kasım 2019, bkz. <https://www.asso-sherpa.org/key-legal-obstacles-around-jurisdiction-for-victims-seeking-justice-remain-in-the-revised-draft-treaty> (erişim tarihi: 23.02.2020).

hakkında bize fikir verebilse de, andlaşmanın asıl hali yayınlanmadan sadece taslaklardan yola çıkarak kesin sonuçlara varmamak gerekir.

B- Yatırımcının Yatırım Hukuku Bakımından İnsan Hakları Yükümlülüğü

1980’li yıllar, sosyal devlet mülhazalarıyla ara verilmiş gibi görünen vahşi kapitalizmin geri dönüşüne aracılık eden neoliberal politikaların neredeyse tüm dünyada eş zamanlı olarak uygulanmaya başlandığı yıllar olmuştur. Neoliberal politikalar ile birlikte bir özelleştirme furyası yaşanmış, piyasalarda kuralsızlaştırma (deregölasyon) süreci baş göstermiştir.¹⁵¹ Bu zaman dilimi aynı zamanda yabancı sermaye yatırımının gerek nicelik gerekse de nitelik açısından önemli değışiklikler geçirdiğı yıllardır.¹⁵² “*Dünya ekonomisinde patlak veren krizler, Doğu blokun yıkılması, şirket birleşmeleri, şirket satın almalarının artması ve ekonominin küreselleşmesi*” gibi faktörler bu değışikliklerin gerekçesini oluşturmaktadır.¹⁵³

Uluslararası yatırım hukukunun en önemli kaynakları devletlerin kendi aralarında imzaladığı iki taraflı¹⁵⁴ veya çok taraflı¹⁵⁵ yatırım anlaşmalarıdır. 1950’lerin sonlarından itibaren, sermaye ihraç eden ölkeler, genellikle gelişmekte olan ölkelerle, ikili yatırım anlaşmaları imzalama süreçlerini hızlandırmışlardır.¹⁵⁶ Böylece ekonomik gelişimleri açısından yabancı yatırıma ihtiyaç duyan devletler yabancı yatırımcıyı koruma işlevini yürüten yatırım anlaşmaları vasıtasıyla yabancı yatırımı kendi ölkelerine çekmek istemişlerdir.

¹⁵¹ Günümüzde neoliberal politikalar ciddi bir eleştiri yağmuru altındadır. Çalışmanın konusuyla doğrudan ilgili olmadığı için bu tartışmaları buraya aktaramayacak olsam da, eleştirilerin “neoliberal demokrasinin bir oksimoron olup olmadığı” sorgulamasını yapacak kadar ileri boyutlarda olduğunu belirtmek gerekir. İlgili tartışmalar için bkz. Mehmet Tefik Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti Hukuk Devletin Koşulları Üzerine Bir Deneme**, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2017, s.257-258.

¹⁵² Efe Dünder, “Uluslararası Ticaret Hukukunda Doğrudan Yabancı Yatırımlar ve Çok Uluslu Şirketler İncelemesi”, **Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi**, Yıl. Ocak 2014, Cilt. 11, Sayı. 41, s.275.

¹⁵³ **A.g.e.**, s.275.

¹⁵⁴ Türk Hukuku’nda ikili yatırım anlaşmaları; “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları” olarak isimlendirilir. İngilizce isimleri ise; BIT, Bilateral Investment Treaty’dır.

¹⁵⁵ Uluslararası yatırım hukukunun ikili yatırım anlaşmalarıyla birlikte diğer bir önemli kaynağı çok taraflı yatırım anlaşmalarıdır. Çok taraflı yatırım anlaşmalarının en dikkat çekenlerinden, NAFTA 1992 tarihinde, ECT ise 1994 tarihinde imzalanmıştır.

¹⁵⁶ Luke Eric Peterson, Kevin R. Gray, “International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration”, **A Research paper prepared by the International Institute for Sustainable Development (IISD) for the Swiss Department of Foreign Affairs**, Nisan 2003, s.7, bkz.

https://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf (erişim tarihi: 24.02.2020).

Genel bir gözlem olarak söylenebilir ki; yatırım hukukunun kaynaklarında, yani imzalanan iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında ve yatırım tahkimi kararlarında özellikle son on yılda büyük bir artış yaşanmıştır.¹⁵⁷ Yatırımcının devlet aleyhine olan iddiasını tahkim huzurunda kendisinin doğrudan sunabiliyor olması ve devlet ile yatırımcının tahkimde eşit konumda bulunması yatırım hukukunun her geçen gün büyüyen öneminin sebepleri arasındadır.¹⁵⁸ Zira bu faktörler yabancı yatırımcı için cezbedici niteliktedir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan, yatırım hukuku ve insan hakları hukuku ilişkisi ise bir hakem heyeti kararında da ifade edildiği gibi karmaşık bir ilişki olup¹⁵⁹, siyah ya da beyaz olarak değerlendirilemez.¹⁶⁰ Bu çerçevede, insan hakları ile ilgili mülahazaların yatırım tahkiminin geleceğine ilişkin tartışmalarda merkezi bir konumda bulunduğunu ifade eden Silvia Steininger, duruma ilişkin şöyle bir saptama yapmaktadır.¹⁶¹ Buna göre yatırım hukuku avukatları, yabancı yatırımın yatırım yapılan ülkedeki insanlar için daha iyi hayat şartları sağladığını varsaymaktadır.¹⁶² Ancak insan hakları savunucuları ve sivil toplum örgütleri ise yabancı yatırımcının ve hükümetlerin insan haklarının korunması amacına öncelik vermediğini ve böylece sistematik olarak insan haklarının altının oyulduğunu söylemektedir.¹⁶³

Bir makalede, yatırım tahkiminde, yatırımcının hakları ile insan haklarının yağ ve su gibi birbirinden ayrılma eğilimi gösterdiği ifade edilmiştir.¹⁶⁴ Ancak bu noktada şu önemli detay vurgulanmalıdır; bu iki hukuk dalı da bireyin devlete karşı

¹⁵⁷ Takip eden linkte en son imzalanan yatırım anlaşmalarına ilişkin gerekli bilgileri bulabilirsiniz. Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (erişim tarihi: 24.02.2020).

¹⁵⁸ Luke Eric Peterson, Kevin R. Gray, "International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration", s.9.

¹⁵⁹ "This debate raises the complex relationship between investment treaties, emergency and the human rights of both citizens and property owners.", *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Dava No. ARB/02/16, Karar, 28 Eylül 2007, para.332.

¹⁶⁰ Silvia Steininger, "International Law and Practice What's Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration", **Leiden Journal of International Law**, Yıl. 2018, Volume 31, Issue 1, s.35.

¹⁶¹ **A.g.e.**, s.34.

¹⁶² **A.g.e.**, s.34.

¹⁶³ **A.g.e.**, s.34.

¹⁶⁴ "...seems to be leaning toward separation of human rights and investor's rights like oil and water.", Mehmet Toral, Thomas Schultz, "The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations", **The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality**, Editörler, Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin, Great Britain, Kluwer Law International, 2010, s.589; Yağ ve su benzetmesine yönelik bir değerlendirme için bkz. Bruno Simma, "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights", **International and Comparative Law Quarterly**, Yıl. Temmuz 2011, Vol. 60, ss.573-574.

korunması amacını taşımaktadır dolayısıyla liberal düşüncenin ürünüdürler.¹⁶⁵ Gerçekten de ikili yatırım anlaşmalarının hızla geliştiği dönem ile insan haklarının da gittikçe önem kazandığı ve uluslararası arenada tanındığı dönem aynı zaman dilimine rastlamaktadır.¹⁶⁶ Negatif hakların gelişmesine paralel olarak yatırım anlaşmalarına da yatırıma devlet müdahalesini sınırlandıran önemli maddi ve usuli düzenlemeler getirilmiştir.¹⁶⁷

Yatırım hukukunda insan hakları ile ilgili mülahazaların gündeme gelmesini Clara Reiner ve Christoph Schreuer tarafından yapılan tasnife göre anlatırsak karşımıza şöyle bir sistematik çıkmaktadır.¹⁶⁸ İlk olarak yatırımcı çerçevesinden bakarsak; yatırımcı, ev sahibi devlet aleyhine tahkimde açtığı davada, yatırım hukukuna ilişkin iddialarına ek olarak insan haklarının da ihlal edildiğini ileri sürebilir.¹⁶⁹ Hakem heyetleri çerçevesinden bakarsak, hakem heyetleri bazı kararlarında insan hakları mahkemelerinin kararlarında kullandığı ilke ve içtihatlarla atıf yapabilir ve onları kendi yargılamasına ithal edebilir.¹⁷⁰ Uyuşmazlığa taraf olmayanlar çerçevesinden bakarsak, burada karşımıza “mahkeme dostu” olarak

¹⁶⁵ Haydar Burak Gemalmaz, “Uluslararası Yatırım Tahkimi Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları- Türkiye’nin Taraf Olduğu Uluslararası Tahkim Davalarına Konu Uyuşmazlıkların Ayrıca AİHM’e Götürülmesi”, **Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı**, Editörler, Emre Esen, Ahmet Akcan, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Aralık 2013, ss.56-58.

¹⁶⁶ Venetia Argyropoulou, “Convergence and Divergence Between International Investments Law and Human Rights Law, in the Context of the Greek Sovereign Debt Restructuring”, **The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law**, Yıl. 15 Mart 2018, Volume.11, Issue.1, Article.7, s.168.

¹⁶⁷ A.g.e., s.168.

¹⁶⁸ Clara Reiner, Christoph Schreuer, “Human Rights and International Investment Law”, **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, Editörler, PM Dupuy, F Francioni, EU Petersmann, Oxford, Oxford University Press, 2009, ss.88-94.

¹⁶⁹ Bu çerçevede *Biloune v. Ghana* davası incelemeye değerdir. Suriyeli yatırımcı Biloune, yatırım yaptığı ülke olan Gana’da, hakkında herhangi bir suçlama olmadan 30 gün boyunca gözaltında tutulmuş, daha sonra sınır dışı edilmiştir. Yatırımcı bu olay üzerine diğer iddiaları ile birlikte insan haklarının da ihlal edildiği iddiasını tahkime taşımıştır. Ancak hakem heyeti bu iddiaya karşı, ilgili yatırım anlaşmasına dayanarak, yargı yetkisinin sadece yabancı yatırıma ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlı olduğunu belirtmiştir. “*Tribunal lacks jurisdiction to address, as an independent cause of action, a claim of violation of human rights.*”, *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, 95 ILR 183, s.203.

¹⁷⁰ Örneğin, *Philip Morris v. Uruguay* kararında hakem heyeti, sigara paketleri için getirilen Plain Packaging Düzenlemesi’nin Uruguay’ın yatırım anlaşması kapsamında yatırımcıya olan yükümlülüklerini ihlal edip etmediğini değerlendirirken, AİHM’in içtihatlarında kullandığı ‘takdir marjı’ kavramına atıf yapmıştır. *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Dava No. ARB/10/7, Karar, 8 Temmuz 2016, para. 399; Ancak bu karara takdir marjı kavramının AİHM sisteminde geliştiği ve dolayısıyla bağlam olarak yatırım hukukuna uygun düşmeyeceği yönünde Gary Born tarafından bir muhalefet şerhi sunulmuştur. Bkz. *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Dava No. ARB/10/7, Concurring and Dissenting Opinion, Mr. Gary Born, Arbitrator, 8 Temmuz 2016.

çevirebileceğimiz *amicus curiae* kavramı çıkmaktadır.¹⁷¹ Bilhassa özelleştirmeler ve çevreye dair uyuşmazlıklarda gündeme gelen *amicus curiae* usulü ile genellikle hükümet dışı örgütler davaya müdahil olmakta ve insan hakları ilgili tartışmaları hakem heyetlerinin huzuruna getirmektedir.¹⁷²

Son olarak ev sahibi devletin çerçevesinden bakarsak burada ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Ev sahibi devlet kendisine karşı açılan tahkim davasında yatırımcının iddialarına karşılık insan hakları yükümlülüklerini bir meşruluk gerekçesi olarak ileri sürebilir.¹⁷³ Yani bu durumu daha da somutlaştırırsak; yatırımcı ev sahibi devlet aleyhine yatırım anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle bir tahkim davası açmış olsun. Burada ev sahibi devlet, yatırım anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmesine gerekçe olarak insan hakları andlaşmalarından kaynaklanan yükümlülüklerini ileri sürebilir. Ancak bu durumda yatırımcı bir insan hakları ihlaline sebebiyet vermemiştir. İkinci durumda ise, yatırımcı bir insan hakları ihlaline sebebiyet vermiştir ve devlet bu hususu tahkim huzurunda bir savunma olarak ya da karşı dava açarak dile getirebilir.

Çalışmamızda bu son durumu mercek altına alacağız. Yani yabancı yatırımcı bir insan hakları ihlaline sebebiyet verdiğinde, bu durumunun hakem heyetlerinin yaptıkları yargılamalarda nasıl bir karşılık bulacağı sorusuna cevap arayacağız. Yukarıda da belirttiğimiz gibi uluslararası hukukun geneli yabancı yatırımcı için bağlayıcı insan hakları yükümlülükleri düzenlememektedir. Aynı şekilde yatırım anlaşmalarının büyük çoğunluğu da insan hakları ile ilgili hükümlere yer vermemektedir.

Ancak yabancı yatırımcı yatırım yaptığı devlette o devletin ulusal hukuk kuralları ile bağlı bulunmaktadır. Uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini ulusal hukuk düzenlerine entegre etmiş devletler bakımından, yabancı yatırımcı bir insan hakları ihlaline sebebiyet verdiğinde aslında o ülkenin insan haklarını koruyan ulusal normlarını ihlal etmiş olmaktadır. Dolayısıyla çalışma konumuz itibarıyla, yatırımcının hukuka aykırılık teşkil eden fiili, yatırım yaptığı

¹⁷¹ Bu konuda daha fazla detay için bkz. Mithat Tercan, **Devletin Yatırım Dışı Yükümlülükleri Bağlamında ICSID Tahkiminde Üçüncü Kişilerin Tahkim Yargılamasına Müdahalesinin İncelenmesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.

¹⁷² Haydar Burak Gemalmaz, **a.g.e.**, s.65.

¹⁷³ Bu konu hakkında özellikle Arjantin finansal krizinin ardından Arjantin aleyhine açılan davalarda Arjantin'in yaptığı savunmalar uygun bir örnek oluşturmaktadır. Bu savunmaları aşağıda daha detaylı inceleyeceğiz.

devlette insan haklarını koruyan ulusal normları ihlal etmesi durumuna karşılık gelmektedir.

Yatırımcının ev sahibi devlette insan hakları ihlaline sebebiyet vermesi durumunda ev sahibi devletin ulusal mahkemelerinde yargılamalar yürütülebilir. Ve fakat bazı durumlarda yatırımcıların yatırım yaptıkları devletlerden siyasi ve ekonomik olarak daha güçlü olması gerçeği, ev sahibi devletin mahkemelerinde yürütülen yargılamaların adil olmaması ile sonuçlanabilmektedir.¹⁷⁴ Aynı şekilde yatırımcının fiiline karşılık kendi devletinin (*home state*) mahkemelerine gitmek de etkili bir çözüm teşkil etmeyebilir. Zira bazı durumlarda mahkemeler başka bir devlette işlenen fiiller üzerinde yargı yetkilerinin olmadığına karar verebilmektedirler.¹⁷⁵

Çok uluslu şirketlere yönelik, sebebiyet verdikleri insan hakları ihlallerinden dolayı gerekli yargılamanın hukuksal boşluklardan dolayı yürütülememesini, bir makale “*catch me if you can*” başlığıyla incelemiştir.¹⁷⁶ Joseph Stiglitz de çok uluslu şirketlerin, sebep oldukları ihlallerden dolayı yargılanamamasını eski kovboy filmlerine benzetir. Bu filmlerde şerif haydutu ancak kasaba sınırına kadar kovalayabilir, haydut sınırı geçince artık güvende olduğunu ve şerifin onu kovalayamayacağını bilir.¹⁷⁷

Şimdi yatırım tahkimindeki usuli aşamalara göre yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet vermesi durumunun devlet tarafından nasıl ve hangi şartlarla ileri sürülebileceğini ayrı ayrı değerlendireceğiz.

¹⁷⁴ Tomoko Ishikawa, “Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration”, Symposium on Investor Responsibility: the Next Frontier in International Investment Law, **AJIL Unbound**, Yıl. 2019, Volume 113, s.35.

¹⁷⁵ **A.g.e.**, s.35.

¹⁷⁶ Violeta Besirevic, “Catch me if you can: Reflections on legal (un)accountability of transnational corporations for human rights violations”, **PRAVNI ZAPISI**, Yıl. 2018, God. IX, br. 1, bkz. https://www.researchgate.net/publication/326397045_'Catch_me_if_you_can'_Reflections_on_legal_unaccountability_of_transnational_corporations_for_human_rights_violations (erişim tarihi: 24.02.2020).

¹⁷⁷ “...MNCs sometimes take advantage of their cross-border activities to insulate themselves from accountability. In old cowboy movies, the sheriff would chase the bandits to the state border-the bandit knew that once he crossed the border, he was safe. So too for the modern corporation.”, Joseph E. Stiglitz, “Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities”, **American University International Law Review**, Yıl. 2007, Volume. 23, Issue. 3, s. 480.

1-Yargı Yetkisi ve Kabul Edilebilirlik Bakımından Değerlendirme

Yatırım tahkiminde yatırımcının hukuka aykırılık teşkil eden fiili; bu fiilin işlendiği zamana, ağırlığına ve türüne göre farklı yasal sonuçlarla karşılaşır.¹⁷⁸ Bu bağlamda yatırımcının ev sahibi devlette insan hakları ihlaline sebebiyet verdiği durumlarda; yatırımcının bu fiili yatırımın yapılması sırasında, yatırımın sürdürülmesi sırasında ya da yatırım tahkimi davasının açılması sırasında işlemesi durumları yatırım tahkiminde farklı yaptırımlarla karşılaşabilecektir.¹⁷⁹ Aynı şekilde bu insan hakları ihlalinin ağır bir ihlal (*major violation*) ya da hafif bir ihlal (*minor violation*) olması ayrımı da fiile bağlanan yasal sonuçları etkileyecektir. Bu kapsamda yatırımcının hukuka aykırı fiili yatırım tahkiminde yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik incelemesinde, esas aşamasında, tazminat aşamasında ve son olarak yargılama harç ve giderlerinin paylaşılması aşamasında dikkate alınabilir.¹⁸⁰ Şimdi ilk olarak yatırımcının hukuka aykırı fiilinin yatırım tahkiminde yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik bağlamında değerlendirilmesi hususunu inceleyeceğiz. Bu aşama ev sahibi devletin hukukuna uygunluk hükümleri vasıtasıyla somutlaşmaktadır. Daha sonra ise yatırım tahkimindeki diğer usuli safhalara göre incelememizi sürdüreceğiz.

a-Ev Sahibi Devletin Hukukuna Uygunluk Gerekliliği

i-Ev Sahibi Devletin Hukukuna Uygunluk Gerekliliğinin Tanımı, Farklı Formları ve Hukuki Sonuçları

Yatırım anlaşmalarının imzalanması sırasında devletler yatırım tahkimine rıza göstermeyi belli şartlara tabi tutabilir.¹⁸¹ Bu bağlamda yatırım anlaşmalarında yer

¹⁷⁸ Andrew Newcombe, “Investor misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits?”, **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Editörler, Chester Brown, Kate Miles, New York, Cambridge University Press, 2011, s. 191.

¹⁷⁹ A.g.e., ss.190-191; Berk Demirkol, “Yatırım Tahkiminde Yatırımcının Hukuka Aykırı Davranışı ve Yukos v Rusya Davasındaki Müterafik Kusur Uygulaması”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl. 2015, Cilt. 31, Sayı. 3, s. 87.

¹⁸⁰ Andrew Newcombe, a.g.e., ss.191-192.

¹⁸¹ Rahim Moloo, Alex Khachaturian, “The Compliance With The Law Requirement in International Investment Law”, **Fordham International Law Journal**, Yıl. 2011, Volume.34, s. 1476; Bu husus bir hakem heyeti kararında da şöyle ifade edilmiştir; “*In addition, however, it is clear that States may specifically and expressly condition access of investors to a chosen dispute settlement mechanism, or the availability of substantive protection. One such common condition is an express requirement that*

verilen ev sahibi devletin hukukuna uygunluk hükümleri ile güdülen amaç yatırımın ev sahibi devletin hukukuna uygun yapılmasını sağlamaktır.¹⁸² Ev sahibi devletin hukukuna uygunluk hükümleri yatırım anlaşmalarında çoğunlukla iki formda karşımıza çıkar.¹⁸³ İlk olarak yatırım anlaşmasında yatırımın tanımında yer alabilir ya da yatırımın tanımının dışında bir hüküm olarak kendine yer bulabilir.¹⁸⁴ Ev sahibi devletin hukukuna uygunluk gerekliliği yatırım anlaşmasında yatırımın tanımında düzenlendiğinde yatırımcı ev sahibi devletin ulusal hukukunu ihlal ederse buna bağlanan hukuki sonucun ne olacağına cevap vermek gerekir. Böyle bir durumda öne çıkan görüş ulusal hukuka aykırı olan bir yatırımın ilgili yatırım anlaşması kapsamında bir yatırım olarak kabul edilemeyeceği ve ev sahibi devletin tahkime olan rızasının hukuka aykırı yatırımları kapsamadığıdır.¹⁸⁵ Dolayısıyla ev sahibi devlet aleyhine yatırımcı tarafından açılan tahkim davasında hakem heyetleri yargı yetkilerinin olmadığına karar verebilir. Nitekim yatırımcının ulusal hukuku ihlal edilen fiillerine binanen, hakem heyetleri tarafından yargı yetkilerinin olmadığına karar verildiği dava örneklerine rastlamak mümkündür.¹⁸⁶

Yatırım anlaşmalarında ev sahibi devletin hukukuna uygunluk gerekliliğinin yatırım tanımının dışında düzenlendiği hallerde yatırımcının ulusal hukuku ihlal eden fiiline bağlanan hukuki sonuç da ayrıca incelenmelidir.¹⁸⁷ Aslında ev sahibi devletin hukukuna uygunluk hükümleri yatırım tanımının dışında yer aldığı da,

the investment comply with the internal legislation of the host State. This condition will typically appear in the BIT where this is the instrument that contains the State's consent to ICSID arbitration...", *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Dava No. ARB/07/24, Karar, 18.6.2010, para. 125.

¹⁸² *A.g.e.*, s.1476.

¹⁸³ Stephan W. Schill, "Illegal Investments in Treaty Arbitration", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Yıl. 2012, Cilt. 11, Sayı. 2, s.283.

¹⁸⁴ Stephan W. Schill, *a.g.e.*, s.283.

¹⁸⁵ Berk Demirkol, *a.g.e.*, s.88; Filip Balcerzak, *a.g.e.*, s.135; Edward Guntrip, *a.g.e.*, s.114.

¹⁸⁶ "Because there is no "investment in accordance with law", the Tribunal lacks jurisdiction *ratione materiae*.", *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Dava No. ARB/03/25, Karar, 16 Ağustos 2007, para.401; "...This means that this dispute does not meet the consent requirement set in Article 25(1) of the ICSID Convention. Accordingly, failing consent by the host state under the BIT and the ICSID Convention, this Tribunal lacks jurisdiction over this dispute.", *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Dava No. ARB/10/3, Karar, 4 Ocak 2013, para. 373.

¹⁸⁷ Örneğin Türkiye ve Hollanda arasında 1989 yılında yürürlüğe giren ikili yatırım anlaşmasında ev sahibi devletin hukukuna uygunluk gerekliliği yatırımın tanımında yer almamıştır. Bunun yerine anlaşmanın ikinci maddesinin ikinci fıkrasında bağımsız bir hüküm olarak kendine yer bulmuştur., "The present Agreement shall apply to investments owned or controlled by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party which are established in accordance with the laws and regulations in force in the latter Contracting Party's territory at the time the investment was made.", bkz.<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2661/netherlands---turkey-bit-1986-> (erişim tarihi: 28.02.2020).

yatırımcının ulusal hukuka aykırılık teşkil eden fiili hakem heyetleri tarafından yargı yetkisine içkin bir mesele olarak görülebilir.¹⁸⁸ Zira yatırım tanımının dışında yer alan bu hükümler sıklıkla ya yeni yatırımların kabulüne ya da kabul edilen yeni yatırım anlaşmasının kendisinden önce yapılmış olmasına rağmen sadece ulusal hukuka uygun yapılan yatırımlara uygulanması gerekliliğine ilişkin olmaktadır.¹⁸⁹ Stephan W. Schill bu hükümlerin yatırım anlaşmalarında yatırım tanımının dışında bulunduğu hallerde de, hakem heyetleri tarafından yatırım tanımında yer alması hali ile aynı şekilde yorumlandığı tespitini yapmıştır.¹⁹⁰ Nitekim gerçekten de bazı hakem heyeti kararları bu yöndedir¹⁹¹ ve yatırımcının ulusal hukuka aykırılık teşkil eden fiilleri hakem heyetleri tarafından tahkime rıza ya da konu bakımından yetki kapsamında incelenmiştir.¹⁹²

Ancak bu noktada hukuka uygunluk gerekliliğinin her zaman yargı yetkisi kapsamında görülen bir mesele olmadığı ve farklı görüşlerin ortaya atıldığı belirtilmesi gerekir. Örneğin Zachary Douglas’a göre bu hükümlerle amaçlanan, yatırımcının yasal olan yöntemlerle yatırım teşkil eden bir mal varlığı değerini iktisap etmesidir.¹⁹³ Dolayısıyla yatırımcının hukuka aykırılık teşkil eden her fiili yargı yetkisi kapsamında görülmemelidir.¹⁹⁴ Bu çerçevede yatırımcının hukuka aykırı fiilleri ile ilgili olarak kabul edilebilirlik yahut esasa ilişkin bir değerlendirme yapılması gündeme gelebilir.¹⁹⁵ Andrew Newcombe de makalesinde yatırımcının hukuka aykırı fiillerinin her zaman yargı yetkisi ile ilgili bir mesele olmadığı altını

¹⁸⁸ Stephan W. Schill, **a.g.e.**, 284-285.

¹⁸⁹ Stephan W. Schill, **a.g.e.**, s.285.

¹⁹⁰ Stephan W. Schill, **a.g.e.**, s.285.

¹⁹¹ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Dava No. ARB/03/26, Karar, 2 Ağustos 2006, paras.335-337; *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 Mart 2006, paras. 204, 219-221, Bu kararda, 204. paragrafta, hakem heyeti ilgili yatırım anlaşmasında ev sahibi devletin hukuka uygunluk gerekliliğine yatırımın tanımında yer verilmemesine rağmen, gene de bu gerekliliğin anlaşmanın ikinci maddesinde yer alan düzenlemeye göre var olduğu sonucuna ulaşmıştır. Yani heyete göre ev sahibi devletin yatırım anlaşmasından kaynaklanan yükümlülükleri ancak ilgili yatırım ulusal hukuka uygun olarak yapılırsa doğar. Ancak hakem heyeti devamında yaptığı incelemede yatırımın hukuka uygun olduğunu tespit etmiştir.

¹⁹² Burak Terzi, **Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezleri Dizisi No: 16, İstanbul, On İki Levha Yayınları, Aralık 2019, ss.106-107.

¹⁹³ Zachary Douglas, “The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration”, **ICSID Review**, Yıl. 2014, Cilt. 29, Sayı. 1, s. 174.

¹⁹⁴ **A.g.e.**, s.177.

¹⁹⁵ **A.g.e.**, ss.177-179.

çizmiştir.¹⁹⁶ Yazara göre bazı durumlarda kabul edilebilirlik kurumu da yatırımcının hukuka aykırı fiillerini değerlendirmek için uygun bir araç olabilir.¹⁹⁷

Fraport v. Filipinler davasında, Cremades sunduğu muhalefet şerhinde de benzer görüşleri dile getirmiştir.¹⁹⁸ Bu kapsamda prensip olarak yatırımcının hukuka aykırılık teşkil eden fiilleri esas aşamasında incelenmelidir.¹⁹⁹ Yargılama yetkisine ilişkin değerlendirme, sadece, söz konusu yatırımın ev sahibi devletin hukukuna uygun iktisap edilmiş bir malvarlığı teşkil edip etmediği belirlenirken söz konusu olmalıdır.²⁰⁰ Cremades ayrıca kabul edilebilirlik incelemesini gerektirecek bazı sebeplerin de var olabileceğinin altını çizmiştir.²⁰¹

ii-Yargı Yetkisi ve Kabul Edilebilirlik Arasındaki Ayrım

Bu noktada yatırım tahkimindeki yargı yetkisi (*jurisdiction*) ve kabul edilebilirlik (*admissibility*) kurumları arasındaki ayrıma değinilmelidir. Uluslararası yatırım hukukunda bu iki kurum arasındaki farka ilişkin tartışmalar oldukça kapsamlıdır, burada sadece çalışmamız çerçevesinde gerekli olan bilgilerin verilmesiyle yetinilecektir. ICSID Konvansiyonu, ICSID Tahkim Kuralları ve UNCITRAL Tahkim Kuralları açıkça kabul edilebilirlik kurumuna yer vermemiştir. Dolayısıyla kabul edilebilirlik kurumunun mahiyeti²⁰² ve yargı yetkisi ile arasındaki ayrım tartışmalıdır.²⁰³ Ancak gene de bu iki kurum arasında bir ayrım yapmak

¹⁹⁶ “On the other hand, serious misconduct is not necessarily always a jurisdictional issue.”, Andrew Newcombe, **a.g.e.**, s.198.

¹⁹⁷ Andrew Newcombe, **a.g.e.**, s.199.

¹⁹⁸ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Dava No. ARB/03/25, Karar, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, 16 Ağustos 2007, paras. 36-41.

¹⁹⁹ “As a matter of principle, therefore, the legality of the investor's conduct is a merits issue.”, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, para. 38.

²⁰⁰ “The inquiry at the jurisdictional phase required by the phrase «in accordance with the laws and regulations of the Host State» is limited to determining whether the type of asset is legal in domestic law.”, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, para. 38.

²⁰¹ “In cases of gross illegality there may also be other reasons for the inadmissibility of a claim.”, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, para. 40.

²⁰² Christer Söderlund, Elena Burova, “Is There Such a Thing as Admissibility in Investment Arbitration?”, **ICSID Review**, Yıl. 2018, Cilt.33, Sayı.2.

²⁰³ Michael Waibel, “Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility”, **University of Cambridge Faculty of Law Research Paper**, Yıl. 2014, Paper No. 9, ss.6-7, bkz. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2391789 (erişim tarihi:12.06.2020).

mümkündür.²⁰⁴ Hakem heyeti bir dava üzerinde yargı yetkisi olmadığına karar verdiğinde, bu yargı yetkisine ilişkin bir veya birden fazla unsurun yokluğuyla ilişkilidir.²⁰⁵ Bu unsurlar şöyle sayılabilir. Öncelikle tarafların tahkim yargılamasına ilişkin rızasının (*consent*) olması gerekir ve bu rıza hakem heyetinin kişi bakımından yetkisini (*ratione personae*), konu bakımından yetkisini (*ratione materiae*), zaman bakımından yetkisini (*ratione temporis*) ve son olarak da yer bakımından yetkisini (*ratione loci*) kapsamalıdır.²⁰⁶ Dolayısıyla bu unsurlardan birinin veya birkaçının yokluğu durumunda hakem heyeti o davayı yargılamak bakımından yetkiye sahip olmadığına karar vermiştir ve esasa ilişkin bir değerlendirme yapmayacaktır.

“Kabul edilebilirlik heyetin bir davayı belirli bir zamanda inceleme yetkisine atıfta bulunur.”²⁰⁷ Kabul edilebilirlik incelemesinde hakem heyeti dava üzerinde yargı yetkisi olduğuna karar vermesine rağmen çeşitli nedenlerden dolayı söz konusu iddiayı/ iddiaları kabul edilemez bulmuştur. Böyle bir karar uyuşmazlıkta ileri sürülen bütün iddialara ilişkin olabileceği gibi birkaçına ilişkin de olabilir.²⁰⁸ Michael Waibel kabul edilebilirlik incelemesinin geniş çaplı meseleleri kapsamına aldığını belirtmiştir.²⁰⁹ Yazara göre taraf ehliyeti ile ilgili meseleler, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması, hakkında daha önce kesin hüküm (*res judicata*) verilmiş olan bir iddia hakkında yeniden dava açılması gibi durumlar kabul edilebilirlik incelemesine konu olabilir. Ancak hangi hususların kabul edilebilirlik incelemesine dahil edileceği hakkında henüz doktrinde ve içtihatla uzlaşıya varılmamıştır.²¹⁰

²⁰⁴ “... lack of jurisdiction refers to the jurisdiction of the Tribunal and inadmissibility refers to the admissibility of the case.”, para.57, “Jurisdiction is the power of the tribunal to hear the case; admissibility is whether the case itself is defective – whether it is appropriate for the tribunal to hear it. If there is no title of jurisdiction, then the tribunal cannot act.”, *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Dava No. ARB(AF)/98/2, Dissenting Opinion of Keith Highet, 8 Mayıs 2000, paras.57-58.

²⁰⁵ Filip Balcerzak, *a.g.e.*, s.130.

²⁰⁶ Michael Waibel, “Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility”, s. 31.

²⁰⁷ Michael Waibel, “Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility”, s. 5.

²⁰⁸ Michael Waibel, “Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility”, s. 5.

²⁰⁹ “Admissibility covers a wide range of matters: issues relating to standing (whether the plaintiff has the right to bring a particular case or to seek particular relief) ; whether the claim is ‘new’ with respect to the dispute submitted; issues relating to the judicial/arbitral function (e.g. whether a court can give a merely ‘advisory’ opinion; settlement of a dispute after seisin; whether a court can express an opinion on an ‘abstract’ issue unrelated to the present rights and obligations of the parties); mootness of a claim; the failure to exhaust local remedies; the tribunal’s discretion not to hear a dispute on the ground that the same (or similar) claim is allocated to or pending in another – *lis alibi pendens* or *forum non conveniens*; the claim implicates a necessary third party and *res judicata*.”, Michael Waibel, “Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility”, s. 8.

²¹⁰ Burak Terzi, *a.g.e.*, s.117.

iii-Yatırım Anlaşmasında Ev Sahibi Devletin Hukukuna Uygunluk Gerekliliğinin Açıkça Düzenlenmemiş Olması Durumu

Bu çerçevede değinilmesi gereken diğer bir mesele, ilgili yatırım anlaşmasında ev sahibi devletin hukukuna uygunluk gerekliliğinin açıkça düzenlenmediği durumlarda, hakem heyetlerinde nasıl bir yol izleneceğine ilişkindir. Çeşitli hakem heyeti kararlarında, yatırım anlaşmasında hukuka uygunluk gerekliliği açıkça belirtilmemiş olsa da, yatırımcının gene de ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak yatırım yapması gerektiği ve buna yönelik zımni bir yükümlülüğe (*implicit obligation*)²¹¹ sahip olduğu vurgulanmıştır.

Plama v. Bulgaristan kararı bu kapsamda incelenebilecek bir karardır. Olayda hakem heyeti yatırımın Bulgar Hukuku'na aykırı olarak yapıldığını saptamıştır ancak ilgili yatırım anlaşması olan “Enerji Şartı Anlaşması” (*Energy Charter Treaty* (ECT)) yatırımın ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak yapılmasına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Hakem heyeti ise kararında hukuka uygunluk gerekliliğine ilişkin açık bir hükmün yokluğunu, ECT'nin ulusal veya uluslararası hukuka aykırılık teşkil eden yatırımları da koruması kapsamına aldığı şeklinde yorumlanmaması gerektiğini belirtmiştir.²¹² Hakem heyeti devamında hiç kimsenin kendi kusurundan hareketle hak iddiasında bulunamayacağı anlamına gelen “*nemo auditur propriam turpidunem allegans*” ilkesine atıfta bulunmuş ve yatırımcının ECT'nin korumasından yararlanmasının bu ilkeye ve uluslararası kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini saptamıştır.²¹³

Fraport v. Filipinler kararında hakem heyeti ikili yatırım anlaşmalarının devletlere verdiği yükümlülüklerin yanı sıra yatırımcıya da yükümlülükler tanıdığını ve bu yükümlülüklerden birinin de yatırımın ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak yapılması gerekliliği olduğunu belirtmiştir.²¹⁴ *Phoenix Action Ltd. v. Çek*

²¹¹ Filip Balcerzak, *a.g.e.*, s.140.

²¹² “*This does not mean, however, that the protections provided for by the ECT cover all kinds of investments, including those contrary to domestic or international law.*”, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Dava No. ARB/03/24, Karar, 27 Ağustos 2008, para. 138.

²¹³ “*The Tribunal is of the view that granting the ECT's protections to Claimant's investment would be contrary to the principle nemo auditur propriam turpitudinem allegans invoked above. It would also be contrary to the basic notion of international public policy - that a contract obtained by wrongful means (fraudulent misrepresentation) should not be enforced by a tribunal.*”, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, para. 143.

²¹⁴ “*As for policy, BITs oblige governments to conduct their relations with foreign investors in a transparent fashion. Some reciprocal if not identical obligations lie on the foreign investor. One of those is the obligation to make the investment in accordance with the host state's law.*”, *Fraport AG*

Cumhuriyeti kararında da hakem heyeti yatırımın ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak yapılmasının yatırımcı için bir yükümlülük teşkil ettiğini belirtmiş ve bu yükümlülüğün ilgili ikili yatırım anlaşmasında yer alması dahi geçerli olduğuna hükmetmiştir.²¹⁵

Böylece yatırım anlaşmasında ev sahibi devletin hukukuna uygunluk gerekliliği açıkça yer alması dahi yatırımcının gene de ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak yatırım yapmakla yükümlü olduğunu söyleyebiliriz. Ancak burada sorulması gereken soru açık bir hukuka uygunluk hükmünün yokluğu durumunda, yatırımcı yatırımını ulusal hukuka aykırı olarak yaparsa, hakem heyetlerinin nasıl bir karar vermesi gerektiğine ilişkindir. Rahim Moloo ve Alex Khachaturian tarafından yazılan makalede açık bir hukuka uygunluk gerekliliğinin yokluğu durumunda yatırımcının hukuka aykırı fiillerinin yargı yetkisi ile ilgili bir mesele oluşturmadığı belirtilmiştir.²¹⁶ Burada yatırımcının fiilleri kabul edilebilirlik veya esas aşamasında yapılan incelemeye konu edilebilir.²¹⁷ Bu sonuca varılmasının nedeni yatırım anlaşmasında ev sahibi devletin hukukuna uygunluk gerekliliğini düzenleyen bir hükmün yokluğu durumunda devletin tahkime olan rızasının hukuka uygun yatırımla sınırlandırılmamış olmasından ileri gelmektedir.²¹⁸ Dolayısıyla ortada ev sahibi devletin hukukuna aykırı olarak yapılmış olsa dahi, gene de bir yatırım vardır ve yatırımcının hukuka aykırı fiilleri yargı yetkisine ilişkin bir mesele olarak görülemez.

Nitekim yukarıda değindiğimiz *Plama v. Bulgaristan* kararında hakem heyeti yatırımcının hukuka aykırılık teşkil eden fiillerinden dolayı ECT'nin korumasından yararlanamayacağına hükmetmiştir.²¹⁹ Ancak heyet bu sonuca varmasaydı dahi gene de yatırımcının iddialarının haklı olmadığını göstermek için esas incelemesi yapmıştır.²²⁰ Hakem heyeti devamında davalı devletin davacı yatırımcıya karşı ECT kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal etmediği sonucuna vararak yatırımcının

Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Dava No. ARB/03/25, Karar, 16 Ağustos 2007, para.402.

²¹⁵ “And it is the Tribunal’s view that this condition – the conformity of the establishment of the investment with the national laws – is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT.”, *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Dava No. ARB/06/5, Karar, 15 Nisan 2009, para.101.

²¹⁶ Rahim Moloo, Alex Khachaturian, *a.g.e.*, ss.1482-1483.

²¹⁷ Stephan W. Schill, *a.g.e.*, ss.322-323.

²¹⁸ Stephan W. Schill, *a.g.e.*, s.322.

²¹⁹ *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*, para.146.

²²⁰ “This consideration will lead to the conclusion that, even if Claimant would have had the benefit of the substantive protections of the ECT, Claimant’s claims on the merits would have failed.”, *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*, para.147.

tazminata ilişkin taleplerini reddetmiştir.²²¹ Bu karar bakımından dikkat çekilmesi gereken nokta hakem heyetinin söz konusu davayı yargı yetkisinin olmadığı gerekçesiyle reddetmemiş olmasıdır.²²²

Malicorp v. Mısır davasında da ilgili yatırım anlaşmasında açık bir hukuka uygunluk gerekliliği olmamasına rağmen davalı devlet yatırımcının hukuka aykırı fiillerine dayanarak yargı yetkisi itirazında bulunmuştur. Hakem heyeti ise bu itirazın esasa ilişkin bir değerlendirme gerektirdiğine hükmedip, yargı yetkisinin var olduğuna karar vermiştir.²²³ Ancak heyet bu kararında her davada farklı koşullar bulunabileceğine ve niyetinin her dava bakımından genel geçer bir yargıya ulaşmak olmadığını belirtmiştir.²²⁴ Yani huzurdaki davanın şartlarına uygun düştüğü için esas incelemesi yapmıştır.

Sonuç olarak açık bir hukuka uygunluk gerekliliğinin yokluğu durumunda, gene de yatırımcının yatırımını ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak yapmaya yönelik zımni bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak yatırımcı bu yükümlülüğünü ihlal ederse bu durumda öne çıkan görüş, hakem heyetinin bu ihlali yargı yetkisinden ziyade kabul edilebilirlik veya esas aşamasında yaptığı değerlendirmede dikkate alması gerektiğine yöneliktir.

iv-Hukuka Aykırılığın İşlendiği Zaman Dilimi

Ev sahibi devletin hukukuna uygunluk hükümleri ile ilgili son olarak değinilmesi gereken mesele, söz konusu hukuka aykırılığın işlendiği zaman dilimine ilişkindir. Stephan W. Schill'in tespit ettiği üzere; hakem heyetleri genellikle, ilgili hükümlerin yatırım yapılırken ortaya çıkan hukuka aykırılıklara karşı düzenlenmiş olduğu şeklinde bir değerlendirme yapmaktadır.²²⁵ Gerçekten de ev sahibi devletin hukukuna uygunluk hükümlerinin zamansal kapsamının yatırımın yapıldığı (*establishment*) zaman ile sınırlı olduğunu belirten çeşitli hakem heyeti kararları

²²¹ *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*, para.306.

²²² *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*, para.97.

²²³ *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Dava No. ARB/08/18, Karar, 7 Şubat 2011, para.119.

²²⁴ “It is not the intention of this Arbitral Tribunal to provide a general answer to the question.”, *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt*, para.118.

²²⁵ “Meanwhile, arbitral jurisprudence has rather consistently understood “in accordance with host State law”-clauses to target only initial illegality.”, Stephan W. Schill, **a.g.e.**, s.307.

bulunmaktadır.²²⁶ Dolayısıyla söz konusu hükümlerin etkisi yatırım yapılırken gerçekleştirilen hukuka aykırı fiiller ile sınırlı tutulmuştur.²²⁷ Yani bu hükümlerle güdülen amaç yabancı yatırımın ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak yapılmasını sağlamaktır.

Sonuç olarak hukuka uygun yapılmış bir yatırımdan sonra gerçekleştirilen hukuka aykırı fiiller esas veya tazminat aşamasında dikkate alınacaktır.²²⁸ Ancak yatırımın daha en başta hukuka aykırı yapılması durumu –yukarıda değindiğimiz istisnalar saklı olmak üzere- yargı yetkisi ile ilgili bir mesele teşkil edecektir.

b-Yatırımcının Ev Sahibi Devlette İnsan Haklarını Koruyan Ulusal Hukuk Normlarını İhlal Etmesi Bakımından Değerlendirme

Günümüzde çoğu devlet uluslararası andlaşmalar vasıtasıyla kabul ettiği insan hakları yükümlülüklerini kendi iç hukuklarına entegre/ adapte etmiş durumdadır. Hatta bazı ulusal hukuk sistemlerinde uluslararası insan hakları andlaşmalarının hükümlerine ülkelerin kendi kanunlarına nazaran daha üstün bir konum verildiği örneklerle de rastlamak mümkündür. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 90. maddesinde “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” denilmektedir.

Yabancı yatırımların ev sahibi devletlerin hukukuna uygun olarak yapılması gerekliliğinden bahsettik. Bu yükümlülük ilgili yatırım anlaşmasında açık bir hüküm olarak yer alabileceği gibi, böyle bir hüküm olmasa dahi hakem heyetleri, yatırımcıların yatırımlarını hukuka uygun yapmalarının onlar için zımni bir yükümlülük teşkil ettiğine karar vermektedir. Elimizdeki verileri anlamlı bir sıraya koyduğumuzda şu sonuca ulaşıyoruz; yatırımcı yatırımın yapılması sırasında insan hakları ihlaline sebebiyet verdiğinde aslında ev sahibi devletin insan haklarını

²²⁶ “... under this BIT, the temporal scope of the legality requirement is limited to the establishment of the investment; it does not extend to the subsequent performance.”, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplun v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Dava No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27 Eylül 2012, para.266; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Dava No. ARB/07/24, Karar, 18 Haziran 2010, para.127; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Dava No. ARB/03/25, Karar, 16 Ağustos 2007, paras.344-345.

²²⁷ Stephan W. Schill, **a.g.e.**, s.309-310; Burak Terzi, **a.g.e.**, s.127.

²²⁸ Berk Demirkol, **a.g.e.**, ss. 91-92.

koruyan ulusal hukuk normlarını çiğnemiş olmaktadır. Bu durum ise ilgili yatırım anlaşmasının verdiği korumadan yararlanamaması sonucunu doğurabilir.²²⁹

Bu noktada uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini kendi ulusal hukuk düzenine entegre etmemiş devletler bakımından nasıl bir sonuca ulaşabileceğine de değinilmelidir. Böyle bir durumda ev sahibi devletin ulusal hukuk düzeninde insan haklarını koruyan normlar bulunmamaktadır. Bu ihtimalde yukarıda *jus cogens* başlığında değindiğimiz hususlar devreye girebilir. Eğer yabancı yatırımcı *jus cogens* niteliğe sahip kurallara aykırı bir fiil işleyerek, insan hakları ihlaline sebebiyet verirse, o zaman ev sahibi devletin hukukunda böyle fiillere yönelik bir yasaklama getirilmemiş olsa dahi gene de yatırımcı yatırım anlaşmasının verdiği korumadan mahrum kalabilir.²³⁰ Bu sonuç yukarıda değindiğimiz *Phoenix Action v. Çek Cumhuriyeti* kararında hakem heyeti tarafından da dile getirilmiştir.²³¹ Eğer yabancı yatırım insan haklarının korunmasına ilişkin en önemli kurallara aykırı olarak yapılırsa artık ilgili yatırım anlaşmasının korumasından yararlanamaz. Kararda hakem heyeti yatırımın organ ticareti, kölelik, işkence veya soykırım durumlarıyla ilgili olmasını örnek olarak göstermiştir.

Şimdi yatırımcının yatırımın yapılması sırasında ev sahibi devlette insan haklarını koruyan normları ihlal etmesi durumunda hakem heyetlerinin nasıl bir karar vermesi gerektiği hususu üzerinde duracağız. Aslında burada karşımıza yukarıdaki tartışmalara paralel yorumlar çıkmaktadır. Filip Balcerzak bu bağlamda şu görüşleri ileri sürmüştür; yatırımcının yatırımın yapılması sırasında ev sahibi devlette insan haklarını koruyan normları ihlal etmesi durumu, ev sahibi devletin hukukuna göre yatırımcının yatırım teşkil edecek bir malvarlığı değeri kazanmasını engellerse,

²²⁹ Ursula Kriebaum, “Human Rights and International Investment Law”, **Research Handbook on Human Rights and Investment**, Editör, Yannick Radi, Edward Elgar Publishing, 2018, ss.23-24; Patrick Dumberry, Gabrielle Dumas-Aubin, “The Doctrine of “Clean Hands” and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law”, **Transnational Dispute Management Special Issue: Aligning Human Rights and Investment Protection**, Editör, Ursula Kriebaum, Yıl. January 2013, Vol. 10, Issue. 1, ss.7-8.

²³⁰ İnsan hakları yükümlülüklerini kendi ulusal hukukuna entegre etmemiş devletlerde yatırımcının *jus cogens* ihlali teşkil etmeyen insan hakları ihlalleri bakımından nasıl bir yol izleneceği sorusu da akıllara gelmektedir. Bu kapsamda “temiz eller doktrini” ileri sürülmektedir. Eğer temiz eller doktrini uluslararası hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilirse, o zaman temiz eller doktrini gereğince yatırımcı işlediği insan hakları ihlallerinden dolayı yatırım anlaşmasının korumasından mahrum kalabilir. Ancak temiz eller doktrininin uluslararası hukukun genel bir ilkesi olup olmadığı son derece tartışmalıdır. Bkz. Filip Balcerzak, **a.g.e.**, ss.146-147.

²³¹ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Dava No. ARB/06/5, Karar, 15 Nisan 2009, para.78.

burada hakem heyetleri yargı yetkilerinin olmadığına karar vermelidir.²³² Ancak söz konusu hukuka aykırı fiil yatırımcının yatırım teşkil eden bir malvarlığı değerine sahip olmasını engellemiyorsa burada artık kabul edilebilirlik incelemesi yapılmalıdır.²³³ Kanaatimizce Filip Balcerzak tarafından yapılan saptama yerindedir, yatırımcının hukuka aykırı fiiline ve bu fiilin hukuk düzeninde sebebiyet verdiği neticelere göre bir ayırma gidilmesi ve buna göre yatırımcının fiilinin yargı yetkisi veya kabul edilebilirlik incelemesine konu edilmesi makuldür.

Yatırımcının sebebiyet verdiği insan hakları ihlallerinin hakem heyetince yargı yetkisi veya kabul edilebilirlik incelemesine konu edilmesi bakımından değinilmesi gereken önemli bir nokta daha bulunmaktadır. Buna göre hakem heyetlerinin yargı yetkisine veya kabul edilebilirliğe ilişkin bir inceleme yapması için yatırımcının sebebiyet verdiği insan hakları ihlalinin ciddi olması gerektiği savunulmuştur.²³⁴ Küçük çaplı ihlaller (*minor violations*) davanın esası aşamasında dikkate alınmalıdır.²³⁵ Şüphesiz ki; hukuka aykırı fiil ile karşılığında maruz kalınan yaptırım arasında bir denge olması gerekir. Ayrıca yatırımcının sebebiyet verdiği nispeten küçük çaplı ulusal hukuk ihlallerinde bile yatırım anlaşmasının korumasından yararlanamayacak olması yatırım hukukuna zarar verir mahiyettedir. Ancak kanaatimizce insan haklarının ciddi ihlali ya da küçük çaplı ihlali gibi bir ayırım hakem heyetleri tarafından son derece titizlikle yapılması gereken bir ayırımdır.

2-Esas Aşaması Bakımından Değerlendirme

Yatırımcının ev sahibi devlette insan haklarını koruyan ulusal hukuk normlarını ihlal eden fiilini, yatırımın yapılması sırasında yani daha başlangıçta işlemesi durumunda, hakem heyetleri tarafından yapılacak olan değerlendirme, yukarıdaki başlıkta anlattığımız gibi olacaktır. Bu başlık altında ise yatırım yapıldıktan sonra gerçekleşen veya yatırım yapılırken gerçekleşmesine rağmen küçük çaplı olan insan hakları ihlalleri için hakem heyetlerinin nasıl bir karar vermesi gerektiğine cevap arayacağız. Şu detay vurgulanmalıdır ki; “...yatırımcının hukuka uygun yaptığı bir yatırıma ilişkin sürdürdüğü ekonomik faaliyetler sırasında

²³² Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.144.

²³³ Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.144.

²³⁴ Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.144; Marcin Kaldunski, “Principle of Clean Hands and Protection of Human Rights in International Investment Arbitration”, **Polish Review Of International and European Law**, Yıl. 2015, Volume. 4, Issue. 2, ss.97-98.

²³⁵ Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.144; Marcin Kaldunski, **a.g.e.**, ss.97-98.

*hukuka aykırı davranışlarda bulunması daha özenli bir inceleme gerektirmektedir”.*²³⁶

Bu bakımdan meseleyi bir örnek üzerinden somutlaştırmak ve bu örnek üzerinden ilerlemek konunun anlaşılması bakımından daha faydalı olacaktır. Yabancı yatırımcı ev sahibi devlette ona ait şantiyelerden birinde gerekli iş güvenliği kurallarına uymadığı için bir işçinin ölümüne sebebiyet vermiş olsun.²³⁷ Bu örnekte yatırımcı ev sahibi devlette işçinin haklarını korumak için getirilmiş olan iş güvenliği kurallarını ihlal etmiştir. Devletin ise insan haklarının yatay etkisi gereğince bireyin insan haklarını diğer özel kişilerden de koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.²³⁸ Dolayısıyla devlet imzaladığı uluslararası insan hakları andlaşmalarından doğan yükümlülükleri gereğince yatırımcıya bir yaptırım uygulamak zorundadır. Ancak devletin uyguladığı yaptırım, ilgili yatırım anlaşmasında yatırımcıya sağlanan hakları ihlal eder nitelikte olabilir. İşte bu durumda yabancı yatırımcı, yatırım anlaşmasının kendisine tanıdığı yetkiye dayanarak devlet aleyhine tahkim davası açacaktır. Peki hakem heyeti bu durumda nasıl bir karar vermelidir?

a-Uluslararası Hukukun Bölünmesi Tartışması Çerçevesinde: Uluslararası Yatırım Hukuku ve Uluslararası İnsan Hakları Hukuku

Öncelikle örnek olarak gösterdiğimiz olayda uluslararası hukuka dair güncel tartışmalardan birinin izlerini görebiliyoruz. Uluslararası hukukun bölünmesi (*fragmentation*) veya birliğine (*unity*) ilişkin bu tartışma temel olarak uluslararası hukukun alt dalları arasında çıkan çatışmaya yönelmektedir.²³⁹ Biz çalışmamızda yatırım hukuku ve insan hakları hukuku arasındaki çatışma kapsamında bir inceleme yürütüyoruz ancak bu çatışmayı uluslararası hukukun başka alanlarında da görmek mümkündür.²⁴⁰ Ursula Kriebaum tarafından belirtildiği gibi uluslararası insan hakları

²³⁶ Berk Demirkol, **a.g.e.**, s.91.

²³⁷ Berk Demirkol, **a.g.e.**, s.92.

²³⁸ Bu örnekte devletin koruma yükümlülüğü gereğince iş güvenliğinin sağlanması bakımından daha en başta tedbirler alması ve işçinin ölümünü önlemesi gerekirdi. Dolayısıyla burada devletin de bir ihmali olduğu söylenebilir. Ancak şu aşamada bu ihmal konumuz dışında kalmaktadır.

²³⁹ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, ss.29-35.

²⁴⁰ Bu çatışmaya ilişkin doktrindeki temel kaynaklardan biri Joost Pauwelyn tarafından yazılmış olan “Conflict of Norms in Public International Law How WTO Law Relates to Other Rules of International Law” isimli kitaptır. Joost Pauwelyn uluslararası hukuktaki norm çatışmasını kaçınılmaz hale getiren birden fazla sebebin varlığına dikkat çekmiştir. Bu sebeplerden dört tanesi uluslararası hukukun doğasına ilişkindir. Bunlar uluslararası alanda kural koyucuların çokluğu, zaman faktörü, ulusal alanda kural koyucuların çokluğu ve uluslararası hukukta merkezi bir yargılama sisteminin (*No centralised adjudicator*) olmamasıdır. Pauwelyn dört ayrı sebebi de modern uluslararası hukuk bağlamında sayar. Bunlar devletlerin bir arada yaşamasına ilişkin hukuk kurallarından devletler

andlaşmaları genelde doğrudan yatırım anlaşmalarıyla çatışan hükümler barındırmamaktadır.²⁴¹ Bariz örnekler vermek gerekirse; yatırımcının ev sahibi devletteki mal varlığının tazminat ödenmeden kamulaştırılması yahut yatırımcıya adaletsiz ve hakkaniyetsiz davranılması şeklinde düzenlemeler içermemektedir.²⁴² Dolayısıyla uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası yatırım hukuku arasındaki çatışma aslında ilk bakışta fark edilmeyecek detaylara sahip olan çetrefilli bir meseledir.

Yatırımcının kendisine uygulanan yaptırımın karşılığında ev sahibi devlet aleyhine açtığı davanın esası aşamasında inceleme yapılırken devlet, sahip olduğu insan hakları hukuku yükümlülüklerini bir savunma olarak ileri sürebilir. Bu bakımdan yaşadığı ağır ekonomik krizin sonrasında Arjantin aleyhine açılan tahkim davaları uygun bir örnek oluşturmaktadır. Arjantin iki binli yılların başında çok ciddi bir ekonomik kriz yaşamıştır.²⁴³ Bu dönemde Arjantin ekonomisi %30 küçülmüş ve 2002 yılında olağanüstü hal ilan edilerek çok sayıda düzenleme ile ekonomiye bazı müdahalelerde bulunulmuştur.²⁴⁴ Bu müdahalelerden etkilenen yatırımcılar Arjantin aleyhine çok sayıda tahkim davası açmıştır.²⁴⁵

Arjantin aleyhine açılan davalarda başlıca iki savunma argümanı ileri sürmüştür.²⁴⁶ Birinci argüman Arjantin ulusal hukukunda insan hakları hukukunun anayasal statüsüne dayanmış, ikincisi ise içinde bulunduğu ekonomik krizden dolayı yaşadığı zaruret haline ilişkin olmuştur.²⁴⁷ Ancak hakem heyetlerinin bazı davalarda insan hakları hukukuna dayalı savunmaları dinlemek bakımından gönülsüz davrandığı²⁴⁸ ve bu savunmaları üzerinde esaslı tartışma yapmadan reddettiği dile

arasındaki iş birliğine ilişkin hukuk kurallarına geçiş (*The move from a law on 'co-existence' to a law on 'co-operation'*), küreselleşme, bir değerler hiyerarşisinin ortaya çıkması ve uyuşmazlıkların yargısal çözümünde ortaya çıkan yükseliştir (*An increase in the judicial settlement of disputes*). Bkz. Joost Pauwelyn, **Conflict of Norms in Public International Law How WTO Law Relates to Other Rules of International Law**, USA, Cambridge University Press, 2003, ss.12-23.

²⁴¹ Ursula Kriebaum, "Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration", **The Journal of World Investment & Trade**, Yıl.2009, Volume. 10, Issue. 5, s.656.

²⁴² **A.g.e.**, s.656.

²⁴³ Gökhan Albayrak, "Bir Dengeleme Sanatı Olarak Uluslararası Hukuk: Uluslararası Yatırım Hukuku Örneği", **7. Uludağ Uluslararası İlişkiler Konferansı**, Bursa, 21- 22 Ekim 2015, s.8, bkz. https://www.academia.edu/17275499/Bir_Dengeleme_Sanatı_Olarak_Uluslararası_Hukuk_Uluslararası_Yatırım_Hukuku_Örneği_7._Uludağ_Uluslararası_İlişkiler_Konferansı_21.10.2015_Bursa (erişim tarihi: 12.06.2020).

²⁴⁴ **A.g.e.**, s.8.

²⁴⁵ **A.g.e.**, s.8.

²⁴⁶ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.56.

²⁴⁷ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.56.

²⁴⁸ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.69.

getirilmiştir.²⁴⁹ Hakem heyetlerinin insan hakları hukukuna dayalı savunmaları değerlendirmek konusundaki isteksizliğinin altında birden fazla gerekçe yattığı söylenebilir. Bu çerçevede Moshe Hirsch makalesinde, uluslararası hukuk ve yatırım hukuku arasındaki yapısal farklılıkların, hakem heyetlerinin tarafların rızasına dayanan yatırım anlaşması hükümlerine öncelik vermesi sonucunu doğurduğu tespitini yapmıştır.²⁵⁰

Bu kapsamda örnek olarak *CMS Gas Transmission Co v. Arjantin* davası incelenebilir. Davada Arjantin ülkedeki ekonomik krizin vatandaşlarının temel haklarını etkilediğini ve böyle bir ortamda anayasal olarak kabul edilmiş temel haklara aykırılık teşkil eden hiçbir yatırım anlaşmasına üstünlük tanınamayacağı savunmasını yapmıştır.²⁵¹ Bu savunmaya karşılık hakem heyeti ise anayasada mülkiyet hakkının da dikkatlice korunduğunu ve taraflarca tartışılan meseleler göz önüne alındığında temel insan haklarını etkileyen bir hususun söz konusu olmadığını belirtmiştir.²⁵²

Gene bu bağlamda *Azurix v. Arjantin* kararına da değinilebilir. Azurix, Buenos Aires’de su ve kanalizasyon sistemleri üzerinde yatırım yapmış olan Amerikalı bir şirkettir. Davada Arjantin ilgili ikili yatırım anlaşması ile tüketicilerin haklarını koruyan insan hakları andlaşmaları arasındaki çatışmaya dikkat çekmiştir. Arjantin’e göre böyle bir çatışma durumu insan hakları lehine çözümlenmek zorundadır zira tüketicilerin kamu yararını servis sağlayıcının özel yararından üstün tutmak gerekir.²⁵³ Hakem heyeti ise savunmanın esasına ilişkin hiçbir tartışma

²⁴⁹ Haydar Burak Gemalmaz, **a.g.e.**, s.61.

²⁵⁰ Moshe Hirsch, “Interactions between Investment and Non-Investment Obligations in International Investment Law”, **Published by the International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty**, Research Paper No.14-06, November 2006, ss.31-32.

²⁵¹ “...as the economic and social crisis that affected the country compromised basic human rights, no investment treaty could prevail as it would be in violation of such constitutionally recognized rights.”, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Dava No. ARB/01/08, Karar, 12 Mayıs 2005, para. 114.

²⁵² “First because the Constitution carefully protects the right to property, just as the treaties on human rights do, and secondly because there is no question of affecting fundamental human rights when considering the issues disputed by the parties.”, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, para.121.

²⁵³ “The Respondent also raises the issue of a conflict between the BIT and human rights treaties that protect consumers’ rights. According to Argentina’s expert, a conflict between a BIT and human rights treaties must be resolved in favor of human rights because the consumers’ public interest must prevail over the private interest of service provider.”, *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Dava No. ARB/01/12, Karar, 14 Temmuz 2006, para.254.

yapmamış ve Arjantin'in savunmasının yeterince iyi aktarılmadığını ve mevcut davanın detaylarıyla ilgisinin anlaşılmadığını belirtmiştir.²⁵⁴

Hakem heyetlerinin işbu kararlarda ev sahibi devletin insan hakları yükümlülüklerine ilişkin savunmalarını dinlemekte takındığı gönülsüz tavır eleştiriye hak etmektedir. Zira hakem heyetlerinin sadece yatırımcıyı korumak amacıyla ve yatırımcıya yönelik bir tarafsızlıkla (*bias*) hareket etmemesi gerekir.²⁵⁵ Elbette uluslararası yatırım hukuku yabancı yatırımı korumak üzere teşekkül etmiş olan bir hukuk dalıdır. Ancak gene de hakem heyetlerinin tek yönlü bir tavır takınmadan karar vermesi gerekir.²⁵⁶ Bu kapsamda hakem heyetleri devletin yatırım hukukunun alanının dışında kalan yükümlülükleri ile yatırım hukukuna ilişkin yükümlülükleri arasında bir denge kurmalıdır. İnsan hakları hukuku ve yatırım hukuku tartışması özelinden bakarsak hakem heyetleri yatırımcının haklarını korurken ev sahibi devletin vatandaşlarının haklarını da ihmal etmemelidir.²⁵⁷ Nitekim devletin diğer alanlardaki yükümlülüklerine dikkat çeken ve yatırımcının haklarının korunması ile bu yükümlülükler arasında dengeleyici bir yaklaşım benimsenmesi gerekliliğine değinen kararlar da mevcuttur.²⁵⁸

Bu noktada vurgulanması gereken ilk husus yatırım hukukunun uluslararası hukukun bir dalı olduğu ve bu yüzden uluslararası hukuktan izole edilerek uygulanamayacağı ve yorumlanamayacağı gerçeğidir.²⁵⁹ Yatırım anlaşmaları uluslararası hukukun bünyesinde bulunmaktadır, bu sebeple uluslararası hukuk bağlamında yorumlanmak zorundadır.²⁶⁰ Dolayısıyla uluslararası hukukun başka bir

²⁵⁴ “The matter has not been fully argued and the Tribunal fails to understand the incompatibility in the specifics of the instant case.”, *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, para.261.

²⁵⁵ Yatırım anlaşmalarının yabancı yatırımı korumak üzere imzalandığı ve herhangi bir belirsizlik durumunda buna göre hareket edilmesi gerektiğini açıkça belirten kararlar mevcuttur. “The BIT is a treaty for the promotion and reciprocal protection of investments. According to the preamble it is intended ‘to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other’. It is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments.”, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Dava No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 Ocak 2004, para.116.

²⁵⁶ Haydar Burak Gemalmaz, *a.g.e.*, ss.63-64.

²⁵⁷ Bruno Simma, “Foreign Investment Arbitration: A Place For Human Rights?”, *International and Comparative Law Quarterly*, Yıl. Temmuz 2011, Volume. 60, Issue. 3, s.580.

²⁵⁸ “...a balanced interpretation is needed, taking into account both State sovereignty and the State's responsibility to create an adapted and evolutionary framework for the development of economic activities, and the necessity to protect foreign investment and its continuing flow.”, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Dava No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 Nisan 2006, para.70.

²⁵⁹ Filip Balcerzak, *a.g.e.*, s.149.

²⁶⁰ M. Sornarajah, *a.g.e.*, s.78.

alanı olan insan hakları hukuku yatırım anlaşmalarında yer alan hükümlerin yorumlanmasında rol oynayabilir.²⁶¹ Zira yatırım hukuku ile ilgili hükümlerin sadece ticari kaygılar dikkate alınarak yorumlanması doğru değildir.²⁶² Hatta Filip Balcerzak'ın tespitine göre böyle bir yaklaşım benimsenmesi gerekliliği doktrinde çok sayıda yazar tarafından da kabul edilmiştir.²⁶³ Yatırım anlaşmalarının hükümlerinin yorumlanmasında insan hakları hukuku hükümlerinin uygulanabilirliğini kabul etmek yatırım hukuku ve insan hakları hukuku arasında ortaya çıkan çatışmaları da önleyecektir.²⁶⁴

Bir yatırım anlaşmasının hükümlerinin yorumlanmasında anlaşma metninin tek kaynak olmayacağını böylece belirttik, hakem heyetleri çeşitli andlaşma yorumu kuralları aracılığıyla yatırım anlaşmalarını yorumlarken harici kaynaklara da başvurabilirler.²⁶⁵ Bu harici kaynakların kullanılmasıyla yatırım anlaşmalarının pozitif metninde olmayan yani yatırım anlaşmalarının ötesinde bazı hak ve çıkarlar hakem heyetlerinin önüne gelebilecektir.²⁶⁶ Hakem heyetleri ise bu aşamadan sonra yatırımcı tarafından huzuruna getirilen devlet fiillerini değerlendirirken ölçülülük incelemesine başvurarak karar verebilecektir.²⁶⁷ Şimdi hakem heyetlerinin harici hukuk kaynaklarına başvurmalarını olanaklı hale getiren çeşitli yolları inceleyeceğiz, daha sonra ise ölçülülük değerlendirmesine değineceğiz.

b- Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan Uygulanacak Hukuk Hükümleri

Bu çerçevede ilk olarak yatırım anlaşmalarında yer verilen uygulanacak hukuk hükümlerine değinilmelidir.²⁶⁸ Uygulanacak hukuk hükümleri, hakem heyetlerine huzurlarındaki davayı incelerken başvurabilecekleri hukuk kaynaklarını belirtir. Ve bazı yatırım anlaşmalarındaki uygulanacak hukuk hükümleri hakem heyetlerinin ilgili yatırım anlaşması ile birlikte uluslararası hukuk yahut ulusal hukuk

²⁶¹ Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.149.

²⁶² M. Sornarajah, **a.g.e.**, s.78.

²⁶³ Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.149.

²⁶⁴ Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.153.

²⁶⁵ N. Jansen Calamita, "International Human Rights and the Interpretation of International Investment Treaties – Constitutional Considerations", **Investment Law within International Law Integrationist Perspectives**, Editör, Freya Baetens, United Kingdom, Cambridge University Press, 2013, s.177.

²⁶⁶ **A.g.e.**, s.177.

²⁶⁷ **A.g.e.**, s.177.

²⁶⁸ **A.g.e.**, s.177.

hükümlerine de başvurabileceğini düzenlemiştir.²⁶⁹ Böylelikle insan hakları hukuku uluslararası hukukun ya da ulusal hukukun bir parçası olarak hakem heyetinin huzuruna gelebilir.²⁷⁰ Ayrıca ilgili yatırım anlaşmasında taraflarca bir hukuk seçimi (*choice of law*) hükmüne yer verilmediği durumlarda ICSID Konvansiyonu’nun 42. maddesinin 1. fıkrası gündeme gelebilecektir.²⁷¹ ICSID Konvansiyonu’nun 42. maddesi uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku düzenlemektedir.²⁷² Bu maddede hakem heyetlerinin önlerindeki uyuşmazlığı öncelikle tarafların üzerinde anlaştığı hukuk kurallarına göre çözmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Ancak taraflar böyle bir hukuk seçimi yapmamışlarsa, o zaman hakem heyetleri önlerindeki uyuşmazlığı, uyuşmazlığa taraf devletin ulusal hukuk kuralları –kanunlar ihtilafına ilişkin kurallar da dahil olmak üzere- ve uluslararası hukukun uygulanabilir hukuk kurallarına göre çözer.

c- Sistemik Entegrasyon Prensipleri (*The Principle of Systemic Integration*)

Hakem heyetlerinin harici hukuk kaynaklarına başvurmalarını olanaklı hale getiren ikinci yol Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesidir. Nitekim *Azurix v. Arjantin* kararında ikili yatırım anlaşmalarının uluslararası andlaşmalar olduğu ve dolayısıyla Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi uyarınca yorumlanmaları gerektiği belirtilmiştir.²⁷³ Viyana Sözleşmesi andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin uluslararası teamül hukukunu yansıttığı için ilgili devletler bu sözleşmeye taraf olmasalar bile sözleşme mevcut uyuşmazlık bakımından uygulanabilir durumdadır.²⁷⁴ Bu bağlamda Viyana Sözleşmesi’nin Genel Yorum Kuralı başlıklı 31.

²⁶⁹ Ursula Kriebaum, “Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration”, s.661.

²⁷⁰ Ursula Kriebaum, “Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration”, s.661.

²⁷¹ “Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. Anlaşma sağlanamaması halinde Heyet anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin, hukukunun (Kanunların çalışması halinde uygulanacak kurallar da dahil olmak üzere) ve Uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını uygulayacaktır.”, bkz. tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf (erişim tarihi: 09.03.2020).

²⁷² Ali Osman Karaoglu, **a.g.e.**, s.220.

²⁷³ “The Tribunal does not consider that the BIT should be interpreted in favor or against the investor. The BIT is an international treaty and should be interpreted in accordance with the interpretation norms set forth by the Vienna Convention on the Law of the Treaties (‘the Vienna Convention’), which is binding on the States parties to the BIT.”, *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Dava No. ARB/01/12, Karar, 14 Temmuz 2006, para.307.

²⁷⁴ Matthew Weiniger, “Jurisdiction Challenges in BIT Arbitrations – Do You Read a BIT by Reading a BIT or by Reading into a BIT?”, **Pervasive Problems in International Arbitration**, Editörler, Loukas A. Mistelis, Julian D. M. Lew, Kluwer Law International, 2006, s.254.

maddesinin üçüncü fıkrasının c bendi özellikle önemlidir. Bentte bir andlaşmanın yorumlanmasında taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun uygulanabilir olan herhangi bir kuralının dikkate alınması (*take into account*) gereği belirtilmiştir.²⁷⁵ Dolayısıyla düzenlemeye göre bir andlaşmanın yorumlanmasında ilgili olan harici kaynaklar dikkate alınabilir.²⁷⁶ Bu harici kaynaklar diğer uluslararası andlaşmaların hükümleri, uluslararası teamül hukuku veya hukukun genel prensipleri olabilir.²⁷⁷

Viyan Söleşmesi'nin bu bendi andlaşmaların yorumlanmasında sistemik entegrasyon prensibini (*the principle of systemic integration*) düzenlemektedir.²⁷⁸ Sistemik entegrasyon prensibi, bir uluslararası andlaşmanın, uluslararası hukukun bütün kaynaklarını içeren normatif çevresine atıfla yorumlanmasını gerektirir.²⁷⁹ Bunun anlamı, farklı normların tek bir meseleye dayanması durumunda, onların mümkün olan en geniş kapsamda, tek bir uyumlu yükümlölükler dizisini meydana getirecek şekilde yorumlanmasıdır.²⁸⁰

Viyan Söleşmesi'nin 31/3/c bendi yatırım anlaşmalarının yorumlanmasında insan hakları hukuku hükümlerine atıf yapılması için adeta bir geçit işlevini üstlenmektedir.²⁸¹ Bu madde aracılığıyla devletlerin insan hakları hukukuna ilişkin yükümlölükleri hakem heyetleri tarafından dikkate alınabilir bir konuma gelmektedir. Nitekim yatırım tahkiminde bu bendin uygulanmasına yönelik destekleyici kararlara rastlamak mümkündür. *Urbaser v. Arjantin* kararında 31/3/c bendine dikkat çekilerek, ikili yatırım anlaşmasının uluslararası hukukun diğer

²⁷⁵ “There shall be taken into account, together with the context:...(c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.”, bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf> (erişim tarihi: 07.03.2020).

²⁷⁶ Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, **Yearbook of the International Law Commission**, Yıl. 2006, Volume 2, Part 2, para.18, s.180.

²⁷⁷ Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, **Yearbook of the International Law Commission**, Yıl. 2006, Volume 2, Part 2, para.18, s.180.

²⁷⁸ Talat Kaya, “Uluslararası Hukuk Bölünüyor Mu? Uluslararası Hukukun Genişlemesi ve Farklılaşmasından Kaynaklanan Zorluklar”, **AÜHFD**, Yıl. 2012, Cilt. 61, Sayı. 1, ss.169-170.

²⁷⁹ Jean d’Aspremont, Elodie Tranchez, “The Quest for a Non-conflictual Coexistence of International Human Rights Law and Humanitarian Law: Which Role for the *lex specialis* Principle?”, **Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law**, Editörler, Robert Kolb, Gloria Gaggioli, Edward Elgar Publishing, 2013, s.236.

²⁸⁰ **A.g.e.**, s.236.

²⁸¹ N. Jansen Calamita, **a.g.e.**, s.178.

kuralları ile uyumlu olarak yorumlanması gerektiğine hükmedilmiş ve özellikle ilgili insan hakları hukuku hükümleri belirtilmiştir.²⁸²

Sonuç olarak, yatırımcının ev sahibi devlette insan haklarını koruyan ulusal hukuk normlarını ihlal eden fiiline karşılık devletin uyguladığı yaptırım, yatırımcının yatırım anlaşması ile korunan haklarını ihlal etmiş olabilir. Yatırımcı ihlal iddiasıyla tahkim davasını açtığı anda devlet sahip olduğu insan hakları yükümlülüklerini bir savunma olarak ileri sürebilir. Bazı hakem heyetleri insan hakları hukukuna dayalı devlet savunmalarını dinlemek bakımından gönülsüz (*reluctance*) davranmıştır. Ancak yatırım anlaşmalarında yer alan uygulanacak hukuk hükümleri yahut taraflarca hukuk seçimi yapılmadığında gündeme gelen ICSID Konvansiyonu'nun ilgili düzenlemesi veya Viyana Sözleşmesi'nin 31/3/c bendi uyarınca hakem heyetleri yargılama yaparken harici hukuk kaynaklarına başvurabilir. Dolayısıyla devletin insan hakları hukukuna dayalı savunması hakem heyetleri huzurunda etkili bir hale gelebilir.

d- Ölçülülük İncelemesi

Devletin yatırımcıya karşı uyguladığı yaptırımın insan hakları hukuku yükümlülüklerinden kaynaklandığına ilişkin savunması, hakem heyetleri tarafından yatırımcıya yönelik yatırım anlaşması kapsamında bir ihlalin olup olmadığının saptanmasında dikkate alınacaktır. Yani yatırım anlaşmasının hükümleri ve terimleri yorumlanırken insan hakları hukuku hükümleri etkili olabilecektir.²⁸³ Bu kapsamda adil ve hakkaniyetli muamele (*fair and equitable treatment*), tam koruma ve güvenlik (*full protection and security*) yahut doğrudan veya dolaylı kamulaştırmaya ilişkin ihlal iddialarında insan hakları hukuku hükümleri rol oynayabilecektir.²⁸⁴ Hatta

²⁸² "...has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights.", *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Dava No. ARB/07/26, Karar, 8 Aralık 2016, para.1200.

²⁸³ Ursula Kriebaum, "Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration", s.668.

²⁸⁴ İhlal edildiği iddia edilen ilgili koruma hükmü ve insan hakları hukuku arasında ilişkiyi spesifik olarak inceleyen çalışmalar da mevcuttur. Örnek olarak bkz. Peter Muchlinski, "Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair And Equitable Treatment Standard", **International and Comparative Law Quarterly**, Yıl.2006, Volume.55, Issue. 03; Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.160-207; Ancak bu inceleme çalışmamızın amacı ve kapsamı dışında kalmaktadır, bu yüzden meseleye sadece değinmekle yetineceğiz.

Ursula Kriebaum'un da belirttiği gibi bu tespit yatırım anlaşmalarında geçen bütün koruma hükümleri bakımından uygulanabilir mahiyettedir.²⁸⁵

Tüm bu bilgileri verdikten sonra baştaki örneğimize tekrar dönelim. Şantiyelerinde gerekli iş güvenliği kurallarına uymadığı için bir işçinin hayatını kaybetmesine sebebiyet veren yabancı yatırımcıya karşı devlet, insan hakları hukuku yükümlülükleri gereğince bir yaptırım uygulamak zorundadır. Ev sahibi devletin yatırımcının hukuka aykırı fiillerine karşı uyguladığı orantılı/ölçülü yaptırımlar uluslararası yatırım hukuku bakımından ihlal oluşturmaz.²⁸⁶ “...devletin işçi ölümünü soruşturmak için aldığı tedbirler, şantiyede işçi sağlığını tehdit eden unsurların saptanması halinde işin durdurulması yönünde alınan geçici tedbirler ya da başka ağır hukuka aykırılıklar yüzünden yatırımcının söz konusu işi yapabilmesi için ihtiyaç duyduğu lisansın askıya alınması ya da iptali adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğünü ya da yatırımcıyı koruyan diğer uluslararası normları ihlal etmeyecektir.”²⁸⁷

Ancak bu sonuca varmamız bakımından önemli olan husus devletin uyguladığı yaptırımın ölçülü olması gerekliliğidir. Ölçülülük ilkesi bu bağlamda devletin uyguladığı yaptırımın hukuki olup olmadığının saptanmasında kullanılacaktır.²⁸⁸ Ölçülülük ilkesi spesifik bir devlet eyleminin amacı ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar arasındaki ilişkiyi ele alır.²⁸⁹ Yatırım tahkimi bakımından bir değerlendirme yaparsak, Ali Osman Karaoğlu AIHM'in geliştirdiği

²⁸⁵ “The human rights norms may influence the meaning of the terms and provisions in the investment treaty. They can be of importance, for example, for determining the meaning of the fair and equitable treatment standard and of full protection and security clauses, with regard to decisions on direct or indirect expropriation or the international minimum standard. Furthermore, human rights considerations can find their way into investment law via the interpretation of certain concepts prevalent in that area of the law like “legitimate expectations”. This concept has a role in all of the protection standards.”, Ursula Kriebaum, “Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration”, ss.668-669; Vurgu tarafımızca eklenmiştir.

²⁸⁶ Berk Demirkol, **a.g.e.**, s.92; Ursula Kriebaum, “Human Rights and International Investment Law, s.25.

²⁸⁷ Berk Demirkol, **a.g.e.**, s.92-93.

²⁸⁸ Jasper Krommendijk, John Morijn, “‘Proportional’ by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration”, **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, Editörler, PM Dupuy, F Francioni, EU Petersmann, Oxford, Oxford University Press, 2009, s.438; Berk Demirkol, **a.g.e.**, s.92.

²⁸⁹ Benedict Kingsbury, Stephan W. Schill, “Public Law Concepts to Balance Investors’ Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest- the Concept of Proportionality”, **International Investment Law and Comparative Public Law**, Editör, Stephan W. Schill, USA, Oxford University Press, 2010, s.85.

ölçülülük ilkesinin hakem heyetleri tarafından kullanıldığını belirtmiştir.²⁹⁰ Hem AİHM kararları hem de yatırım tahkimi kararları incelendiğinde devletin eyleminin ölçülülüğünü belirlemek üzere dört unsurun kullanıldığını görüyoruz.²⁹¹ Bunlar meşruiyet, uygunluk, gereklilik ve yeterlilik unsurlarıdır.²⁹² Meşruiyet unsuruyla devletin fiilinin meşru bir amaca sahip olup olmadığı değerlendirilir.²⁹³ Uygunluk ile devletin fiilinin bu meşru amacı gerçekleştirmek için uygun olup olmadığı değerlendirilir.²⁹⁴ Gereklilik ile bu eylemin yapılmasının zorunlu olup olmadığı ve devletin başkaca bir alternatifinin bulunup bulunmadığı değerlendirilir.²⁹⁵ Yani devletin fiili hakka mümkün olduğunca en az zararı veren fiil olmalıdır.²⁹⁶ Son olarak yeterlilik unsuru ise “*eylemin sadece meşru amacı gerçekleştirebilecek kapasitede ve yeterli düzeyde olmasını ve meşru amacın ötesine geçecek şekilde avantaj sağlamamasını*” ifade eder.²⁹⁷

Hakem heyetleri -hala sıklıkla başvurmasalar da- ölçülülük değerlendirmesine kararlarında yer vermektedir.²⁹⁸ Ali Osman Karaoğlu ölçülülük ilkesinin yatırım tahkimi açısından öneminin gelecekte daha çok artabileceği tespitini yapmıştır.²⁹⁹ Yatırım anlaşmaları ölçülülük ilkesine doğrudan atıf yapabilir. Ama böyle bir atfın olmadığı durumlarda da yatırım anlaşmaları uygulanırken ve yorumlanırken hakem heyetlerinin ölçülülük ilkesine başvurması mümkündür.³⁰⁰ Zira yukarıda da değindiğimiz gibi Viyana Sözleşmesi’nin 31/3/c bendi gereğince taraflar arasında uluslararası hukukun uygulanabilir olan herhangi bir kuralı andlaşma yorumunda

²⁹⁰ Ali Osman Karaoğlu, **a.g.e.**, s.338; Hakem heyetleri tarafından AİHM’in ölçülülük ilkesinin kullanıldığı davalardan biri için bkz. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Dava No. ARB (AF)/00/2, Karar, 29 Mayıs 2003, paras.116-149; Yukarıda yatırım hukuku ve insan hakları hukukunun kesişim alanlarından bahsederken, insan hakları hukuku ilke ve kurallarının hakem heyetleri tarafından kullanılması durumunu da belirtmiştik. Burada kökeni insan hakları hukuku olan ilke ve kuralların yatırım tahkimi kararlarına adeta ithal edilmesinden bahsediyoruz. Bu ilişkinin doğmasında özellikle uluslararası yatırım hukukundaki yatırım kavramı ile insan hakları hukukundaki mülkiyet kavramı arasındaki benzerlikler yatmaktadır. Bu sebeple AİHM’in kullandığı ölçülülük ilkesine yatırım tahkimi kararlarında da başvuruluyor olması şaşırtıcı değildir. AİHM’in ölçülülük ilkesini kararlarında nasıl kullandığına ilişkin kapsamlı bir inceleme için bkz. Haydar Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, 2. Basım, Beta Yayıncılık, Nisan 2017, ss.519-615.

²⁹¹ Ali Osman Karaoğlu, **a.g.e.**, s.340.

²⁹² Matthias Klatt, Moritz Meister, **The Constitutional Structure of Proportionality**, Oxford University Press, Reprinted 2014, s.8; Ali Osman Karaoğlu, **a.g.e.**, s.340.

²⁹³ Matthias Klatt, Moritz Meister, **a.g.e.**, s.8.

²⁹⁴ Matthias Klatt, Moritz Meister, **a.g.e.**, s.8.

²⁹⁵ Ali Osman Karaoğlu, **a.g.e.**, s.341.

²⁹⁶ Matthias Klatt, Moritz Meister, **a.g.e.**, s.8.

²⁹⁷ Ali Osman Karaoğlu, **a.g.e.**, s.341.

²⁹⁸ Benedict Kingsbury, Stephan W. Schill, **a.g.e.**, s.88.

²⁹⁹ Ali Osman Karaoğlu, **a.g.e.**, s.335.

³⁰⁰ Benedict Kingsbury, Stephan W. Schill, **a.g.e.**, s.88.

dikkate alınabilir. Ölçülülük ilkesini bu bağlamda hukukun genel ilkesi teşkil eden bir harici kaynak olarak kabul edebiliriz.³⁰¹ Bu durumda yatırım anlaşmalarında yer verilen koruma hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasında ölçülülük ilkesine başvurulabilir.

Sonuç olarak devletin yatırımcının insan haklarını koruyan ulusal hukuk normlarını ihlal eden fiiline karşı uyguladığı yaptırım, yatırımcı tarafından ilgili yatırım anlaşmasının ihlali iddiasıyla tahkime taşındığında; hakem heyeti devletin eyleminin ölçülü olup olmadığını değerlendirecektir. Yatırımcının ihlal edildiğini iddia ettiği koruma hükümleri yorumlanırken ölçülülük ilkesi rol oynayacaktır. Eğer yukarıda örneklerini saydığımız gibi devletin eylemi somut olayda ölçülü ise o zaman hakem heyeti yatırım hukuku bakımından ihlal olmadığına karar verebilir. Ancak devletin eylemi ölçüsüzse o zaman bu bizi aşağıdaki başlıkta yer alan incelemeye götürecektir.

3- Tazminat Aşaması Bakımından Değerlendirme (Tazminatın Mahsup Edilmesi)

Bu başlık altındaki incelememize verdiğimiz örneğe geri dönerek başlayalım. Gerekli iş güvenliği kurallarına uymayan ve bu sebeple bir işçinin ölümüne sebep olan yatırımcı için devletin ölçülü/orantılı bir yaptırım uygulaması gerekir. Örneğin yatırımcının gerekli iş güvenliği kurallarına uyması için fabrikasının altı ay boyunca devlet tarafından kapatılması somut olay nezdinde ölçüsüz bir yaptırımdır.³⁰² Yukarıda da değindiğimiz gibi devletin uyguladığı bu ölçüsüz yaptırım, ölçülü yaptırıma göre bizi farklı bir sonuca ulaştıracaktır. Burada artık devletin yatırımcının ilgili yatırım anlaşması ile korunan haklarını ihlal etmiş olduğunu söyleyebiliriz.³⁰³ Devletin yatırım hukuku bakımından sorumluluğu doğacaktır. Somut olayda yatırımcının fabrikasının altı ay boyunca kapatılması dolaylı kamulaştırma veya adil ve hakkaniyetli muamele hükümlerinin ihlali teşkil edebilir.³⁰⁴

Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta yatırımcının ev sahibi devlette insan haklarını koruyan normları ihlal eden fiilinin devleti böyle bir yaptırım uygulaması için tetiklemiş olmasıdır. Yani devletin fiili yatırımcının fiiline nazaran

³⁰¹ Benedict Kingsbury, Stephan W. Schill, **a.g.e.**, s.88.

³⁰² Berk Demirkol, **a.g.e.**, s.93.

³⁰³ Berk Demirkol, **a.g.e.**, s.93.

³⁰⁴ Berk Demirkol, **a.g.e.**, s.93.

ölçüsüz ve fakat neden sonuç ilişkisi içindedir.³⁰⁵ Dolayısıyla devlet yatırım hukuku bakımından sorumlu tutulacaktır ancak yatırımcının fiili de hakem heyeti tarafından “müterafik kusur”³⁰⁶ (*contributory fault*) olarak kabul edilebilir ve devletin sorumlu olduğu tazminatın hesaplanmasında göz önüne alınabilir.³⁰⁷ Hakem heyeti tazminatın miktarını yatırımcının kusuru oranında mahsup edebilir.³⁰⁸ Şimdi müterafik kusur kavramını³⁰⁹ uluslararası hukuk bakımından inceleyelim.

a-Müterafik Kusur

Rudolf Dolzer ve Christoph Schreuer tarafından hakem heyetlerinin tazminat miktarını hesaplarken yatırımcının davranışını da göz önüne aldığı belirtilmiştir.³¹⁰ ARSIWA’nın³¹¹ 39. maddesinde “zarara katkı” (*contribution to the injury*) başlığı altında müterafik kusur kavramı düzenlenmiştir ve yatırım hukukunda müterafik kusur kavramı bu düzenlemeden kaynaklanmaktadır.³¹² ARSIWA, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Hukuk Komisyonu tarafından devletlerin uluslararası haksız fiillerinden dolayı uluslararası sorumluluğunu düzenlemek üzere hazırlanmış bir

³⁰⁵ Berk Demirkol, **a.g.e.**, s.93.

³⁰⁶ Müterafik kusur kavramı Türk Doktrininde çeşitli açılardan eleştirilmektedir. Bu sebeple Başak Baysal kitabında bir üst kavram olarak “zarar görenin kusuru” ifadesini kullanmaktadır. İlgili tartışmalar için bkz. Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, İstanbul, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2012, ss.34-35.

³⁰⁷ Berk Demirkol, **a.g.e.**, s.93; Lahra Liberti, “The Relevance of Non-Investment Treaty Obligations in Assessing Compensation”, **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, Editörler, PM Dupuy, F Francioni, EU Petersmann, Oxford, Oxford University Press, 2009, s.564; Patrick Dumberry, Gabrielle Dumas-Aubin, “How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs”, **Yearbook on International Investment Law and Policy 2011–2012**, Editör, Karl P. Sauvant, USA, Oxford University Press, 2013, s. 594.

³⁰⁸ “The tribunal, after considering a human rights claim, may conclude that the compensation of the investor has to be reduced proportionally to the investor’s violation of HR.”, Ioana Knoll-Tudor, “The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms”, **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, Editörler, PM Dupuy, F Francioni, EU Petersmann, Oxford, Oxford University Press, 2009, s.342.

³⁰⁹ TBK’da müterafik kusur kavramı 52. maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir; “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.”

³¹⁰ “At the same time, tribunals have also taken negligent behaviour by the investors into account when calculating damages due to them.”, Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, **Principles of International Investment Law**, New York, Oxford University Press, 2008, s. 273.

³¹¹ Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Sorumluluğuna İlişkin Maddeler (*Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*), İngilizce metni için bkz. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (erişim tarihi: 23.04.2020).

³¹² Martin Jarrett, **Contributory Fault and Investor Misconduct in Investment Arbitration**, Cambridge University Press, 2019, s. 162.

uluslararası kodifikasyon taslağıdır.³¹³ İlk maddesi “*Bir Devletin milletlerarası nitelikteki her haksız fiili, o Devletin sorumluluğunu doğurur*”³¹⁴ olan metin uluslararası teamül hukuku kurallarını yansıtmaktadır.³¹⁵ Taslak maddeler 2001 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir.

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi yatırımcının hukuka aykırı fiiline karşılık neden sonuç ilişkisi içinde ancak ölçüsüz bir yaptırım uygulayan devlet ilgili yatırım anlaşmasındaki yatırımcı lehine olan koruma hükümlerini ihlal etmiştir.³¹⁶ Bu davranışı da ARSIWA’nın ikinci maddesine göre uluslararası hukuka aykırı bir fiil teşkil etmektedir.³¹⁷ Gene ARSIWA’nın birinci maddesine göre ise devletlerin uluslararası hukuku ihlal eden her fiili uluslararası sorumluluğunu gerektirir.³¹⁸ Bu bağlamda ARSIWA’nın “zarara katkı” başlıklı maddesi; “*Onarımı belirlemek için, icra suretiyle ya da ihmâl suretiyle, bilerek ya da dikkatsizlik ile mağdur Devletin ya da adına onarım talep edilen her kişinin ya da birimin zarara katımı hesaba katılmalıdır*”³¹⁹ şeklindedir. Moutier-Lopet genel uluslararası sorumluluk rejiminin mağdurun zararın oluşmasındaki katkısını zaten dikkate almaya izin vereceği tespitini yapmıştır.³²⁰ Ancak yazara göre bu düzenleme ile Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun zarara katkı meselesine ayrı bir maddede yer verecek kadar önem atfettiği anlaşılmaktadır.³²¹ Ayrıca 39. madde bakımından dikkat çeken husus maddenin başlığı ile ilgilidir. “*Contributory fault*” ifadesi değil, “*contribution to the injury*” yani zarara katkı ifadesi kullanılmıştır. Bu başlıkla güdülen amaç kavramı daha geniş çaplı ele almaktır.³²²

³¹³ Hakkı Hakan Erkiner, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, Nisan 2010, s.8.

³¹⁴ Maddenin Türkçe çevirisi Hakkı Hakan Erkiner’e aittir. **A.g.e.**, s.100.

³¹⁵ **A.g.e.**, s.8.

³¹⁶ Berk Demirkol, **a.g.e.**, s.79.

³¹⁷ Berk Demirkol, **a.g.e.**, ss.79-80; ARSIWA madde 2, “*Şayet, icraî surette ya da ihmâl suretiyle işlenen bir davranış: a) Milletlerarası hukuka göre Devlete isnat edilebiliyorsa; ve b) Devletin bir milletlerarası yükümlülüğünün ihlâlini oluşturuyorsa, Devletin bir milletlerarası haksız fiili vardır.*”; Maddenin Türkçe çevirisi Hakkı Hakan Erkiner’e aittir. Bkz. **A.g.e.**, s.105.

³¹⁸ Berk Demirkol, **a.g.e.**, s.80.

³¹⁹ Maddenin Türkçe çevirisi Hakkı Hakan Erkiner’e aittir. Bkz. **A.g.e.**, s.219.

³²⁰ Anaïs Moutier-Lopet, “*Contribution to the Injury*”, **The Law of International Responsibility**, Editörler, James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, s.644.

³²¹ **A.g.e.**, s.644.

³²² Berk Demirkol, **a.g.e.**, s.84; “*Its focus is on situations which in national law systems are referred to as “contributory negligence”, “comparative fault”, “faute de la victim”, etc.*”, James Crawford, **The International Law Commission’s Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries**, Cambridge University Press, 2002, s.240.

Madde 39, zarar gören devlet ya da adına onarım talep edilen kişi ya da birimin davranışının onarımın şekli (*form*) ve miktarı (*extent*) belirlenirken hesaba katılması gerekliliğini düzenlemiştir.³²³ Bu düzenleme hiç kuşkusuz sorumlu devlet ile mağdur arasındaki adaletin sağlanması bakımından önemli bir düzenlemedir.³²⁴ Maddede özellikle konumuz açısından önem taşıyan husus düzenlemeyi sadece zarar gören devletin davranışı ile sınırlamamış olmasıdır. Adına onarım talep edilen kişi ya da birimin davranışı da dikkate alınabilmektedir. Bu husus yatırım hukuku ve insan hakları hukuku dava örneklerinde olduğu gibi devlet ile bireyin karşı karşıya geldiği durumlar bakımından da maddenin uygulanabilirliğini sağlayacaktır.³²⁵ Ayrıca madde tüm onarım şekilleri bakımından başvurulabilir durumdadır.³²⁶ Her ne kadar tazminatın mahsubu nakden tazmin durumunda daha sık uygulansa da madde bağlamında diğer onarım şekilleri için de -aynen tazmin gibi- gündeme gelebilir.³²⁷ Son olarak değinilmelidir ki; madde 39 zarar görenin her fiili bakımından uygulama bulmaz.³²⁸ Maddenin uygulanması için zarar göreninin fiilinin kasten veya ihmalle işlenmiş olması aranmaktadır. Yani zarar görene atfedebileceğimiz bir kusurun olması gerekir.³²⁹

ARSIWA'nın 39. maddesinin yatırım hukuku bakımından uygulanabilirliğine değinmek gerekir. Yatırım hukuku uluslararası hukukun bir dalıdır ve ilk bakışta devletin sorumluluğuna ilişkin taslak maddelerin düzenlendiği ARSIWA'nın bütün maddelerinin yatırım hukuku bakımından doğrudan uygulama bulabileceği düşünülebilir. Ancak ARSIWA metnini bütünüyle incelediğimizde 39. maddenin yatırım hukukunda doğrudan uygulanamayacağı sonucuna varıyoruz.³³⁰ Zira ARSIWA'nın 33. maddesinin ilk fıkrasında ARSIWA kapsamında sorumlu devletin yükümlülüklerinin devletlerarası niteliği vurgulanmıştır.³³¹ Aynı maddenin ikinci

³²³ A.g.e., s.240.

³²⁴ A.g.e., s.240.

³²⁵ Berk Demirkol, a.g.e., s.83; James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries*, s.241.

³²⁶ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries*, s.241.

³²⁷ Berk Demirkol, a.g.e., s.84; James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries*, ss.240-241.

³²⁸ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries*, s.241.

³²⁹ Berk Demirkol, a.g.e., s.83.

³³⁰ James Crawford, "Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility", *ICSID Review*, Yıl. Spring 2010, Volume.25, Issue.1, s.130; Berk Demirkol, a.g.e., s.94.

³³¹ "1. Sorumlu Devletin, bu bölümde belirtilen yükümlülükleri, ihlâl edilen milletlerarası yükümlülüğün niteliğine, içeriğine ve ihlâl edilmiş şartlarına bağlı olarak bir başka Devlete ya da

fikrasından da, devletin uluslararası hukuk bakımından bireylere karşı olan sorumluluğunun ARSIWA kapsamında olmadığı anlaşılmaktadır.³³²

ARSIWA'daki müterafik kusur düzenlemesi her ne kadar yatırım hukukunda doğrudan uygulama bulamasa da, bu hakem heyetlerinin yaptıkları yargılamalarda madde 39'u kıyas yoluyla (*per analogiam*) uygulamaları için bir engel teşkil etmemektedir.³³³ Ya da madde hakem heyetlerinin yargılamalarını en azından dolaylı olarak da etkileyebilir.³³⁴ Dolayısıyla 39. madde yatırımcının müterafik kusuru ve buna dayalı olarak tazminatın mahsup edilmesi bakımından yatırım hukukunda önemli bir yerde durmaktadır.³³⁵ Nitekim yatırım tahkiminde ARSIWA'nın 39. maddesine atıf yapılan kararlara rastlamak mümkündür. *MTD v. Şili* davasında hakem heyeti 39. maddenin devletler arasındaki ilişkilerde uygulanabilir olduğuna değinmiştir. Ancak devamında bir anlaşmanın ihlali durumunda bireyler tarafından açılan davalar bakımından da maddenin uygulanmaması için hiçbir sebebin olmadığı belirtilmiştir.³³⁶

b- *Occidental v. Ekvador* Kararı

Occidental v. Ekvador kararı bu kapsamda incelemeye değerdir. Kararda ARSIWA'nın 39. maddesine atıf yapılmıştır.³³⁷ Hakem heyetine göre eğer davacı maruz kaldığı zarara kendi hatasıyla (*fault*) katkıda bulunmuşsa artık davacı da sorumluluğa katlanmalıdır ve hükmedilen tazminatta buna bağlı olarak mahsuba gidilebilir.³³⁸ Nitekim dava konusu olayda bazı hakların üçüncü bir yatırımcıya

birden çok Devlete ya da milletlerarası toplumun geneline karşı olabilir.", Maddenin Türkçe çevirisi Hakkı Hakan Erkiner'e aittir. Bkz. **a.g.e.**, s.198.

³³² "2. Bu bölüm, Devletin milletlerarası sorumluluğunun, bir Devletten başka bir kişi ya da bir birim lehine doğrudan doğurabileceği hiçbir hakka halel getirmez.", Maddenin Türkçe çevirisi Hakkı Hakan Erkiner'e aittir. Bkz. **a.g.e.**, s.198.

³³³ Filip Balcerzak, **a.g.e.**, ss.238-239; Berk Demirkol, **a.g.e.**, s.94.

³³⁴ Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.238.

³³⁵ Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.238.

³³⁶ "Part II of the ILC Articles, in which Article 39 is located, is concerned with claims between States, though it includes claims brought on behalf of individuals, e.g., within the framework of diplomatic protection. There is no reason not to apply the same principle of contribution to claims for breach of treaty brought by individuals.", *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Dava No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 Mart 2007, para.99.

³³⁷ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Dava No. ARB/06/11, Karar, 5 Ekim 2012, para. 665.

³³⁸ "The Tribunal agrees that an award of damages may be reduced if the claiming party also committed a fault which contributed to the prejudice it suffered and for which the trier of facts, in the exercise of its discretion, considers the claiming party should bear some responsibility.", *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, para.678.

temlik edilebilmesi için bakanlık izni alınması gerekmektedir ve fakat yatırımcı bu izni almamıştır.³³⁹ Yatırımcının fiiline karşılık devlet yatırımın dayandığı sözleşmeyi kadük kılmıştır.³⁴⁰ Bu dava yukarıda bahsettiğimiz şartları taşır niteliktedir. Zira yatırımcının kusurlu fiili³⁴¹ bir devlet yaptırımının doğmasına sebep olmuş, yani yaptırımı tetiklemiştir. Ve fakat devletin yatırımcının kusurlu fiiline karşılık uyguladığı yaptırım ölçüsüzdür.³⁴² Bu nedenle heyet, devletin ilgili ikili yatırım anlaşmasını -bu anlaşmada yer alan adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünü- Ekvador ulusal hukukunu ve uluslararası teamül hukukunu ihlal ettiğine karar vermiştir.³⁴³ Ancak heyet yatırımcının da müterafik kusuruyla zararın doğmasına katkıda bulunduğunu tespit etmiş³⁴⁴ ve bu yüzden hükmedilen tazminatta takdir hakkını kullanarak %25 oranında mahsuba gitmiştir.³⁴⁵

c-Yukos Kararı

İnceleyeceğimiz diğer bir karar *Yukos* kararıdır. Daimi Tahkim Divanı (PCA) tarafından 18 Temmuz 2014 tarihinde karara varılan davada uluslararası uyuşmazlık çözüm tarihinin en yüksek tazminatına (50 milyar USD) hükmedilmiştir.³⁴⁶ *Yukos* söz konusu olayların başlangıç tarihinde Rusya'daki en büyük petrol şirketi, dünyada da en büyük on petrol şirketi arasında yer almaktaydı.³⁴⁷ 2003 ila 2007 yılları arasında Rusya devleti *Yukos* şirketinin “yetkililerinin vergi kaçakçılığı ve dolandırıcılığı yapan oligarklar olduğu”³⁴⁸ iddiasıyla şirket aleyhine bir dizi tedbir uygulamıştır. Bu tedbirler arasında şirkete 27 milyar dolarlık vergi cezasının verilmesi, şirket yetkilileri aleyhine vergi kaçakçılığı ve dolandırıcılık iddiasıyla cezai kovuşturma yürütülmesi, şirket malvarlığına ilişkin alınan ihtiyadi tedbir

³³⁹ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, para. 662.

³⁴⁰ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, para.383.

³⁴¹ Hakem heyeti gerekli bakanlık iznini almayan yatırımcının ağır bir hatası olduğunu ve yatırımın dayandığı sözleşmeyi ihlal ettiğini saptamıştır. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, paras.380-381.

³⁴² *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, paras.442-452.

³⁴³ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, para.452.

³⁴⁴ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, para.679.

³⁴⁵ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, para.687.

³⁴⁶ Berk Demirkol, **a.g.e.**, s.95.

³⁴⁷ Ali Osman Karaoğlu, **a.g.e.**, s.362.

³⁴⁸ Ali Osman Karaoğlu, **a.g.e.**, s.362.

kararları sayılabilir.³⁴⁹ Tüm bu eylemlerin neticesinde ülkenin en büyük petrol şirketi iflas etmiştir.

Olayda davacılar Yukos'un başarısının ve Yukos'un CEO'su Mikhail Khodorkovsky'nin muhalefet partilerine verdiği maddi desteğin, Rus hükümeti tarafından politik bir tehdit olarak algılandığı ve bu sebeple şirketin yıkılmasının hedeflendiğini iddia etmiştir.³⁵⁰ Bu açıdan dava Genel Kamu Hukuku perspektifinden değerlendirilebilecek bir niteliğe bürünmektedir. Tıpkı Ortaçağ Avrupası'nda feodal beyler ile kralın arasındaki iktidar mücadelesinin bir benzeri günümüz Rusya'sında yaşanmıştır. Sonuç olarak ülkedeki siyasi erk sahibinin ve ülkenin en güçlü sermaye sahiplerinden birinin arasındaki çatışma hem yatırım tahkimine hem de AİHM'e konu olmuştur.³⁵¹

Hakem heyeti olayda Rusya'nın Yukos aleyhine olan faaliyetleri ile ECT kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiği kararını vermiştir.³⁵² Heyet tarafından Rusya'nın ilgili eylemlerinin kamulaştırmaya varmış olduğu (...*have had an effect "equivalent to nationalization or expropriation"*) ve ECT kapsamında yasal kamulaştırmanın şartlarının gerçekleşmediği saptanmıştır.³⁵³ Dolayısıyla Rusya'nın dava bakımından sorumluluğu doğmuştur. Ancak heyet tarafından Yukos şirketinin paravan şirketleri aracılığıyla düşük vergi bölgeleri sistemini kötüye kullandığı ve bu yüzden bir bedel ödemesi gerektiğine hükmedilmiştir.³⁵⁴

Sonuç olarak yukarıda değindiğimiz unsurlar bu dava bakımından da gerçekleşmiştir. Yatırımcının hukuka aykırı fiili neticesinde devlet yatırımcıya yaptırım uygulamıştır. Ancak bu yaptırım, her ne kadar yatırımcının fiili ile neden-sonuç ilişkisi içinde olsa da, yatırımcının fiiline nazaran ölçsüzdür. Hakem heyeti Rusya'yı kamulaştırmaya varan eylemlerinden dolayı sorumlu tutmuş ancak hükmedilen tazminatta Yukos'un hukuka aykırı eylemlerini de dikkate alarak

³⁴⁹ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Dava No. 2005-04/AA227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 Kasım 2009, paras.35-68.

³⁵⁰ "According to Claimants, Yukos' success and the increasing social and economic influence gained by its management—including financial support given by Mr. Khodorkovsky to opposition parties were perceived as a political threat by the Russian authorities and accordingly Yukos would fall grace and be targeted for destruction.", *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Dava No. 2005-04/AA227, Nihai Karar, 18 Temmuz 2014, para.73.

³⁵¹ Yukos davası ile ilgili hem yatırım tahkiminde hem de AİHM'de yürütülen yargılamalara ilişkin bir inceleme için bkz. Ali Osman Karaoğlu, **a.g.e.**, s.361-369.

³⁵² *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Nihai Karar, para.1585.

³⁵³ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Nihai Karar, para.1580-1584.

³⁵⁴ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Nihai Karar, para.1634.

mahsuba gitmiştir. Rusya aleyhine hükmedilen tazminatta takdir hakkını kullanarak tazminatı %25 oranında mahsup etmiştir.³⁵⁵

Hem *Yukos* kararında hem de *Occidental v. Ekvador* kararında dikkat çeken ve eleştiriyi hak eden bir nokta bulunmaktadır. Hakem heyetleri tazminatı %25 oranında mahsup etmiş ancak neden bu oranı belirlediklerine dair detaylı bir açıklama yapmamışlardır. Halbuki böyle hassas bir konuda hakem heyetlerinin ince bir matematik hesabı yürütmesi gerekirdi. Yani yatırımcının hangi kusurlu davranışlarıyla ve ne miktarda zarara katkıda bulunduğu hesaplanmalı ve bu da tazminat miktarına yansıtılmalıydı.³⁵⁶ Sonuç olarak %25 oranından neden daha fazla yahut daha az bir miktarda indirim yapılmadığı kararlarda detaylıca açıklanmalıydı.³⁵⁷

Yukarıda örnek olarak verdiğimiz ve yatırımcının hukuka aykırı fiili sebebiyle tazminat mahsubunun uygulandığı davalarda yatırımcının hukuka aykırı fiili, ev sahibi devlette insan haklarını koruyan bir ulusal hukuk normunun ihlalden ileri gelmemektedir. Dolayısıyla davalar doğrudan konumuzla ilgili değildir ve fakat kıyas yoluyla yatırımcının ev sahibi devlette insan haklarını koruyan bir ulusal hukuk normunu ihlal eden fiili bakımından da uygulanabilir durumdadır. Zira *Yukos*'da vergi kaçırmak, *Occidental v. Ekvador*'da da bir sözleşme maddesini ihlal etmek şeklinde zuhur eden fiiller hukuka aykırıdır.³⁵⁸ Aynı şekilde yatırımcının fiili de, insan hakları hukukuna ilişkin yükümlülüklerini kendi ulusal hukukuna entegre etmiş devletler bakımından, ulusal hukuka aykırıdır (*illegal*).³⁵⁹ Dolayısıyla hakem heyetlerinin yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet verdiği durumlarda tazminat mahsubuna gitmemesi için bir sebep yoktur.³⁶⁰ Burada yatırımcının insan haklarını koruyan bir normu ihlal eden fiiline karşılık, yatırımcıya ölçüsüz bir yaptırım uygulayan devletin davranışıyla, vergi kaçırdığı için *Yukos* şirketi aleyhine ölçüsüz bir yaptırım uygulayan Rusya'nın davranışı arasında hukuki açıdan bir farklılık bulunmamaktadır.³⁶¹

³⁵⁵ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Nihai Karar, para.1637.

³⁵⁶ Berk Demirkol, **a.g.e.**, ss.102-103.

³⁵⁷ “The tribunals did not explain why they decided to reduce the awarded compensation by the adopted figure (25%) as opposed to any other amount.”, Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.236.

³⁵⁸ Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.242.

³⁵⁹ Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.242.

³⁶⁰ Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.242.

³⁶¹ Filip Balcerzak, **a.g.e.**, ss.242-243.

İnsan hakları hukukuna ilişkin yükümlülüklerini kendi ulusal hukuklarına entegre etmemiş devletler bakımından da bir değerlendirme yapmak gerekir. Böyle bir devlette insan haklarını koruyan ulusal normlar yoktur. Ancak yatırımcının sebebiyet verdiği insan hakları ihlali, devletin uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan koruma yükümlülüğünü tetikleyebilir.³⁶² Böyle bir durumda devletin uyguladığı yaptırımın ölçülü olup olmamasına göre hakem heyetleri tarafından ilgili yatırım anlaşmasının ihlal edilmediğine karar verilebileceği yahut ihlale karar verilse bile devlet aleyhine hükmedilen tazminatta mahsuba gidilebileceği söylenebilir.³⁶³

d-Philippe Sands'ın Muhalefet Şerhi

30 Kasım 2017'de karara bağlanan *Bear Creek v. Peru* davası Peru ve Bolivya sınırına yakın bir yerde bulunan gümüş madenleri ile ilgilidir.³⁶⁴ Bu madenlerin işletilmesi için Kanadalı bir şirkete izin verilmiş fakat yerel halk yatırımcının madenlerin işletilmesine ilişkin projesine karşı çıkmıştır.³⁶⁵ Peru hükümeti ise yerel halkın tepkileri neticesinde Kanadalı şirkete verdiği izni geri çekmiştir.³⁶⁶ Hakem heyeti olayda Peru'nun, Peru ve Kanada arasındaki Serbest Ticaret Anlaşması'na aykırı hareket ettiğini ve yatırımcıya verdiği madenleri işletmek için gerekli olan izni daha sonra iptal etmesinin bir dolaylı kamulaştırma teşkil ettiğini saptamıştır.³⁶⁷ Akabinde Bear Creek lehine zararının tazmini için tazminata hükmedilmiştir.³⁶⁸

Bear Creek v. Peru davasında Philippe Sands çalışmamızın konusuyla ilgili bir muhalefet şerhi yazmıştır. Aslında Philippe Sands heyetin kararıyla büyük ölçüde uzlaşa içinde olduğunu ifade etmiştir.³⁶⁹ Ancak tazminat miktarının hesaplanması

³⁶² Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.243.

³⁶³ "Even if no such domestic laws had been adopted in a particular host state, the behaviour of investors which violates human rights could be considered to contribute the if it triggers the state's reaction in accordance with the state's international obligation to protect human rights.", Filip Balcerzak, **a.g.e.**, s.243.

³⁶⁴ Joshua Paine, "Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru Judging the Social License of Foreign Investments and Applying New Style Investment Treaties", **ICSID Review**, Yıl. 2018, Volume.33, No.2, s.341.

³⁶⁵ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Dava No. ARB/14/21, Karar, 30 Kasım 2017, paras.172-201.

³⁶⁶ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, paras.201-203.

³⁶⁷ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, para.416.

³⁶⁸ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, para.738.

³⁶⁹ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Dava No. ARB/14/21, Karar, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, 30 Kasım 2017, para.2.

noktasında heyetin kararına karşı çıkmıştır.³⁷⁰ Bu bağlamda ILO’nun Yerli ve Kabile Halklarına ilişkin 169 No’lu Sözleşmesi’ne (*Indigenous and Tribal Peoples Convention*)³⁷¹ atıf yapan Sands bu sözleşmenin sadece devletlere doğrudan yükümlülük yüklediğini belirtmiştir.³⁷² Ancak Sands’a göre sözleşmenin yabancı yatırımcı için doğrudan yükümlülük yüklememesi, sözleşmenin onlar bakımından önemli olmayacağı veya onlar üzerinde hiçbir yasal etkiye sahip olmayacağı anlamına gelmez.³⁷³ Sands’a göre yabancı yatırımcı sözleşmenin gereklerine uyarak hareket etmeliydi³⁷⁴ ve oradaki yerel halktan bir sosyal lisans (*social licence*) almalıydı.³⁷⁵ Yani çalışmalarını projeden etkilenen yerel halka danışarak ve onlarla iş birliği içinde yürütmeliydi.³⁷⁶ Ancak bunları yapmadığı için kendi zararının oluşmasına katkıda bulunmuştur.³⁷⁷ Dolayısıyla olayda yatırımcının davranışları tazminat hesaplanırken dikkate alınmalıdır.³⁷⁸ Sands bu kapsamda yatırımcı lehine hükmedilen tazminatta yarı oranda mahsuba gidilmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁷⁹

Sands böylelikle yabancı yatırımcının ileride maruz kalabileceği muhtemel zararları minimize etmek için insan hakları hukukuna uygun davranması gerektiğini iddia etmiştir.³⁸⁰ Yatırımcının sebebiyet verdiği insan hakları ihlallerinin tazminat

³⁷⁰ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, para.4.

³⁷¹ Bkz.

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312314:NO (erişim tarihi: 15 Mart 2020).

³⁷² *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, para.9.

³⁷³ “...the fact that the Convention may not impose obligations directly on a private foreign investor as such does not, however, mean that it is without significance or legal effects for them.”, *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, para.10.

³⁷⁴ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, para.11; Sands bu paragrafta ayrıca ilgili serbest ticaret anlaşmasının uygulanacak hukuk ile ilgili hükmünde uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarına da atıf yapıldığı, bu yüzden hakem heyetinin ILO’nun 169 No’lu Sözleşmesi’ni dikkate alarak değerlendirme yapması gerektiğini ifade etmiştir.

³⁷⁵ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, paras.37-38.

³⁷⁶ Markus Krajewski, “Human Rights in International Investment Law: Recent Trends in Arbitration and Treaty- Making Practice”, s.7.

³⁷⁷ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, para.38.

³⁷⁸ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, paras.38-39.

³⁷⁹ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, para.39.

³⁸⁰ Markus Krajewski, “Human Rights in International Investment Law: Recent Trends in Arbitration and Treaty- Making Practice”, s.7.

hesaplanırken dikkate alınacak olması pratikte etkili bir metot olabilir.³⁸¹ Zira yabancı yatırımcının alacağı tazminatın mahsup edilebilecek olması onun için caydırıcı bir nitelik teşkil edebilir.³⁸²

Son olarak belirtilmesi gereken husus yatırımcının sebebiyet verdiği insan hakları ihlallerinin aynı zamanda yargılama harç ve giderleri paylaştırılırken (*allocation of costs, fees, etc.*) de dikkate alınabileceğidir.³⁸³ Bu noktaya muhalefet şerhinde Philippe Sands tarafından da dikkat çekilmiştir. Tazminatın yatırımcı aleyhine mahsup edilmesi gerektiğine ilişkin düşüncelerine atıf yaparak, aynı sebeple tahkim davasının masraflarının da taraflar arasında eşit olarak paylaşılması gerektiği fikrini ileri sürmüştür.³⁸⁴

4- Karşı Dava Kurumu Bakımından Değerlendirme

Şimdiye kadar yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet vermesinin yatırım hukukunda bir savunma olarak ileri sürülebileceği halleri inceledik. Bu başlık altında ise devletin yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet vermesini kendisine karşı açılan davada bir savunma olarak ileri sürmesi halini değil, kendisinin bizzat yatırımcı aleyhine bir karşı dava açarak bu iddiayı ileri sürmesi durumunu inceleyeceğiz.

Karşı dava kurumu, adından anlaşılabilirliği üzere, yatırım tahkiminde davalı devletin davacı yatırımcının davasına karşılık bir dava açması demektir.³⁸⁵ Burada davalı devlet ve davacı yatırımcı tabirlerini kullanmamızın nedeni yatırım tahkiminde neredeyse bütün davaların yatırımcı tarafından açılıyor olmasından kaynaklıdır.³⁸⁶ Karşı davaların genelde müdafaa eden (*defensive*) bir niteliğe sahip olduğunu ve amacın davacının iddiasını savuşturmak (*fend off*) olduğunu

³⁸¹ Markus Krajewski, “Human Rights in International Investment Law: Recent Trends in Arbitration and Treaty- Making Practice”, s.7.

³⁸² Markus Krajewski, “Human Rights in International Investment Law: Recent Trends in Arbitration and Treaty- Making Practice”, s.7.

³⁸³ Patrick Dumberry, Gabrielle Dumas-Aubin, “How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs,” s.594.

³⁸⁴ “*Instead, I believe that the costs of these proceedings should be split equally between the Parties.*”, *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, para.40.

³⁸⁵ Yaroslau Kryvoi, “Counterclaims in Investor-State Arbitration”, **Minnesota Journal of International Law**, Yıl. 2012, Volume. 21, Issue. 2, s.220.

³⁸⁶ **A.g.e.**, s.220.

görüyoruz.³⁸⁷ Karşı dava kurumu yatırım hukukunda gözlemlenen asimetriye karşı etkili bir çözüm olabilir, zira devletin de yatırımcıya karşı dava açma imkanının olması nedeniyle taraflar arasında bir denge kurulması mümkün hale gelebilir.³⁸⁸

Ancak devletin özellikle bir yatırım sözleşmesinden ziyade bir yatırım anlaşmasına dayanarak karşı dava açıp açamayacağı, açabilirse ne zaman ve nasıl açacağı yatırım hukukunda henüz kesin olarak açıklığa kavuşturulmuş hususlar değildir.³⁸⁹ Bu belirsizliğin kaynağında geleneksel yatırım anlaşmalarının yükümlülükleri devlete, hakları ise yatırımcıya veren asimetrik hali yatmaktadır.³⁹⁰ Halbuki devlet karşı davalarına ilişkin sürecin 30 yıllık bir hatanın tarihi olarak tanımlandığı bir makalede yazar ICSID'in devletlere karşı dava açabilme yetkisini verdiğini ancak çok az sayıda tahkim davasında karşı dava prosedürünün işletildiğine dikkat çeker.³⁹¹ Yazara göre karşı dava açabilmek devletlerin bir hakkıdır.³⁹² Gerçekten de ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesi³⁹³ karşı dava kurumunu belirli şartların gerçekleşmesi kaydıyla kabul etmiştir. Gene ICSID Tahkim Kuralları'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında³⁹⁴ da aynı hükmün benzer kelimelerle tekrar edildiğini görüyoruz. Ayrıca UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 21. maddesinin üçüncü fıkrasında³⁹⁵ da karşı davaya ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. İşbu

³⁸⁷ Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, **The ICSID Convention: A Commentary**, Cambridge University Press, 2009, s.750.

³⁸⁸ Yaraslau Kryvoi, **a.g.e.**, s.220.

³⁸⁹ Eric De Brabandere, "Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", **Grotius Centre Working Paper Series**, No 2018/078-IEL- 8 October 2018, bkz. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3264167## (erişim tarihi:23 Nisan 2020), Linkini verdiğimiz bu çalışmada sayfa numaraları yazmamaktadır, çalışmanın bütününe bakılabilir.

³⁹⁰ **A.g.e.**

³⁹¹ Ana Vohryzek-Griest, "State Counterclaims in Investor-State Disputes: A History of 30 years of Failure", **15 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Yıl. 2009, s.86.

³⁹² **A.g.e.**, s.87.

³⁹³ "Except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre.", Bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf> (erişim tarihi: 16.03.2020), s.24.

³⁹⁴ "Except as the parties otherwise agree, a party may present an incidental or additional claim or counter-claim arising directly out of the subject-matter of the dispute, provided that such ancillary claim is within the scope of the consent of the parties and is otherwise within the jurisdiction of the Centre.", Bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf> (erişim tarihi: 16.03.2020), s.118.

³⁹⁵ "In its statement of defence, or at a later stage in the arbitral proceedings if the arbitral tribunal decides that the delay was justified under the circumstances, the respondent may make a counterclaim or rely on a claim for the purpose of a set-off provided that the arbitral tribunal has jurisdiction over

hükümlerde devlet karşı davasının belirli şartlar dahilinde kabul edildiğini görüyoruz. Şimdi bu şartları daha sık başvuru kuralları olduğu için ICSID Konvansiyonu ve ICSID Tahkim Kuralları özelinde daha detaylı inceleyeceğiz. Söz konusu şartlar; tarafların karşı dava açılabilmesine ilişkin rızalarının olması, hakem heyetinin karşı dava üzerinde yargı yetkisinin olması ve karşı davanın doğrudan mevcut uyuşmazlığın konusundan kaynaklanması gerekliliğidir.

a-Tarafların Karşı Dava Açılabilmesine İlişkin Rızalarının Olması Gerekliliği

Karşı dava prosedürünün uygulanabilmesi için uyuşmazlığa taraf olanların buna ilişkin rızasının olması gereklidir.³⁹⁶ Zira rıza tahkimin doğasında var olan ve ayırt edici bir unsurdur.³⁹⁷ Bütün uluslararası andlaşmalar gibi yatırım anlaşmalarını da konu ve amacı ışığında yorumlamak gerekir.³⁹⁸ Tarafların ev sahibi devletin karşı davasına ilişkin rızalarını açıkça ortaya koymadıkları durumlarda, karşı davanın hakem heyetleri tarafından kabul edilip edilmeyeceği aslında problemli bir meseledir.³⁹⁹ Yatırım anlaşmalarının büyük çoğunluğu devlet karşı davasına ilişkin açık bir düzenleme getirmemektedir. Dolayısıyla ev sahibi devletin ve yatırımcının karşı davaya rızasının olup olmadığını belirlemek için ICSID tahkimine yargı yetkisini veren başlangıçtaki karşılıklı rızalarının şartlarını incelemek gerekir.⁴⁰⁰ Başlangıçtaki bu rıza hakem heyetine karşı dava için izin verilip verilmediğinin saptanmasında da etkili olacaktır.

Uluslararası yatırım tahkiminde tahkime rızanın ilan edilebileceği üç yol bulunmaktadır.⁴⁰¹ Bu yollar devlet ile yatırımcı arasında imzalanmış olan sözleşmeye eklenen tahkim klostarı, ev sahibi devletin ulusal mevzuatı yahut ilgili iki taraflı veya çok taraflı yatırım anlaşmalarıdır.⁴⁰² ICSID'ın güncel istatistiklerine göre hakem

it.”, Bkz. <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf> (erişim tarihi: 16.03.2020), s. 17.

³⁹⁶ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.158.

³⁹⁷ Hege Elisabeth Veenstra-Kjos, “Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration”, **Transnational Dispute Management**, Yıl.2007, Volume.4, Issue.4, s.9.

³⁹⁸ Yaraslau Kryvoi, **a.g.e.**, s.226; Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 31/1; “*A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.*”

³⁹⁹ Yaraslau Kryvoi, **a.g.e.**, s.226.

⁴⁰⁰ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.158.

⁴⁰¹ İnci Ataman-Figanmeşe, “Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of “Arbitration Without Privity””, **Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul**, Yıl. 2011, Cilt.43, Sayı.60, s. 190.

⁴⁰² **A.g.e.**, ss.190-193.

heyetleri önüne getirilen uyuşmazlıkların çok büyük bir çoğunluğunda rızanın kaynağını iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmaları oluşturmaktadır.⁴⁰³ Dolayısıyla bundan sonraki incelememizi yatırım anlaşmaları özelinde sürdürebiliriz. Rızanın yatırım anlaşması yahut ev sahibi devletin ulusal mevzuatı vasıtasıyla verildiği durumlarda aslında ortada ev sahibi devletin tek taraflı bir teklifi/icabı (*offer*) söz konusudur.⁴⁰⁴ Bu tek taraflı teklif yatırımcı tarafından kabul edildiğinde (*acceptance by investor*) bir rıza uyuşması (*consent agreement*) ya da başka bir ifadeyle bir tahkim anlaşması (*agreement to arbitration*) doğar.⁴⁰⁵ Böylece tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkime götürmek konusunda karşılıklı rızası teşekkül etmiş olur.

Ev sahibi devletin yatırım anlaşmasında ilan ettiği tahkim teklifi tarafların rızasının ve dolayısıyla tahkim heyetinin yargı yetkisinin alanını saptamada belirleyicidir.⁴⁰⁶ İşte yatırım anlaşmalarında yer alan ve tahkim rızasını gösteren bu klorlar aslında hakem heyetlerinin karşı dava üzerinde yargı yetkisine sahip olup olmadığını saptamak bakımından da belirleyicidir. Ancak işbu hükümler karşımıza farklı formlarda çıkabilmektedir ve bu farklı formların hangilerinin karşı davaya izin verdiğini kesin olarak saptamak zor bir meseledir.⁴⁰⁷ Karşı dava ile ilgili incelemede hakem heyetlerinin konu bakımından yetkisi ve kişi bakımından yetkisi üzerine bir değerlendirme yapmak gerekir.⁴⁰⁸ Dolayısıyla şimdi yatırım anlaşmalarında yer alan ve ev sahibi devletin tahkime rızasını gösteren bu uyuşmazlık çözümü klorlarını (*dispute settlement clause*) önce tahkim heyetinin konu bakımından yetkisi açısından daha sonra ise kişi bakımından yetkisi açısından bir incelemeye tabi tutacağız. Tahkim heyetinin konu bakımından yetkisi açısından Zachary Douglas yatırım anlaşmalarında yer alan klorların farklı formlarını derlemiştir.⁴⁰⁹ Biz de şimdi Douglas tarafından yapılan derlemeye göre bu farklı formları daha yakından inceleyeceğiz.

⁴⁰³ The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2020-1), Bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%2020-1%20Edition-ENG.pdf> (erişim tarihi: 16.03.2020).

⁴⁰⁴ Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, **a.g.e.**, s.211.

⁴⁰⁵ Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, **a.g.e.**, s.211; İnci Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.192.

⁴⁰⁶ Berk Demirkol, “International Law and Practice Non-treaty Claims in Investment Treaty Arbitration”, **Leiden Journal of International Law**, Yıl. Mart 2018, Volume. 31, Issue. 1, s.62.

⁴⁰⁷ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.158.

⁴⁰⁸ Hege Elisabeth Veenstra-Kjos, **a.g.e.**, s.14.

⁴⁰⁹ Zachary Douglas, **The International Law of Investment Claims**, Cambridge University Press, 2009, s.234.

Bu kapsamda ilk olarak ev sahibi devletin yatırım anlaşmasında ilan ettiği ve bittabi yatırımcı tarafından da kabul edilen tahkime rızası yatırımla ilgili bütün uyuşmazlıklar veya herhangi bir uyuşmazlık şeklinde ifade edilebilir.⁴¹⁰ Burada rızanın geniş kapsamlı olarak verildiğini görüyoruz. Yatırım anlaşmalarında böyle klotlar yer aldığına hakem heyetlerinin devletin karşı davası üzerinde yargı yetkisine sahip olduğuna karar vermesi daha muhtemel görünmektedir.⁴¹¹ Konumuz özelinde ise rızanın bu formda ifade edildiği durumlarda ev sahibi devletin insan hakları ihlali iddiasına dayanan karşı davası üzerinde hakem heyetinin gerekli olan rıza unsurunun gerçekleştiğine karar vermesi daha olası görünmektedir.⁴¹² Berk Demirkol da tarafların rızasının böylesi geniş bir formda ifade edildiği durumlarda hakem heyetinin yargı yetkisinin yatırım anlaşmasına dayanan taleplerin ötesine geçeceğini belirtmiştir.⁴¹³

Saluka v. Çek Cumhuriyeti kararı bu bağlamda incelenebilir. Bu dava UNCITRAL tahkim kurallarına göre yürütülmüş olsa da, verilen hükmü kıyas yoluyla ICSID Konvansiyonu için de yorumlayabiliriz. Hakem heyeti Çek Cumhuriyeti ve Hollanda arasındaki ikili yatırım anlaşmasında tahkime rızanın yatırımla ilgili bütün uyuşmazlıklar şeklinde geniş bir formda ifade edilmiş olmasına dikkat çekmiştir. Ve bu maddenin karşı dava açılmasına izin verecek kadar kapsamlı olduğunu belirtmiştir.⁴¹⁴

Ancak yatırım anlaşmalarında rıza her zaman bu kadar kapsayıcı ifadelerle yer almaz. Tahkime rıza; yatırım anlaşması, yatırım sözleşmesi ya da yatırım yetkilendirmesine (*investment authorization*) ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlandırılabilir.⁴¹⁵ Yatırım anlaşmalarında rızanın böyle kısıtlayıcı bir formda ifade edilmesi devletin karşı davasının hakem heyetleri tarafından kabul edilmesini de sınırlandırabilir niteliktedir.⁴¹⁶ Zira taraflar rızalarını sayılan belgelerle sınırladıkları

⁴¹⁰ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, s.234.

⁴¹¹ Edward John Guntrip, *a.g.e.*, s.159.

⁴¹² Edward John Guntrip, *a.g.e.*, s.160.

⁴¹³ Berk Demirkol, "International Law and Practice Non-treaty Claims in Investment Treaty Arbitration", s.63.

⁴¹⁴ "The Tribunal agrees that, in principle, the jurisdiction conferred upon it by Article 8, particularly when read with Article 19.3, 19.4 and 21.3 of the UNCITRAL Rules, is in principle wide enough to encompass counterclaims. The language of Article 8, in referring to "All disputes," is wide enough to include disputes giving rise to counterclaims, so long, of course, as other relevant requirements are also met.", *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 Mayıs 2004, para.39.

⁴¹⁵ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, ss.234-235.

⁴¹⁶ Edward John Guntrip, *a.g.e.*, s.160.

için hakem heyeti de yargı yetkisini bu sayılan belgelerle ilgili ihlal iddiaları kapsamında tutmak zorundadır.⁴¹⁷

Bu bağlamda *Goetz v. Burundi* kararı incelenebilir ancak bu kararda hakem heyeti meseleye daha farklı yaklaşmıştır. Belçika Lüksemburg Ekonomik Birliği (*Belgium-Luxembourg Economic Union*) ile Burundi arasındaki ikili yatırım anlaşmasındaki sekizinci madde yukarıda örneğini verdiğimiz gibi tahkime rızayı yatırım anlaşması, yatırım sözleşmesi ve yatırım yetkilendirmesi ile ilgili uyuşmazlıklarla sınırlandırmaktadır.⁴¹⁸ Ancak hakem heyeti karşı dava hakkındaki değerlendirmesinde bu hükmü odak noktası olarak almamıştır. Ve yatırımcının başta devletin ICSID tahkimine yönelik teklifini kabul etmesini, aksi açıkça belirtilmediği sürece, hakem heyetine karşı davaları yargılamak bakımından gerekli olan yetkiyi verdiğine hükmetmiştir.⁴¹⁹ Ancak Edward Guntrip'e göre davada sekizinci madde uygulanmış/değerlendirilmiş olsaydı karşımıza çıkacak olan sonuç muhtemelen bu sonuçtan farklı olacaktır.⁴²⁰

Tarafların tahkime rızası sayılan belgelerle sınırlı olarak verildiğinde ev sahibi devletin karşı davası bu belgelerde sayılan yükümlülüklerden birinin ihlali iddiasıyla ilgili olmalıdır.⁴²¹ İnsan haklarına dayanan karşı dava bakımından bir değerlendirme yaparsak; çoğu yatırım anlaşmasının, yatırım sözleşmesinin veya yatırım yetkilendirmesinin insan hakları hukukuna dair bir atıf içermediği gerçeğini göz önüne almalıyız.⁴²² Söz konusu metinlerde yatırımcıya bağlayıcı bir insan hakları yükümlülüğü tanınmamaktadır, dolayısıyla devletin yatırımcı tarafından ihlal edildiğini ileri sürebileceği bir yatırımcı yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Sonuç olarak böyle bir durumda, hakem heyetlerinin devletin insan haklarına dayanan karşı davası üzerinde tarafların karşılıklı rızalarının olduğu sonucuna varması muhtemel görünmemektedir.⁴²³

⁴¹⁷ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.160.

⁴¹⁸ Bkz. <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw8962.pdf> (erişim tarihi: 23. 04.2020).

⁴¹⁹ “*Ce double consentement donne compétence au Tribunal pour connaître des demandes reconventionnelles.*”, *Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*, ICSID Dava No. ARB/01/2, Karar, 21 Haziran 2012, para.278.

⁴²⁰ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.160.

⁴²¹ Zachary Douglas, **The International Law of Investment Claims**, s.258; Edward Guntrip, **a.g.e.**, s.161.

⁴²² Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.161.

⁴²³ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.161.

Yatırım anlaşmalarında yer verilen rızanın başka bir formu da, tahkimin yargı yetkisinin sadece ilgili yatırım anlaşmasının ihlali iddiasına ilişkin olarak sınırlandırılmasıdır.⁴²⁴ Böyle hükümler hakem heyetinin konu bakımından yetkisini sadece yatırım anlaşması kapsamındaki ihlal iddialarıyla sınırlandırmaktadır.⁴²⁵ Tahkime rızanın böyle sınırlandırıcı bir formda ifade edildiği durumlarda geleneksel yatırım anlaşmalarının asimetrik hali, yani hakların yatırımcılara, yükümlülüklerin ise devletlere tanınması hali, ev sahibi devletin karşı davasının hakem heyetince kabul edilmesini güçleştirmektedir.⁴²⁶ Zira basitçe ifade edecek olursak yatırım anlaşmalarında ev sahibi devletin ihlal edildiğini ileri sürebileceği bir yatırımcı yükümlülüğü bulunmamaktadır, dolayısıyla karşı davaların hakem heyetlerinin tarafından reddedilmesi daha olası hale gelmektedir.

Bu kapsamda *Roussalis v Romania* kararını inceleyelim. Kararda Romanya ve Yunanistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasının 9. maddesinin⁴²⁷ karşı davaya izin verip vermediği tartışılmıştır.⁴²⁸ 9. madde yukarıda bahsettiğimiz gibi tahkimin yargı yetkisini yalnızca yatırım anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sınırlandırmaktadır. Viyana Sözleşmesi'nin andlaşma yorum kurallarına ilişkin 31. maddesine de atıf yapan tahkim heyeti çoğunluğun oyuyla karara varmıştır. Tahkim heyetine göre bu hükümle taraflar tahkime olan rızalarını sadece devletin ikili yatırım anlaşması kapsamındaki yükümlülüklerinin ihlali iddiasıyla ilgili olarak vermiştir. Yatırım anlaşması kapsamında “uyuşmazlığın” anlamının devletin yatırım anlaşmasında öngörülen yükümlülüklerine riayet edip etmemesi durumuyla sınırlandırıldığı belirtilmiştir.⁴²⁹ Ayrıca ilgili yatırım anlaşmasının yatırımcılara herhangi bir yükümlülük tanımadığı ve bütün yükümlülüklerin devletlere ait olduğu gerçeğine de dikkat çekilmiştir. Ve böylece devletin karşı davası üzerinde tahkimin

⁴²⁴ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, s.235.

⁴²⁵ Berk Demirkol, “International Law and Practice Non-treaty Claims in Investment Treaty Arbitration”, s.62.

⁴²⁶ Edward John Guntrip, *a.g.e.*, s.161.

⁴²⁷ “Disputes between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement, in relation to an investment of the former...”

⁴²⁸ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Dava No.ARB/06/1, Karar, 7 Aralık 2011, para.868.

⁴²⁹ “Pursuant to the interpretation rules of Article 31 of the Vienna Convention and the above quoted ICSID decision, the Tribunal in its majority considers that the references made in the text of Article 9(1) of the BIT to “disputes ... concerning an obligation of the latter” undoubtedly limit jurisdiction to claims brought by investors about obligations of the host State. Accordingly, the BIT does not provide for counterclaims to be introduced by the host state in relation to obligations of the investor. The meaning of the “dispute” is the issue of compliance by the State with the BIT.”, *Spyridon Roussalis v. Romania*, para.869.

yargı yetkisi olmadığına karar verilmiştir.⁴³⁰ Zira taraflar davalı devletin karşı davası üzerinde tahkime karşılıklı rıza vermemiştir.⁴³¹ Heyetin devletin karşı davası üzerindeki bu kararına karşılık W. Michael Reisman tarafından bir muhalefet şerhi (*declaration*) yazılmıştır. Reisman muhalefet şerhinde devletin karşı davasının kabul edilmesinin hem devletin hem de yatırımcının menfaatine olacağını belirterek, devlet karşı davasının reddedilmesiyle devletin yatırımcı aleyhine olan iddialarını ulusal mahkemelerde ileri süreceğine dikkat çekmiştir.⁴³² Bu da duplikasyon (*duplication*), verimsizlik (*inefficiency*) ve fazladan işlem maliyeti (*transaction costs*) demektir. Reisman'a göre bu sonuç uluslararası yatırım hukukunun amaçlarına aykırıdır.⁴³³

Yatırım anlaşmalarında tahkime rıza son olarak, kamulaştırma bedeline ilişkin uyuşmazlıklarla (“...disputes about the quantum payable in the event of a proscribed expropriation”) sınırlı olarak verilebilir.⁴³⁴ Çin ile Macaristan arasında 1991 tarihinde imzalanan ikili yatırım anlaşmasında böyle bir hükme yer verilmiştir.⁴³⁵ Bu tarz bir düzenleme, hakem heyetine yatırım anlaşması kapsamındaki en temel hak ve yükümlülükleri bile inceleme imkanını vermemektedir, dolayısıyla ileri sürülebilecek bir karşı davayı da olanaksız hale getirmektedir.⁴³⁶

Sonuç olarak ev sahibi devletin insan hakları ihlaline dayanan bir karşı dava açabilmesi için yatırım anlaşmalarında tahkime rızanın olabildiğince geniş bir formda ifade edilmesi gerekir.⁴³⁷ Bu tarafların karşılıklı rızasının karşı davayı

⁴³⁰ “As mentioned above, the BIT imposes no obligations on investors, only on contracting States. Therefore, where the BIT does specify that the applicable law is the BIT itself, counterclaims fall outside the tribunal’s jurisdiction.”, *Spyridon Roussalis v. Romania*, para.871.

⁴³¹ “In light of the foregoing, the Tribunal considers that the Parties did not consent to have Respondent’s Counterclaim arbitrated.”, *Spyridon Roussalis v. Romania*, para.872.

⁴³² “In rejecting ICSID jurisdiction over counterclaims, a neutral tribunal - which was, in fact, selected by the claimant - perforce directs the respondent State to pursue its claims in its own courts where the very investor who had sought a forum outside the state apparatus is now constrained to become the defendant.”, *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Dava No.ARB/06/1, Declaration, 28 Kasım 2011.

⁴³³ “Aside from duplication and inefficiency, the sorts of transaction costs which counter-claim and set-off procedures work to avoid, it is an ironic, if not absurd, outcome, at odds, in my view, with the objectives of international investment law.” *Spyridon Roussalis v. Romania*, Declaration.

⁴³⁴ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, s.235.

⁴³⁵ Madde 10/1: “Any dispute between either Contracting State and the investor of the other Contracting State concerning the amount of compensation for expropriation may be submitted to an arbitral tribunal.”, Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/740/download> (erişim tarihi: 20.03.2020).

⁴³⁶ Edward John Guntrip, *a.g.e.*, s.164.

⁴³⁷ Edward John Guntrip, *a.g.e.*, s.165.

kapsayıp kapsamadığına ilişkin muhtemel belirsizlikleri ortadan kaldıracaktır.⁴³⁸ “Yatırımla ilgili bütün uyuşmazlıklar veya herhangi bir uyuşmazlık” şeklinde ifade edilen rıza formu bu bağlamda oldukça işlevsel olacaktır.⁴³⁹ Yukarıda da değindiğimiz gibi diğer rıza formları karşı davanın kabul edilmesi bakımından çeşitli sorunlar doğurma potansiyeline sahiptir.⁴⁴⁰ Aksini ifade eden tahkim kararları mevcut olsa da bunların münferit kararlar olarak kalma ihtimali mevcuttur zira rıza unsuru yatırım hukuku bakımından hayati bir öneme sahiptir.⁴⁴¹

Bu başlık altında son olarak hakem heyetlerinin kişi bakımından yetkisinin karşı davanın kabul edilip edilmemesi üzerindeki etkisine de değinmek gerekir. Bazı yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözümü hükümlerinde tahkime başvurma imkanı uyuşmazlığın her iki tarafına (*either party*) da yani hem ev sahibi devlete hem de yatırımcıya tanınmıştır.⁴⁴² Bu kapsamda örnek olarak Estonya ve ABD arasındaki ikili yatırım anlaşmasının altıncı maddesini inceleyebiliriz. Bu hükümde uyuşmazlığın her iki tarafının da tahkime başvurabileceği belirtilmiştir.⁴⁴³ Benzer hükümlere başka yatırım anlaşmalarında da rastlamak mümkündür. Bu hükümlere göre, devletin tek taraflı olarak sunduğu tahkim teklifi bittabi yatırımcı tarafından da kabul edildiği zaman, artık devlete de tahkime başvurma imkanı tanınmıştır olmaktadır. Dolayısıyla ilgili yatırım anlaşmasında, böyle bir hükmün varlığı durumunda, devletin açtığı karşı davanın da hakem heyeti tarafından kabul edilmesi gerektiği yorum yoluyla söylenebilir.⁴⁴⁴ Nitekim bu saptama aşağıda daha detaylı inceleyeceğimiz *Urbaser* kararında da yapılmıştır.

Ancak bazı yatırım anlaşmalarında tahkime başvurma imkanı sadece yatırımcılara tanınmıştır. Bunun bir örneğini ECT’nin 26. maddesinde görmek

⁴³⁸ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.165.

⁴³⁹ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.165.

⁴⁴⁰ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.165.

⁴⁴¹ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.165.

⁴⁴² Hege Elisabeth Veenstra-Kjos, **a.g.e.**, s.19.

⁴⁴³ Madde 6/3/b; “Once the national or company concerned has so consented, either Party to the dispute may initiate arbitration in accordance with the choice so specified in the consent.”, Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1161/download> (erişim tarihi: 21.03.2020).

⁴⁴⁴ Hege Elisabeth Veenstra-Kjos, **a.g.e.**, s.20; Dafina Atanasova, Carlos Adrián Martínez, Benoit Josef Ostránský, “Counterclaims in Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Under International Investment Agreements (IIAS)”, The Graduate Institute, Geneva, Centre For Trade and Economic Integration, **Trade and Investment Law Clinic Papers 2012**, s.14, bkz. <https://repository.graduateinstitute.ch/record/296913> (erişim tarihi: 12.06.2020).

mümkündür.⁴⁴⁵ Ev sahibi devletlere yatırım anlaşmasında tahkime başvurma imkanının tanınmasını karşı davanın kabulü için olumlu bir etken olarak yorumladık. Peki bunun tersi hükümlere sahip olan yatırım anlaşmaları bakımından yani tahkime başvurma imkanını sadece yatırımcıya veren anlaşmalar bakımından nasıl bir sonuca ulaşacağız?⁴⁴⁶ Bu soruya vereceğimiz cevabın tartışmalı olduğunu söyleyebiliriz. Böyle kısıtlayıcı bir hükmün varlığı durumunda, bu anlaşmalar bakımından karşı davanın ileri sürülebileceğini düzenleyen açık bir hükme ihtiyaç olduğu söylenebilir.⁴⁴⁷ Ancak diğer yandan gerçekten de böyle bir hükmün ev sahibi devletin karşı dava açabilmesini engellemek için mi düzenlendiği de sorgulanabilir.⁴⁴⁸ Böyle bir hüküm daha ziyade devletin tahkime olan rızasının altını çizmektedir ve amacı yatırımcıyı cezbetmektir.⁴⁴⁹

Sonuç olarak Hege Elisabeth Veenstra-Kjos’a göre tahkime başvurma imkanının sadece yatırımcıyla sınırlandırılması durumu, ev sahibi devletin karşı davasının muhtemelen reddedileceğine ilişkin bir sonuca hemen ulaştırmayabilir.⁴⁵⁰ Ancak eğer böyle bir madde yukarıda değindiğimiz gibi tarafların tahkime olan rızasının konu bakımından da sınırlandırıldığı bir madde ile bir arada olursa, o zaman karşı davanın muhtemelen reddedileceğinden bahsedebiliriz.⁴⁵¹ Ancak her halükarda bu hususun tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir.⁴⁵²

b- ICSID Konvansiyonu’nun 46. Maddesinde Aranılan Diğer Şartlar

ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesinde karşı davaya ilişkin aranan rıza dışındaki diğer iki şartı ikili bir incelemeye tabi tutacağız.⁴⁵³ Öncelikle karşı davanın ICSID Konvansiyonu’nun 25. maddesi uyarınca yatırımla ilgili bir uyuşmazlık olup olmadığını ve dolayısıyla hakem heyetinin yargı yetkisine girip girmediğini inceleyeceğiz.⁴⁵⁴ Eğer bu incelemeden olumlu bir sonuç alırsak o zaman karşı davanın doğrudan mevcut uyuşmazlığın konusundan kaynaklanması (*arising directly*

⁴⁴⁵ Madde 26/2; “..., the Investor party to the dispute may choose to submit it for resolution...”, bkz. https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-Positive_Annex_W.pdf (erişim tarihi: 23.04.2020).

⁴⁴⁶ Hege Elisabeth Veenstra-Kjos, **a.g.e.**, s.21.

⁴⁴⁷ Hege Elisabeth Veenstra-Kjos, **a.g.e.**, s.21.

⁴⁴⁸ Hege Elisabeth Veenstra-Kjos, **a.g.e.**, s.21.

⁴⁴⁹ Hege Elisabeth Veenstra-Kjos, **a.g.e.**, s.21.

⁴⁵⁰ Hege Elisabeth Veenstra-Kjos, **a.g.e.**, s.22.

⁴⁵¹ Hege Elisabeth Veenstra-Kjos, **a.g.e.**, s.22.

⁴⁵² Hege Elisabeth Veenstra-Kjos, **a.g.e.**, ss.22-23.

⁴⁵³ Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, **a.g.e.**, s.751.

⁴⁵⁴ Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, **a.g.e.**, s.751.

out of the subject-matter of the dispute) gerekliliğinin gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyebiliriz.⁴⁵⁵ Bu incelemeyi çalışmamızın sistematığı açısından böyle ele almak daha doğru olsa da pratikte bu iki soruya ilişkin muhakeme sürecinin bazen bulanıklaştığı saptaması yapılmıştır.⁴⁵⁶

ICSID Konvansiyonu’nun 25. maddesinde merkezin yargılama yetkisine ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrası şu şekildedir; “*Merkezin yargılama yetkisi, Âkit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer Âkit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır...*”⁴⁵⁷ Madde metninden merkeze başvuru için temelde üç şartın arandığı görülmektedir.⁴⁵⁸ Bunlar ev sahibi devlet ile yatırımcının kendi devletinin ICSID’a taraf olması gerekliliği, uyuşmazlığın ICSID tahkiminde görülmesi için tarafların rızasının olması gerekliliği ve son olarak da uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanmış olması gerekliliğidir.⁴⁵⁹ Karşı dava bakımından bir inceleme yaptığımız için ilk iki şartın zaten gerçekleşmiş olduğunu varsayabiliriz, bu yüzden şimdi uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanmış olması gerekliliğine odaklanacağız.

Uluslararası yatırım hukuku yabancı yatırımı korumak üzere teşekkül etmiş olan bir hukuk dalıdır. Dolayısıyla ICSID hakem heyetlerinin yargı yetkisinin yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklarla sınırlandırılmış olması normaldir.⁴⁶⁰ Yabancı yatırım dışındaki hususların hakem heyetlerince dikkate alınabilmesi için mutlaka yabancı yatırımla bir ilgisinin olması gerekir. Konumuz özelinde bir değerlendirme yaparsak; insan hakları hukukuna dayanan argümanları ileri süren

⁴⁵⁵ Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, **a.g.e.**, s.751.

⁴⁵⁶ Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, **a.g.e.**, s.751.

⁴⁵⁷ Bkz.

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf (erişim tarihi: 21.03.2020).

⁴⁵⁸ Melis Aşar, “ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl.2017, Cilt.37, Sayı. 2, s.102.

⁴⁵⁹ **A.g.e.**, s.102.

⁴⁶⁰ 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**, Editörler, PM Dupuy, F Francioni, EU Petersmann, Oxford, Oxford University Press, 2009, s.62.

taraf, devlet ya da yatırımcı olsun, insan hakları hukukunun mevcut yatırımın tatbikindeki etkisini göstermelidir/kanıtlamalıdır.⁴⁶¹

Bu çerçeveden baktığımızda yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet verdiği iddiasıyla açılan bir karşı dava, ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesi gereğince, ICSID hakem heyetlerinin doğrudan yargı yetkisi kapsamında değildir. Meğer ki ev sahibi devlet tarafından yatırım anlaşmasının hükümlerini ihlal etmesine gerekçe olarak yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet veren fiilleri ileri sürülmemiş olsun.⁴⁶² Böyle bir durumda devlet kendisine açılan dava kapsamında bir karşı dava açmış ve hakkında ileri sürülen ihlal iddialarına yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet veren fiilleriyle cevap vermiştir.⁴⁶³ Dolayısıyla ev sahibi devletin karşı davasının dayandığı uyuşmazlık yatırımdan kaynaklanan bir uyuşmazlıktır ve ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinde aranan yetki şartının gerçekleştiği yorumu yapılabilir.⁴⁶⁴ ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinde aranan yetki şartı gerçekleştiği için ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesinde karşı dava için aranan yetki şartı da böylelikle gerçekleşmiş olmaktadır.

Bu kapsamda ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesi kapsamında öngörülen diğer şartı incelemeye geçelim. Karşı davanın doğrudan mevcut uyuşmazlığın konusundan kaynaklanması gerekmektedir. Bu şartta karşı dava ile yatırım arasındaki bir ilişkiden ziyade, karşı dava ile mevcut uyuşmazlığın konusu arasındaki ilişki vurgulanmıştır.⁴⁶⁵ Hükümde yer alan karşı davanın mevcut uyuşmazlığın konusundan (*subject-matter of the dispute*) kaynaklanması gerekliliği, ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinde yer alan uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanması gerekliliğinden daha farklı ve sınırlayıcı bir anlama sahiptir.⁴⁶⁶ Zira böyle olmasaydı 46. maddede belirtilen hakem heyetinin karşı dava üzerinde yargı yetkisinin olması gerekliliği zaten verilmek istenen anlamı karşılardı.⁴⁶⁷ Dolayısıyla ek olarak karşı

⁴⁶¹ “Indeed, the party to a dispute invoking a human rights argument – be it the state or the investor – must demonstrate substantively that the human rights at issue effectively impact on the implementation of the investment at stake.”, **A.g.e.**, ss.61-62.

⁴⁶² Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.167.

⁴⁶³ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.167.

⁴⁶⁴ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.167.

⁴⁶⁵ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.167.

⁴⁶⁶ Pierre Lalive, Laura Halonen, “On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, **Czech Yearbook of International Law**, Yıl.2011, Volume. 2, s.144; Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, **a.g.e.**, s.751.

⁴⁶⁷ Pierre Lalive, Laura Halonen, **a.g.e.**, s.144.

davanın mevcut uyuşmazlığın konusuyla bağlantılı olma şartının getirilmiş olması aslında devletlerin karşı dava açmasını zorlaştırır mahiyettedir. Yani devletin karşı dava kapsamında ileri sürdüğü hususlar yatırımcının açtığı ilk dava ile bağlantılı olmalıdır, devlet ancak bu şartla karşı dava açabilir. Peki bu bağlantı hukuki bir bağlantı mı olacak yoksa fiili (*factual*) bir bağlantı yeterli midir?⁴⁶⁸ Şimdi bu soruya cevap arayalım.

Saluka v. Çek Cumhuriyeti davasında hakem heyeti Çek Cumhuriyeti'nin karşı davası üzerinde yargı yetkisine ilişkin kararında bu konuyu tartışmıştır. Bu dava UNCITRAL tahkim kurallarına göre yürütülmüş olsa da heyetin kararını kıyasen ICSID Konvansiyonu için de yorumlayabiliriz. Heyet karşı davanın ve yatırımcının açtığı ilk davanın ortak yasal bir temele sahip olması gerektiğini ileri sürmüştür.⁴⁶⁹ Heyet kararında *Klöckner v. Cameroon* kararına atıf yapmıştır.⁴⁷⁰ Ve yasal kaynaklar arasındaki bölünmezliği (*indivisibility*) vurgulayarak, karşı dava ile yatırımcının açtığı ilk davanın aynı yasal kaynaktan gelmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴⁷¹ Hakem heyeti devamında karşı dava üzerinde yargı yetkisinin olmadığına karar vermiştir.⁴⁷² *Saluka v. Çek Cumhuriyeti* kararında ileri sürülen bu görüş yatırım hukukunda karşı dava kurumunun yürütülmesini oldukça sınırlandıracak bir mahiyettedir.⁴⁷³ Zira bu karardaki yaklaşıma göre yatırımcıların yatırım anlaşmasının ihlal edildiği iddiasıyla açtığı bir davada devletlerin de -ortak bir yasal kaynak şartı arandığı için- yatırım anlaşmasının ihlal edildiğini ileri sürmesi gerekir. Halbuki yatırım anlaşmalarının asimetrik yapısından dolayı yatırımcıların yatırım anlaşmaları kapsamında ihlal edebileceği bir yükümlülüğü

⁴⁶⁸ “Moreover, is “subject-matter” a legal or factual concept?”, Pierre Lalive, Laura Halonen, **a.g.e.**, s.144.

⁴⁶⁹ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 Mayıs 2004, para.79; Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.167.

⁴⁷⁰ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, para.79.

⁴⁷¹ “Taken at face value, and on the basis of their own terms as pleaded by the Respondent, these heads D through K of the Respondent's counterclaim cannot be regarded as constituting (to use the language adopted in *Klöckner v. Cameroon*, above, paragraph 65) “an indivisible whole” with the primary claim asserted by the Claimant, or as invoking obligations which share with the primary claim “a common origin, identical sources, and an operational unity” or which were assumed for “the accomplishment of a single goal, [so as to be] interdependent.”, *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, para.79; Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.168.

⁴⁷² *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, para.83.

⁴⁷³ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, ss.168-169.

bulunmamaktadır.⁴⁷⁴ Devletler açtıkları karşı davalarda genellikle kendi ulusal hukuklarının yahut yatırımcı ile aralarındaki sözleşmenin ihlal edildiğini ileri süreceklerdir.⁴⁷⁵ Sonuç olarak *Saluka v. Çek Cumhuriyeti* kararında ileri sürülen hukuki bağlantı şartının karşı dava kurumunun yatırım tahkiminde uygulanmasını ciddi derecede güçleştireği söylenebilir.

Bu kapsamda karşı dava ile mevcut davanın konusu arasında fiili bir bağlantının yeterli olacağı doktrinde bazı yazarlar tarafından dile getirilmiştir.⁴⁷⁶ Nitekim ICSID Tahkim Kuralları Notları da (*Notes to the ICSID Arbitration Rules*) bu görüşü destekleyici niteliktedir zira notlarda fiili bağlantıdan (*factual connection*) söz edilmiştir.⁴⁷⁷

Konumuz özelinde bir değerlendirme yaparsak; yatırımcı bir insan hakları ihlaline sebebiyet verirse, devlet de buna karşılık insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri gereğince bir yaptırım uygulayabilir. Yatırımcı eğer bu yaptırımın ilgili yatırım anlaşması ile düzenlenen koruma hükümlerini ihlal ettiğini düşünüyorsa, devlet aleyhine bir tahkim davası açabilir. Burada devlet de yatırımcı aleyhine bir karşı dava açarak, yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet veren fiilleri olduğunu ve kendisinin de buna karşılık yatırımcıya bir yaptırım uyguladığını ileri sürebilir. Bu fiksiyonda ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesinin aradığı karşı davanın mevcut uyuşmazlığın konusundan kaynaklanmasına ilişkin şartın gerçekleştiği ve gerekli fiili bağlantının mevcut olduğu söylenebilir.⁴⁷⁸

Sonuç olarak prensipte devletin insan hakları ihlaline dayanan karşı davası hakem heyetleri tarafından belirli şartlar gerçekleştiğinde kabul edilebilir durumdadır.⁴⁷⁹ Ancak yatırım anlaşmalarının genellikle yatırımcı için bağlayıcı olan

⁴⁷⁴ Pierre Lalive, Laura Halonen, **a.g.e.**, s.154.

⁴⁷⁵ Pierre Lalive, Laura Halonen, **a.g.e.**, s.154.

⁴⁷⁶ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, s.169; Pierre Lalive, Laura Halonen, **a.g.e.**, s.145.

⁴⁷⁷ "To be admissible such claims must arise "directly" out of the "subject matter of the dispute" (French version: "l'objet du diff érend": Spanish version: "la diferencia"). The test to satisfy this condition is whether the factual connection between the original and the ancillary claim is so close as to require the adjudication of the latter in order to achieve the final settlement of the dispute...", Söz konusu notlara takip eden linkten ulaşılabilir. Bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Regulations%20and%20Rules%201968%20-%20ENG.pdf> (erişim tarihi:23.03.2020), s.105.

⁴⁷⁸ Edward John Guntrip, **a.g.e.**, ss.169-170.

⁴⁷⁹ "Considering the above, one can deduce that when investment treaties contain dispute settlement clauses which cover 'all disputes relating investments' without any limitation to disputes limited to the rights contained in the treaty, and if the arbitration rules provides for the possibility to submit counterclaims, a human rights based counterclaim by the State can thus in principle be accepted by

insan hakları yükümlülükleri getirmediğinden bahsettik. Ayrıca uluslararası hukuk bakımından da, bir devlet-dışı aktör olan yabancı yatırımcı için bağlayıcı insan hakları yükümlülükleri bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda devletin yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet verdiği iddiasına dayanan karşı davasının hakem heyetleri tarafından kabul edilip edilmeyeceği ve edilse bile yargılama sonucunda nasıl bir karar verileceği aslında cevaplanması oldukça zor sorular haline dönüşmektedir.⁴⁸⁰ Bu soruyu ve bağlantılı tartışmaları *Urbaser* kararı üzerinden değerlendireceğiz ve çalışmamızın devamında *Urbaser* kararı özelinde bir dava incelemesi yapacağız.

c- *Urbaser v. Arjantin Kararı*

Urbaser kararı çalışmamızın konusu bakımından çok önemli bir noktada durmaktadır. Hakem heyeti bu kararda uluslararası hukuk açısından adeta devrim niteliğinde sayılabilecek bir karara varmış⁴⁸¹ ve yatırımcı şirketin insan hakları yükümlülüğü olduğuna hükmetmiştir. Ancak hakem heyetinin bu kararının arkasındaki gerekçelerin doğru olup olmadığı fazlasıyla tartışmalıdır. Dolayısıyla bu kararın münferit bir karar olarak kalma ihtimali de mevcuttur. Karar 2016 tarihinde verilmiştir ve nispeten yeni bir karardır. Bu yüzden uluslararası yatırım hukuku ve hatta uluslararası hukuk üzerinde nasıl bir etkiye sahip olacağını şu aşamada tahmin etmek zordur. Şimdi kararı daha yakından inceleyelim.

Urbaser davası da Arjantin aleyhine yaşanan ağır ekonomik kriz süreci sonrasında açılan yatırım tahkimi davalarından biridir. 2007 yılında Urbaser S.A. ve Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa şirketleri Arjantin aleyhine, Arjantin ve İspanya arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanarak yatırım tahkimi davasını açmışlardır ve dava ICSID tahkim kurallarına göre yürütülmüştür.⁴⁸² Davacılar Buenos Aires kentindeki su ve kanalizasyon hizmetlerini yürüten bir Arjantin şirketine hisse sahibidirler.⁴⁸³ Yani su ve kanalizasyon hizmetlerinden sorumlu olan imtiyaz sahibi bir şirkette hissedardırlar. Ve Arjantin'in

an arbitral tribunal, provided of course that the claims are connected.”, Eric De Brabandere, “Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”.

⁴⁸⁰ Eric De Brabandere, “Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”.

⁴⁸¹ Gökhan Albayrak, **Uluslararası Yatırım Hukukuna Küresel Anayasacılık Yaklaşımı**, Birinci Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Mart 2018, ss.150-151; Patrick Abel, **a.g.e.**, s.68.

⁴⁸² *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Dava No. ARB/07/26, Karar, 8 Aralık 2016, para.1.

⁴⁸³ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, paras.41-64.

ekonomik kriz sebebiyle aldığı önlemlerin onun ilgili yatırım anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.⁴⁸⁴ Yukarıda değindiğimiz gibi Arjantin aleyhine yaşadığı ekonomik kriz sonrasında birden fazla sayıda tahkim davası açılmıştır. Bu davalarda Arjantin insan hakları hukukuna dayanan yükümlülüklerini bir savunma olarak ileri sürmüştür. Ancak *Urbaser* davasında ilk defa yatırımcının su ve kanalizasyon sistemlerine yapması gereken yatırımı yapmadığını ve bu yüzden uluslararası hukuk kapsamında su hakkına dayanan yükümlülüklerini ihlal ettiğini ileri sürdüğü bir karşı dava açmıştır.⁴⁸⁵ Şimdi *Urbaser* davasına ilişkin olarak öncelikle yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik ile ilgili meseleleri inceleyeceğiz. Daha sonra ise davanın esasına dair değerlendirmelere yer vereceğiz.

i-Yargı Yetkisi ve Kabul Edilebilirlik Bakımından İnceleme

ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesinde karşı dava kurumu için aranan üç şarttan bahsettik. Bu kapsamda ilk olarak tarafların karşı davaya ilişkin karşılıklı rızasının olması gerekir. *Urbaser* kararında hakem heyeti Arjantin ve İspanya arasındaki ikili yatırım anlaşmasının⁴⁸⁶ 10. maddesine dayanarak tarafların karşı davaya ilişkin rızalarının var olduğuna hükmetmiştir. 10. madde tahkime başvurma imkanını sadece yatırımcıyla sınırlandırmamış ve her iki tarafın da tahkime başvurabileceğini düzenlenmiştir. Heyet bundan hareket ederek yatırımcının devletin tahkime başvurmasına rızası olduğuna göre zımnen karşı davaya ilişkin de rızasının olacağına hükmetmiştir.⁴⁸⁷ Heyete göre her iki taraf da dava açma hakkına sahip olduğuna göre davayı ilk açan taraf diğer tarafın dava açmasını engelleyemez.⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, paras.34-35.

⁴⁸⁵ “*The Argentine Republic raises a Counterclaim based on Claimants’ alleged failure to provide the necessary investment into the Concession, thus violating its commitments and its obligations under international law based on the human right to water.*”, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.36.

⁴⁸⁶ 1991 tarihinde imzalanan anlaşmanın metni İspanyolcadır. Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/154/argentina---spain-bit-1991-> (erişim tarihi: 24.03.2020).

⁴⁸⁷ “*It further follows from the dual possibility to initiate an arbitration that the BIT does include in the dispute resolution mechanisms retained in Article X the hypothesis of a counterclaim, provided that the requirements defined by the provisions governing such mechanism are met.*”, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1144; Patrick Abel, **a.g.e.**, s.69.

⁴⁸⁸ “*Indeed, when both parties are entitled to lodge a claim, it cannot happen that in acting first one party could prevent the other from raising its claim. This can be avoided only by admitting the*

Karşı dava kurumu için aranan diğer bir koşul da, devletin karşı davasının mevcut uyuşmazlığın konusundan kaynaklanması gerekliliğidir. Kararda hakem heyeti hem yatırımcının davasının hem de devletin karşı davasının aynı imtiyaza ilişkin olan aynı yatırımdan kaynaklandığını belirterek, böylelikle gerekli fiili bağlantının⁴⁸⁹ sağlandığına karar vermiştir.⁴⁹⁰ ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesi kapsamında aranan diğer bir şart ise karşı davanın yatırımla ilgili bir uyuşmazlık olması ve dolayısıyla hakem heyetinin yargı yetkisinin kapsamına girmesi gerekliliğidir. Bu şart aslında çetrefilli bir meseledir ve cevaplanması gereken bazı önemli soruları gündeme getirmektedir. Yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet verdiğine ilişkin bir iddia Arjantin ve İspanya arasındaki ikili yatırım anlaşmasına ve ICSID’in 25. maddesine göre yatırımla ilgili bir uyuşmazlık olarak kabul edilebilir mi?⁴⁹¹ Bu soru devamında şu soruları da getiriyor; yatırımcı uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerle sahip midir ve bu yükümlülükler hakem heyetinin yargı yetkisinin kapsamında mıdır?⁴⁹² Heyet yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet verdiğine ilişkin iddiaların ilk bakışta (*prima facie*) yatırımla ilgili bir uyuşmazlık teşkil ettiğini saptamış ve bu yüzden bu hususların çözümünü davanın esası aşamasına bırakmıştır.⁴⁹³ Sonuç olarak heyet Arjantin’in karşı davası üzerinde yargı yetkisi olduğuna ve bu karşı davanın kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.⁴⁹⁴ Şimdi davayı esas bakımından incelemeye geçebiliriz.

possibility of a counterclaim.”, Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, para.1144.

⁴⁸⁹ “The Tribunal observes that the factual link between the two claims is manifest. Both the principal claim and the claim opposed to it are based on the same investment, or the alleged lack of sufficient investment, in relation to the same Concession.”, Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, para.1151.

⁴⁹⁰ Hakem heyeti devamında ayrıca hukuki bağlantının da sağlandığına değinmiştir. Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, para.1151.

⁴⁹¹ Patrick Abel, *a.g.e.*, s.70.

⁴⁹² Patrick Abel, *a.g.e.*, s.70.

⁴⁹³ “Therefore, when seized with such a claim, the Tribunal must assume its competence provided that Respondent submits a claim based *prima facie* on a dispute relating to an investment covered by the BIT and to facts that if established as alleged may constitute violations of rights and obligations that are within the scope of the arbitration agreement governed by Article X.”, Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, para.1153.

⁴⁹⁴ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, para.1155.

ii- Esas Bakımından İnceleme

Arjantin karşı davada yatırımcı şirketin insan hakları ihlalinde bulunduğunu iddia etmiştir. Öncelikle yatırımcının insan hakları ihlalinde bulunduğu iddiasıyla açılan bir dava haliyle normatif bir temele sahip olmalıdır.⁴⁹⁵ Yani söz konusu dava yatırımcının sahip olduğu bir yükümlülüğün ihlali ile ilgili olmalıdır.⁴⁹⁶ Dolayısıyla burada yatırım hukuku ve insan hakları hukuku arasındaki çetrefilli ilişki yeniden gündeme geliyor ve yatırımcının uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerinin – ki eğer varsa- yatırım tahkiminde nasıl ileri sürülebileceği hususu karşımıza çıkıyor.⁴⁹⁷

Hakem heyeti bu kapsamda ilk olarak yatırım hukukundaki en temel kaynağı yani ilgili yatırım anlaşmasını incelemiştir.⁴⁹⁸ Ancak Arjantin ve İspanya arasındaki ikili yatırım anlaşmasında yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığından dolayı harici uluslararası hukuk kaynaklarına başvurmuştur.⁴⁹⁹ Hakem heyeti harici uluslararası hukuk kaynaklarının yatırım tahkimine nasıl dahil edilebileceği konusunda birden fazla hukuki kuruma değinmiştir. Ancak Patrick Abel'e göre heyet böyle bir entegrasyonun nasıl gerçekleştirilebileceğini kesin argümanlarla ortaya koyamamıştır.⁵⁰⁰ Şimdi heyetin başvurduğu hukuki kurumları daha yakından inceleyelim.

Bu kapsamda hakem heyeti Viyana Sözleşmesi'nin 53. maddesinde düzenlenen *jus cogens* kavramına değinmiştir. *Jus cogens* niteliğindeki kuralların devlet-dışı aktörlerin insan hakları yükümlülüğü konusundaki sınırlı rolünden yukarıda bahsetmiştik. Hakem heyeti de kararında ayrıca bir husustan bahsetmemiş ve *jus cogens* niteliğindeki kuralların varlığına dikkat çekerek⁵⁰¹ devamında yukarıda değindiğimiz *Phoenix* kararına atıf yapmıştır. *Jus cogens* kavramı uluslararası

⁴⁹⁵ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.71.

⁴⁹⁶ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.71.

⁴⁹⁷ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.71.

⁴⁹⁸ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, paras.1182-1185.

⁴⁹⁹ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.72.

⁵⁰⁰ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.77.

⁵⁰¹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1203.

hukukta son derece sınırlı bir alanı ifade etmektedir ve mevcut davada gündeme gelen su hakkı *jus cogens* niteliğinde değildir.⁵⁰²

Hakem heyeti bu bağlamda Viyana Sözleşmesi'nin 31/3/c maddesine de değinmiştir.⁵⁰³ Ve ikili yatırım anlaşmalarının insan hakları hukuku da dahil olmak üzere uluslararası hukukun diğer kuralları ile uyum içinde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁰⁴ Sistemik entegrasyon prensibi insan hakları hukukunun devlet eylemini meşrulaştırıcı bir araç olarak ileri sürüldüğü durumlarda, hakem heyetinin devletin insan hakları hukukuna dayanan bu savunmasını dinlemesi bakımından önemli bir hükümdür⁵⁰⁵, nitekim yukarıda buna değindik. Bu hüküm sayesinde yatırımcıların yatırım anlaşmalarında ihlal edildiğini ileri sürdüğü maddeler devletin insan hakları hukukuna dayanan yükümlülükleri ile birlikte okunabilecektir.⁵⁰⁶ Ancak Patrick Abel'e göre, tarafların yatırım anlaşmasında yatırımcı için bir insan hakları yükümlülüğü yaratmak gibi bir amacı olduğunu herhangi bir hükümden çıkaramıyorsak, bu yükümlülüğü sistemik entegrasyon prensibinden yararlanarak, harici bir insan hakları andlaşmasından –ki var olduğunu iddia ederek- yatırım tahkimine taşımak makul bir tutum olmayacaktır.⁵⁰⁷ Zira sistemik entegrasyon prensibi andlaşma yorumuna ilişkin bir maddedir.⁵⁰⁸ Yani bu prensibi uygulayabilmemiz için her zaman dayanak noktası teşkil edecek bir hükme ihtiyaç duyarız.⁵⁰⁹ Halbuki taraflar arasındaki ikili yatırım anlaşmasında yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne dayanak olacak dolayısıyla sistemik entegrasyon prensibi ışığında yorumlanabilecek herhangi bir hüküm yoktur.⁵¹⁰ Sonuç olarak sistemik entegrasyon prensibinin, yatırımcı için var olduğu iddia edilen insan hakları yükümlülüklerini, harici uluslararası hukuk kaynaklarından yatırım tahkimine entegre etmek bakımından uygun bir araç olmadığı Abel tarafından dile

⁵⁰² Patrick Abel, **a.g.e.**, s.72.

⁵⁰³ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1200.

⁵⁰⁴ “*The BIT has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights.*”, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1200.

⁵⁰⁵ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.75.

⁵⁰⁶ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.75.

⁵⁰⁷ “*If the Spain-Argentina BIT does not provide for any basis for a substantive investor obligation, it is hardly possible that such a basis could be created in the first place by systemic interpretation under Article 31(3)(c) of the VCLT. If the BIT does not provide any indication that the parties wanted to create obligations for investors, it is not convincing to read such an obligation into the BIT merely because it (allegedly) exists under a human rights treaty.*”, Patrick Abel, **a.g.e.**, s.75.

⁵⁰⁸ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.75.

⁵⁰⁹ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.75.

⁵¹⁰ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.75.

getirilmiştir.⁵¹¹ Buna rağmen *Urbaser* kararında bu ilkenin önemine ayrıca bir paragrafta tekrar dikkat çekilerek, bu ilkenin ışığında uluslararası hukukun diğer normlarının mevcut dava ile ilgisinin olup olmadığının araştırılacağı belirtilmiştir.⁵¹²

Hakem heyeti ayrıca harici uluslararası hukuk kaynaklarının yatırım tahkimine entegrasyonu meselesinde uygulanacak hukuk hükmünün rolüne değinmiştir.⁵¹³ Arjantin ve İspanya arasındaki ikili yatırım anlaşmasının 10. maddesinin, 5. fıkrasında hakem heyeti için uygulanacak hukuk kaynakları arasında ilgili yatırım anlaşmasından başka ev sahibi devletin ulusal hukuku ile birlikte uluslararası hukukun genel prensipleri ve taraflar arasında geçerli diğer anlaşmalar sayılmıştır.⁵¹⁴ Dolayısıyla burada uluslararası hukuk kurallarının mevcut davaya dahil edilmesi mümkün hale gelmektedir. Ayrıca yukarıda değindiğimiz gibi ICSID Konvansiyonu’nun 42. maddesinin birinci fıkrasında da bir tahkim davasında tarafların üzerinde anlaştıkları hukuk kurallarına göre karara varılacağı düzenlenmiştir. Ancak tarafların böyle bir hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarına da başvurulabileceği belirtilmiştir. Hakem heyeti kararında hem taraflar arasında geçerli olan yatırım anlaşmasının uygulanacak hukuk hükmüne hem de ICSID Konvansiyonu’nun 42. maddesine⁵¹⁵ atıf yapmıştır. Halbuki ikili yatırım anlaşmasında tarafların hukuk seçimine ilişkin hüküm somut olay nezdinde yeterince geniş olduğu için ICSID Konvansiyonu’nun 42. maddesine değinilmesine gerek yoktu.⁵¹⁶ Bu kapsamda Patrick Abel tarafından uluslararası insan hakları hukuku hükümlerinin yatırım tahkimine dahil edilmesinin tek uygun yolunun -mevcut davada olduğu gibi uluslararası hukuka atıf yapılmış olması kaidesiyle- tarafların hukuk seçimine ilişkin

⁵¹¹ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.75.

⁵¹² “Beyond these sources of law, it remains to be examined, in light of the openly framed provision of Article 31 § 3 (c) of the Vienna Convention, whether other parts of international law may be relevant in the instant case.”, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1204.

⁵¹³ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1201.

⁵¹⁴ “The arbitral tribunal shall make its decision on the basis of this Agreement and, where appropriate, on the basis of other treaties in force between the Parties, the domestic law of the Party in whose territory the investment was made, including its norms of private international law, and the general principles of international law.”, Taraflar arasında geçerli olan ikili yatırım anlaşmasının metni İspanyolca’dır, anlaşmanın İngilizce çevirisi için bkz. [https://www.investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0008%20-%20Argentina-Spain%20\(1991\)%20\[english%20translation\]%20UNTS.pdf](https://www.investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0008%20-%20Argentina-Spain%20(1991)%20[english%20translation]%20UNTS.pdf) (erişim tarihi:25.03.2020).

⁵¹⁵ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1202.

⁵¹⁶ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.77.

hüküm olduğu dile getirilmiştir.⁵¹⁷ Dolayısıyla uluslararası insan hakları hukuku bakımından yatırımcı için bağlayıcı bir insan hakları hukuku yükümlülüğü varsa, bunun uygulanacak hukuk hükmü aracılığıyla yatırım tahkimine dahil edilmesi mümkündür.⁵¹⁸

Yabancı yatırımcı için uluslararası hukukta var olan –ki eğer varsa- bir insan hakları yükümlülüğünü yatırım tahkimine nasıl dahil edebileceğimizi böylelikle açıkladık. Ve fakat şimdi değinmemiz gereken mesele uluslararası hukukta yatırımcı için bağlayıcı insan hakları yükümlülükleri bulunup bulunmadığı hususudur. Daha çalışmamızın başında da değindiğimiz gibi yatırımcılar için, yani devlet-dışı aktörler olan şirketler veya gerçek kişiler için, uluslararası hukukta bağlayıcı insan hakları yükümlülükleri yoktur. Dolayısıyla yatırımcının insan hakları yükümlülüğü olduğuna hükmeden *Urbaser* kararı her ne kadar kamuoyunun duymak istediklerini söylemiş olsa da aslında hukuken hatalı bir karardır. Şimdi heyetin argümanlarını daha yakından inceleyelim.

Heyet değerlendirmesine şirketlerin uluslararası hukukun kişisi olmadığı için yükümlülükler de sahip olamayacağı yönündeki ilkeye değinerek başlamıştır.⁵¹⁹ Heyete göre bu ilke geçmişte önemli olmasına rağmen günümüzde etkisini yitirmiştir.⁵²⁰ Bu kapsamda kararda yatırım anlaşmaları kapsamında nasıl şirketlerin uluslararası hukuk bakımından hak sahibi olması mümkünse o zaman şirketlerin uluslararası hukuk bakımından yükümlülük sahibi de olabilecekleri belirtilmiştir.⁵²¹ Heyet devamında kurumsal sosyal sorumluluk metinlerine değinmiş ve bunların doğrudan şirketlere çeşitli yükümlülükler getirdiğinden bahsetmiştir.⁵²² Dolayısıyla heyete göre uluslararası faaliyet gösteren şirketler artık uluslararası hukukun kişileri olmaktan bağışık tutulamazlar.⁵²³ Heyetin bu argümantasyonunda bazı hatalar

⁵¹⁷ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.77.

⁵¹⁸ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.77.

⁵¹⁹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1194.

⁵²⁰ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1194.

⁵²¹ “If the BIT therefore is not based on a corporation’s incapacity of holding rights under international law, it cannot be admitted that it would reject by necessity any idea that a foreign investor company could not be subject to international law obligations.”, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1194.

⁵²² *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1195.

⁵²³ “In light of this more recent development, it can no longer be admitted that companies operating internationally are immune from becoming subjects of international law.”, *Urbaser S.A. and*

bulunmaktadır. Her şeyden önce heyet uluslararası faaliyet gösteren şirketlerin de uluslararası hukukun kişisi olduğuna dair bu önemli ve radikal saptaması için yeterli bir tartışma yapmamıştır zira kişilik mevzuu kararda sadece iki paragrafta kendine yer bulmuştur. Ayrıca heyet kurumsal sosyal sorumluluk kavramına değinmiştir ancak kurumsal sosyal sorumluluk belgeleri her ne kadar şirketler için yükümlülükler düzenlese de bağlayıcı metinler değildirler. Dolayısıyla bağlayıcı nitelikte olmayan bu belgelerden hareket ederek şirketleri uluslararası hukuk kişisi olarak kabul etmek kanımızca hatalı bir yaklaşımdır.

Heyet devamında yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne sahip olup olmadığı sorusuna cevap olarak uluslararası hukukun bağlayıcı olmayan kaynaklarına başvurmuştur. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politikaya ilişkin İlkeler Üçlü Bildirgesi'nin çeşitli hükümlerine atıf yapılmıştır.⁵²⁴ Ancak heyet kararında işbu belgelerin bağlayıcı olmadıkları hususunu göz ardı etmiştir.⁵²⁵ *Soft law* metinlerinin uluslararası hukuktaki statüsü halen tartışmalı olmakla birlikte bu belgeler yatırımcı için bağlayıcı bir yükümlülük yaratmamaktadır. Onlar ancak var olan metinlerin yorumlanmasında kullanılabilir. Dolayısıyla bağlayıcı olmayan bu belgelerden hareket ederek yatırımcı için bağlayıcı insan hakları yükümlülükleri olduğuna hükmetmek hatalı bir yaklaşımdır.

Heyet kararında bağlayıcı nitelikte olan uluslararası insan hakları hukuku kaynaklarına da atıf yapmıştır. Bu noktada Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin⁵²⁶ (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*) 5, 11 ve 12. maddelerine değinmiştir.⁵²⁷ Ancak heyet 5. maddeyi yanlış yorumladığı için ICESCR'de yer alan haklar bakımından, devlet-dışı aktörlerin de bağlayıcı bir yükümlülüğü olduğu şeklinde yanlış bir çıkarım yapmıştır.⁵²⁸ Söz konusu 5/1. madde şu şekildedir; “*Bu Sözleşme'deki hiç bir hüküm, bir Devlete, gruba ya da kişiye, Sözleşme'de tanınmış hakların ya da özgürlüklerin*

Consortio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, para.1195

⁵²⁴ *Urbaser S.A. and Consortio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, paras.1196,1198.

⁵²⁵ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.79.

⁵²⁶ Bundan sonra kısaca ICESCR olarak anılacaktır.

⁵²⁷ *Urbaser S.A. and Consortio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1197.

⁵²⁸ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.79.

*herhangi birinin ortadan kaldırılmasına ya da bu Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmasına yönelik herhangi bir eyleme girişme ya da bir davranışta bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.*⁵²⁹

Heyet ICESCR’nin yeterli bir yaşam standardı hakkının (*The Right to an Adequate Standard of Living*) düzenlendiği 11. maddesine ve sağlık hakkının (*The Right to Health*) düzenlendiği 12. maddesine değinmiştir.⁵³⁰ Mevcut olayda gündeme gelen su hakkını BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin Su Hakkı başlıklı 15 No’lu Genel Yorumu’na⁵³¹ ve 28 Temmuz 2010 tarihli BM Genel Kurulu Kararı’na⁵³² dayanarak ICESCR’nin 11. ve 12. maddeleri kapsamında bir insan hakkı olarak görmüştür.⁵³³ Heyet su hakkını kapsamına alan 11. ve 12. maddeleri ve 5. maddeyi bir arada yorumlamış ve 5. maddeden dolayı yatırımcının su hakkı bakımından yükümlülükleri olduğu sonucuna ulaşmıştır. Heyete göre hem devletin hem de özel hukuk kişilerinin su hakkını ve bağlantılı diğer hakları tahrip etmeyi amaçlayan faaliyetlerden kaçınma yükümlülüğü (*...not to engage in activity aimed at destroying such rights*) bulunmaktadır.⁵³⁴

Bu kapsamda 5. maddede devlet-dışı aktörlerin bahsinin geçmesi, heyetin yanlış bir çıkarım yapmasına yol açmıştır.⁵³⁵ Halbuki söz konusu 5. maddenin anlamı aslında insan hakları hukukunda farklı bir yere sahiptir. Bu madde ile hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiştir.⁵³⁶ Hakkın kötüye kullanılması yasağı ICESCR ile birlikte Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 5/1.

⁵²⁹ Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/08/20030811.htm#4> (erişim tarihi:26.03.2020).

⁵³⁰ Söz konusu 11. ve 12. madde hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Ben Saul, David Kinley, Jaqueline Mowbray, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Cases, Materials, and Commentary**, USA, Oxford University Press, 2014.

⁵³¹ “Su hakkı, özellikle insanın yaşamını sürdürebilmesinin en temel koşullarından biri olması sebebiyle, açıkça yeterli bir yaşam düzeyinin sağlanması için gerekli olan güvenceler kategorisinde değerlendirilmelidir.”, Çeviri Lema Uyar’a aittir. Lema Uyar, **a.g.e.**, s.265.

⁵³² “Recognizes the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights.”, UNGA, Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010, 64/292. The human right to water and sanitation, A/RES/64/292, s.2, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/687002?ln=en> (erişim tarihi: 24.04.2020).

⁵³³ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, para.1197.

⁵³⁴ “At this juncture, it is therefore to be admitted that the human right for everyone’s dignity and its right for adequate housing and living conditions are complemented by an obligation on all parts, public and private parties, not to engage in activity aimed at destroying such rights.”, Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, para.1199.

⁵³⁵ Patrick Abel, **ag.e.**, s.80.

⁵³⁶ Ben Saul, David Kinley, Jaqueline Mowbray, **a.g.e.**, s.262.

maddesinde⁵³⁷, AIHS'in 17. maddesinde⁵³⁸ ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 29/a⁵³⁹ maddesinde yer almaktadır.⁵⁴⁰ Hakkın kötüye kullanılması yasağı uluslararası insan hakları hukukuna II. Dünya Savaşı'ndan sonra giren bir kavram olup, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 30. maddesinde⁵⁴¹ düzenlendikten sonra diğer insan hakları belgelerinde de kendine yer bulmuştur.⁵⁴² Aynı zamanda T.C. Anayasası 14. madde⁵⁴³ de dahil olmak üzere çeşitli ülkelerin anayasalarında da hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiştir. *"Hakkın kötüye kullanılması söz konusu olduğunda kişilerin sahip oldukları subjektif hakkın sınırları dışına çıkıp çıkmadıkları, başkalarının haklarına ya da demokratik kurumların işleyişine zarar verip vermedikleri incelenmektedir."*⁵⁴⁴ Kemal Gözler bir hakkın kötüye kullanıldığı muhtemel durumları tüketici olmadan şu şekilde saymaktadır; *"a) sırf başkasına zarar verme kastıyla kullanım, b) hak ve hürriyetin olağan amacı dışında kullanımı, c) gayrimeşru ve gayriahlaki kullanım ve d) kötü niyetle kullanım."*⁵⁴⁵ İnsan hakları hukukuna göre hakkın kötüye kullanıldığı bir durum tespit edildiğinde artık söz konusu hakkın sahibi hakkın sağladığı korumadan yararlanamayacaktır.⁵⁴⁶ Hakkın kötüye kullanılması yasağının çiğnenmesi durumunda hukuki düzlemde doğacak olan *"genel sonuç"* budur, ancak bu sonuçla birlikte başka *"mali, cezai ve özel sonuçların"* da doğması muhtemeldir.⁵⁴⁷

Sonuç olarak ICESCR'nin 5. maddesi ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 30. maddesi yatırımcı için bağlayıcı nitelikte insan hakları

⁵³⁷Bkz.

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaraIliskinSozlesme.pdf> (erişim tarihi: 26.03.2020).

⁵³⁸Bkz. https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/09/01/AIHS_TUR.pdf (erişim tarihi: 26.03.2020).

⁵³⁹Bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201144/volume-1144-I-17955-English.pdf> (erişim tarihi: 26.03.2020).

⁵⁴⁰ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.80.

⁵⁴¹ "İşbu Beyanname'nin hiç bir hükmü içinde ilan olunan hak ve hürriyetlerin bir Devlet, zümre veya fert tarafından yok edilmesini güden bir faaliyete girişmeye veya bilfiil bunu işlemeye herhangi bir hak gerektirir mahiyette yorumlanamaz.", Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> (erişim tarihi: 26.03.2020).

⁵⁴² Oya Boyar, "Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Editör Sibel İnceoğlu, Tıpkı 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, Ekim 2013, s.84.

⁵⁴³ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (erişim tarihi: 26.03.2020).

⁵⁴⁴ Oya Boyar, "Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, s.96.

⁵⁴⁵ Kemal Gözler, **a.g.e.**, s.306-307.

⁵⁴⁶ Kemal Gözler, **a.g.e.**, s.308.

⁵⁴⁷ Kemal Gözler, **a.g.e.**, s.309.

yükümlülükleri yaratacak biçimde yorumlanamaz.⁵⁴⁸ Bu maddeler var olan bir hakkın kötüye kullanılmaması gerekliliğini düzenlemektedir. Devlet-dışı aktörler için bağlayıcı bir yükümlülük doğurmamaktadır.⁵⁴⁹

Heyet daha sonra yatırımcının imtiyazın geçerli olduğu alanda yaşayan vatandaşlar için su ve kanalizasyon hizmeti sağlamak konusunda uluslararası bir yükümlülüğünün olup olmadığını değerlendirmiştir ve yatırımcının imtiyaza dayanan sözleşmesel yükümlülüğünün uluslararası bir yükümlülük teşkil etmediğini saptamıştır.⁵⁵⁰ Heyet ayrıca ilgili yatırım anlaşmasının da yatırımcıya bir insan hakkı olan su hakkına saygı göstermek gibi bir yükümlülük getirmediğine değinmiştir.⁵⁵¹

Heyete göre uluslararası hukuk bakımından su hakkı devlet tarafı için yükümlülükler getirmektedir ancak sözleşmeye bağlı olarak hizmet veren şirketler için bir icra yükümlülüğü getirmemektedir.⁵⁵² Bu bağlamda yatırımcının yükümlülükleri, devletin vatandaşlarına içme suyu ve kanalizasyon hizmeti sağlamak konusundaki sorumluluğundan ayrı tutulmalıdır.⁵⁵³ Heyete göre su hakkının yürütülmesi bir icra yükümlülüğünü temsil etmektedir.⁵⁵⁴ Ve devletlerin böyle bir yükümlülüğü bulunmakla birlikte şirketler böyle bir yükümlülüğe doğrudan sahip değildir.⁵⁵⁵ Yatırımcının icra yükümlülüğüne sahip olması için bir sözleşme yahut

⁵⁴⁸ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.82.

⁵⁴⁹ Edward Guntrip, “Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?”, **EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law**, 10 Şubat 2017, bkz. <https://www.ejiltalk.org/urbaser-v-argentina-the-origins-of-a-host-state-human-rights-counterclaim-in-icsid-arbitration/> (erişim tarihi:26.03.2020).

⁵⁵⁰ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1206, Markus Krajewski, “A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application”, s.123.

⁵⁵¹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1207.

⁵⁵² “The human right to water entails an obligation of compliance on the part of the State, but it does not contain an obligation for performance on part of any company providing the contractually required service.”, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1208.

⁵⁵³ “Such obligation would have to be distinct from the State’s responsibility to serve its population with drinking water and sewage services.”, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1208.

⁵⁵⁴ “Indeed, the enforcement of the human right to water represents an obligation to perform.”, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1210.

⁵⁵⁵ “Such obligation is imposed upon States. It cannot be imposed on any company knowledgeable in the field of provision of water and sanitation services.”, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1210.

benzer bir yasal ilişkinin olması gerekir.⁵⁵⁶ Dolayısıyla böyle bir durumda yatırımcının icra yükümlülüğü kaynağını ulusal hukukta bulmaktadır ve uluslararası hukuk bakımından yatırımcının herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁵⁵⁷ Ancak heyet devamında kaçınma yükümlülüğü (*obligation to abstain*) yani insan haklarını ihlal eden eylemlerde bulunma yasağı söz konusu olduğunda ise durumun farklı olduğuna dikkat çekmiştir.⁵⁵⁸ Zira bu yükümlülük hem devlet hem de özel hukuk kişileri için geçerli bir yükümlülüktür.⁵⁵⁹ Dolayısıyla heyet burada uluslararası insan hakları hukuku bakımından negatif yükümlülük ve pozitif yükümlülük ayrımına gitmiştir. Uluslararası insan hakları hukukuna göre hem devletlerin hem de özel hukuk kişilerinin negatif yükümlülüklerle sahip olduğuna ancak pozitif yükümlülüklerin ise sadece devletlere ait olduğuna değinmiştir.⁵⁶⁰ Heyet devamında ilgili imtiyaz sözleşmesi özelinde bir inceleme yapmış ve Arjantin'in karşı davasını reddetmiştir.⁵⁶¹

Urbaser kararında böylece uluslararası faaliyet gösteren şirketlerin artık uluslararası hukuk kişisi olmaktan bağımsız tutulamayacağına ve özel hukuk kişilerinin de uluslararası hukuk bakımından negatif yükümlülükleri olduğuna hükmedilmiştir. Ancak yukarıda belirttiğimiz sebeplerle bu karar ciddi hukuki hatalar barındıran bir karardır. Heyetin yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne sahip olduğuna ilişkin tespiti mevcut insan hakları hukuku ile bağdaşmamaktadır.⁵⁶² Markus Krajewski'ye göre *Urbaser* kararındaki yatırımcının insan hakları

⁵⁵⁶ “In order to have such an obligation to perform applicable to a particular investor, a contract or similar legal relationship of civil and commercial law is required.”, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1210.

⁵⁵⁷ “In such a case, the investor’s obligation to perform has as its source domestic law; it does not find its legal ground in general international law.”, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1210.

⁵⁵⁸ “The situation would be different in case an obligation to abstain, like a prohibition to commit acts violating human rights would be at stake.”, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1210.

⁵⁵⁹ “Such an obligation can be of immediate application, not only upon States, but equally to individuals and other private parties.”, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para.1210.

⁵⁶⁰ Anıl Yılmaz-Vastardis, “Is International Investment Law moving the ball forward on IHRL obligations for business enterprises?”, **EJIL: TALK Blog of the European Journal of International Law**, 15 Mayıs 2017, bkz. <https://www.ejiltalk.org/is-international-investment-law-moving-the-ball-forward-on-ihrl-obligations-for-business-enterprises/> (erişim tarihi: 28.03.2020); Edward Guntrip, “Private Actors, Public Goods and Responsibility for the Right to Water in International Investment Law: An Analysis of *Urbaser v. Argentina*”, **Brill Open Law**, Yıl.2018, Volume.1, Issue.1, s.60.

⁵⁶¹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, paras.1211-1221.

⁵⁶² Markus Krajewski, “A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application”, s.125.

yükümlülüğüne sahip olduğuna dair yaklaşım, bu sebepten dolayı başka bir hakem heyeti tarafından şimdiye kadar takip edilmemiştir.⁵⁶³ Sonuç olarak çok uluslu şirketlerin uluslararası hukuktaki konumu ve insan hakları yükümlülükleri meselelerinin gelecek yıllarda da hukukçular tarafından tartışılmaya devam edeceğini şimdiden öngörmek mümkündür.⁵⁶⁴ *Urbaser* kararı bu tartışmaya katkı sağlamış olmakla birlikte kesin cevaplar vermemiştir.⁵⁶⁵

Peki yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet verdiği iddiasıyla açılan bir karşı davayı yatırım tahkiminde işlevsel hale getirmenin başka yolları olabilir mi? Her şeyden önce yukarıda bazı insan hakları hukuku normlarının *jus cogens* niteliğe sahip olduğuna değinmiştik. Dolayısıyla yatırımcı *jus cogens* niteliğinde bir normu ihlal ettiğinde devlet yatırım tahkiminde bir karşı dava açarak bunu ileri sürebilir.

Abel bu soruya ayrıca iki hususa da dikkat çekerek cevap vermektedir.⁵⁶⁶ Birincisi insan hakları hukukuna ilişkin yükümlülüklerini kendi ulusal hukukuna entegre etmiş devletler, yatırımcının ulusal hukuk ihlalinde bulunduğu iddiasıyla bir karşı dava açabilirler.⁵⁶⁷ Bunu somutlaştırmak için yukarıdaki örneğimize geri dönelim. Gerekli iş güvenliği kurallarına uymayarak bir işçinin ölümüne sebebiyet veren yatırımcının fiili, ev sahibi devletin insan haklarını koruyan ulusal hukuk normlarını ihlal etmektedir. Burada yatırımcı, uluslararası insan hakları hukukunun ulusal hukukta tezahürü niteliğinde olan normları çiğnemektedir. Yani böyle bir durumda yatırımcı uluslararası insan hakları hukukunu değil, ev sahibi devletin hukuk normlarını ihlal etmektedir.

Dolayısıyla insan hakları hukukuna ilişkin yükümlülüklerini kendi ulusal hukukuna entegre etmiş devletler bakımından yatırımcı uluslararası insan hakları hukuku ile dolaylı olarak bağlı bulunmaktadır. Ve yatırımcının insan haklarını koruyan bir ulusal hukuk normunu ihlal etmesi durumunda devletler karşı dava açarak bu ihlali tahkimde ileri sürebilirler. Bu husus ayrıca Edward Guntrip

⁵⁶³ Markus Krajewski, "A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application," s.125.

⁵⁶⁴ Kevin Crow, Lina Lorenzoni Escobar, "International Corporate Obligations, Human Rights, and The *Urbaser* Standard: Breaking New Ground?", **Boston University International Law Journal**, Yıl.2018, Volume.36, Issue.1, ss.117-118.

⁵⁶⁵ **A.g.e.**, s.118.

⁵⁶⁶ Patrick Abel, **a.g.e.**, ss.82-83.

⁵⁶⁷ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.82.

tarafından da dile getirilmiştir.⁵⁶⁸ Ancak burada vurgulanması gereken önemli nokta hakem heyetinin devletin ulusal hukuktan kaynaklanan iddiaları üzerinde kendini yetkili görmesi gereğidir. Yani bu bağlamda başlatılan bir karşı davanın başarılı olması için öncelikli olarak hakem heyetinin devletin iç hukukundan doğan uyuşmazlıkları görmeye yetkili olması gerekmektedir.

İnsan haklarına dayanan karşı davayı yatırım tahkiminde işlevsel hale getirebilecek diğer bir durum da yatırım anlaşmalarına yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümler eklenmesidir.⁵⁶⁹ Böylelikle yatırım anlaşmasında yer verilen bir yükümlülüğe uygun davranmayan yatırımcının fiili ev sahibi devletin karşı davasının temelini oluşturabilir.⁵⁷⁰ Şu anda yatırım anlaşmalarına yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümler eklenmeye başlanmıştır. Bu hükümlerin etkililiğine ve nasıl icra edilebileceğine ilişkin detaylı tartışmalar tezin ikinci bölümünde yapılacaktır.

Son olarak değinilmesi gereken husus karşı dava açan devletin hakem heyetinden ne talep edebileceğine ilişkindir. Bu noktada açık cevap maddi tazminattır.⁵⁷¹ Arjantin açtığı karşı davada yatırımcıdan, yatırımcının açtığı davada talep ettiğinden daha yüksek meblağda bir tazminat talep etmiştir.⁵⁷² Dolayısıyla Arjantin sadece yatırımcının davasını etkisiz hale getirmek istememiş, daha yüksek bir oranda tazminat talep ederek aslında bundan daha fazlasını amaçlamıştır.⁵⁷³

⁵⁶⁸ Edward John Guntrip, *The 'de-fragmentation' of International Investment Law and International Human Rights Law: A Procedural Basis for a Host State Human Rights Defence in ICSID Arbitration*, s.188.

⁵⁶⁹ Patrick Abel, *a.g.e.*, s.83.

⁵⁷⁰ Patrick Abel, *a.g.e.*, s.83.

⁵⁷¹ Patrick Dumberry, Gabrielle Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations On Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines For The Amendment Of BITs", s.596.

⁵⁷² *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, paras.35,1156-1166.

⁵⁷³ Patrick Abel, *a.g.e.*, s.68.

II- ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDAKİ GÜNCEL GELİŞMELER

“Uluslararası Yatırım Hukukundaki Güncel Gelişmeler” başlıklı bu bölümde uluslararası yatırım hukukunun içinden geçtiği değişim süreci incelenecektir. Bugüne kadar yatırım anlaşmaları sadece yabancı yatırımın korunması amacıyla hazırlanmıştır. Ancak artık devletin düzenleme hakkına, insan haklarına, çevrenin korunmasına; kısaca yatırım-dışı konulara vurgu yapan yatırım anlaşmalarının imzalanmaya başladığını görmekteyiz. “Uluslararası Yatırım Hukuku Anlaşma Yapım Pratiğinde Yaşanan Güncel Gelişmeler” başlıklı A bölümünde bu değişim süreci genel olarak incelenecektir. “Yatırım Anlaşmalarına Yatırımcıların İnsan Hakları Yükümlülüğüne İlişkin Hükümlerin Eklenmesi” başlıklı B bölümünde ise yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümlere yer veren yatırım anlaşmaları arasından seçtiklerimiz detaylı bir incelemeye tabi tutulacaktır.

A-Uluslararası Yatırım Hukuku Anlaşma Yapım Pratiğinde Yaşanan Güncel Gelişmeler

Son yıllarda uluslararası yatırım hukukuna yönelik bir ters tepkinin “*backlash*”⁵⁷⁴ oluştuğunu söyleyebiliriz.⁵⁷⁵ Hatta Bolivya, Ekvador ve Venezuela ICSID sisteminden çekilmiştir.⁵⁷⁶ Buna binanen şu anda uluslararası yatırım hukukunun gelişiminde büyük bir reformasyon (*reformation*) sürecine tanıklık

⁵⁷⁴ **The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality**, Editörler, Michael Waibel, Asha Kaushal, Kwo-Hwa Chung, Claire Balchin, Great Britain, Kluwer Law International, 2010.

⁵⁷⁵ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.63.

⁵⁷⁶ Cesar Romero, “What Are the Consequences of the Denunciation of the ICSID Convention to Investor-State Arbitration in Latin America?”, **Transnational Dispute Management**, Yıl. Kasım 2016, Volume.13, Issue.5.

etmekteyiz.⁵⁷⁷ Özellikle yatırım anlaşmalarında gözlemlenen asimetrik yapı yani yatırımcıların sadece hak sahibi olurken buna karşılık yükümlülüklerden muaf tutulması bu değişimin önünü açmıştır. UNCTAD ve İngiliz Milletler Topluluğu Sekreterliği (*Commonwealth Secretariat*) gibi bazı hükümetler arası kuruluşlar tarafından uluslararası yatırım hukukuna yönelik “*sistemik reform*” tavsiyeleri yapılmakta ve sürdürülebilir kalkınma amacına yönelik daha güçlü bir odaklanma önerilmektedir.⁵⁷⁸ Hakeza son yıllarda ciddi bir artış gösteren yatırım hukuku üzerine yapılan akademik çalışmaların bazılarında da reform ihtiyacının vurgulandığını görmekteyiz.⁵⁷⁹ Bazı yeni jenerasyon yatırım anlaşmalarında yatırımcılara da yükümlülükler tanınmakta ve devletin kamu sağlığı, çevrenin korunması, insan hakları hukuku gibi alanlarda düzenleme hakkına (*right to regulate*) vurgu yapılmaktadır.⁵⁸⁰ Tüm bunlar uluslararası yatırım hukuku rejiminin bir “geçiş döneminde” olduğunun ve gelecekte daha ciddi bir değişim sürecine gireceğinin habercileri olabilir.⁵⁸¹ Önümüzdeki dönemde uluslararası yatırım rejiminin sadece finansa, kâra ve ekonomiye ilişkin meselelere odaklanan tutumunun değişebileceği öngörülebilir.⁵⁸²

Yukarıda da değindiğimiz gibi yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımcının korunmasına ilişkin tek taraflı hükümler bulunur ve yatırım dışı meselelere yer veren çok az sayıda yatırım anlaşması vardır. Dolayısıyla sürdürülebilir kalkınma ve beraberinde insan hakları hukuku, çevrenin korunması gibi konulara ilişkin hükümlerin anlaşmalara dahil edilmesinin yatırım hukuku bakımından yeni bir dönemeç olduğunu söyleyebiliriz.⁵⁸³ Biz çalışmamızda yatırım anlaşmalarında

⁵⁷⁷ Karsten Nowrot, “Corporate Legal and Social Responsibility as an Issue of International Investment Agreements: A Suitable Role Model for the WTO Legal Order?”, *Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie*, Yıl. Mart 2020, Heft 32, s.5.

⁵⁷⁸ Steffen Hindelang, Markus Krajewski, “Towards a More Comprehensive Approach in International Investment Law”, *Shifting Paradigms in International Investment Law More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Editörler, Steffen Hindelang, Markus Krajewski, USA, Oxford University Press, 2016, s.3.

⁵⁷⁹ *A.g.e.*, s.3.

⁵⁸⁰ Tarald Laudal Berge, Wolfgang Alschner, “Reforming Investment Treaties: Does treaty design matter?”, *Investment Treaty News*, 17 Ekim 2018, bkz. <https://iisd.org/itn/2018/10/17/reforming-investment-treaties-does-treaty-design-matter-tarald-laudal-berge-wolfgang-alschner/> (erişim tarihi: 30.03.2020).

⁵⁸¹ Steffen Hindelang, Markus Krajewski, *a.g.e.*, s.3.

⁵⁸² Sharon Hang, Investing in Human Rights: Using Bilateral Investment Treaties To Hold Multinational Corporations Liable for Labor Rights Violations, *Fordham International Law Journal*, Yıl.2014, Volume. 37, Issue. 4, Article. 2, s.1263.

⁵⁸³ Peter Muchlinski, “Negotiating New Generation International Investment Agreements New Sustainable Development Oriented Initiatives”, *Shifting Paradigms in International Investment*

gözlemlenen bu değişiklikleri insan hakları hukuku perspektifinden değerlendireceğiz ve yatırım anlaşmalarına dahil edilen insan hakları hukuku hükümlerini inceleyeceğiz.

B-Yatırım Anlaşmalarına Yatırımcıların İnsan Hakları Yükümlülüğüne İlişkin Hükümlerin Eklenmesi

Yeni jenerasyon yatırım anlaşmalarında dikkat çeken önemli bir husus anlaşmalara yatırımcıların insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümler eklenmesidir. Bu anlaşmalar insan hakları hukuku hükümlerinin yatırım tahkiminde giderek büyüyen bir öneme sahip olacağını göstermektedir.⁵⁸⁴ Şu anda uluslararası hukuktaki mevcut duruma göre bir devlet-dışı aktör olan yabancı yatırımcının bağlayıcı nitelikte insan hakları yükümlülüklerinin bulunmadığından bahsetmiştik. Ancak uluslararası hukuktaki hiçbir şey devletlerin yatırım anlaşmaları aracılığıyla yatırımcılar için bağlayıcı veya sadece tavsiye edici nitelikte insan hakları yükümlülükleri düzenlemesini engellemiyor.⁵⁸⁵ Patrick Dumbery tarafından doktrinde ikili yatırım anlaşmalarının insan hakları yükümlülüklerini dikkate alması gerektiğine ilişkin büyüyen bir konsensus olduğu tespiti yapılmıştır.⁵⁸⁶

Hakem heyetlerinin yargılamalarında dikkate aldığı birincil hukuk kaynağı ilgili yatırım anlaşmasıdır. Dolayısıyla yatırım anlaşmalarında yatırımcının yükümlülüklerine ve konumuz özelinde insan hakları yükümlülüğüne açıkça atıf yapıldığı durumlarda hakem heyetleri bizatihi ilgili yükümlülüğü dikkate alarak karar vermek zorunda kalacaklardır. Yani bir yatırım anlaşmasının açıkça yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne atıf yapması durumunda yukarıda hakem heyetlerinin yargı yetkisine ilişkin olarak değindiğimiz pek çok sorun kendiliğinden çözülmüş olacaktır. Dolayısıyla yatırım anlaşmalarında neden yatırımcının insan hakları yükümlülüklerine yer verilmesi gerektiği aslında cevaplanması kolay olan bir

Law More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified, Editörler, Steffen Hindelang, Markus Krajewski, USA, Oxford University Press, 2016, s.44.

⁵⁸⁴ Fabio Giuseppe Santacroce, “The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes”, *ICSID Review*, Yıl. 2019, Volume.34, No.1, s.155.

⁵⁸⁵ Patrick Dumbery, “Suggestions for Incorporating Human Rights Obligations into BITs”, **Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices**, Editörler, Kavaljit Singh, Burghard Ilge, This book is jointly published by Both Ends, Madhyam, SOMO, 2016, s.212.

⁵⁸⁶ “There is a growing consensus amongst scholars to the effect that BITs should take into account human rights obligations.”, **A.g.e.**, s.213.

sorudur.⁵⁸⁷ Ancak zor olan husus böyle yükümlülüklerin uygulamaya konulmasıdır.⁵⁸⁸ Gerçekten de yatırım anlaşmalarında yatırımcıların yükümlülüklerine yer verildikten sonra bu yükümlülüklerin nasıl icra edilebileceği de çözülmesi gereken başkaca önemli bir sorunu oluşturmaktadır.⁵⁸⁹

Ancak daha 2003 yılında BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri hazırladığı raporda yatırımcıların yükümlülüklerine ve bu yükümlülüklerin yatırım anlaşmalarına dahil edilebileceğine dikkat çekmiştir.⁵⁹⁰ 2015 yılında demokratik ve adil bir uluslararası düzenin desteklenmesiyle ilgili BM Bağımsız Uzmanı (*Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order*) yatırım anlaşmalarına yatırımcıların yasal sorumluluğuna ilişkin spesifik hükümler eklenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁵⁹¹ Avrupa Birliği'nin resmi web sitesinde Avrupa Birliği yatırım politikasının amaçlarından biri olarak sürdürülebilir kalkınmayı, insan haklarına saygı ve yüksek işgücü ve çevre standartlarını destekleyen yatırımları teşvik etmek sayılmıştır.⁵⁹² Ayrıca 5 Temmuz 2016 tarihli Avrupa Parlamentosu ilke kararında (*European Parliament resolution*) da, kurumsal

⁵⁸⁷ Peter T. Muchlinski, "Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalizing World", **The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options**, Editörler, Jose E. Alvarez, Karl P. Sauvant, Katkıda Bulunanlar, Kamil Gerard Ahmed, Gabriela P. Vizcaino, USA, Oxford University Press, 2011, s.43.

⁵⁸⁸ A.g.e., s.43.

⁵⁸⁹ Karsten Nowrot, "How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law?", **The Journal of World Investment and Trade**, Yıl.2014, Volume.15, Issue. 3-4, s.637.

⁵⁹⁰ "Promoting investors' obligations alongside investors' rights... Further, States could consider the issue of legal responsibility of investors within discussions concerning continuing investment liberalization and consider acknowledging these responsibilities in investment agreements.", UN Commission on Human Rights, Human rights, trade and investment, Report of the High Commissioner for Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2003/9, 2 July 2003, para.59, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/500177> (erişim tarihi: 24.04.2020).

⁵⁹¹ "States should include in bilateral investment treaties and free trade agreements specific provisions on the legal responsibility of transnational corporations and investors to make reparation for environmental, health and other damage caused by their activities, and strengthen domestic criminal law provisions so as to address personal criminal liability of investors and corporation executives for environmental harm or gross human rights violations. To this end, States should establish a monitoring mechanism to assess investor compliance with human rights;", UNGA Human Rights Council, Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order, Alfred Maurice de Zayas, A/HRC/30/44, 14 Temmuz 2015, para.62 (o), bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/803449> (erişim tarihi: 24.04.2020).

⁵⁹² "promote investment that supports sustainable development, respect for human rights and high labour and environmental standards.", bkz. <https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/> (erişim tarihi: 31.03.2020).

sosyal sorumluluğa ilişkin sayılan bazı uluslararası hukuk belgelerinin Avrupa Birliği ticaret anlaşmalarında bağlayıcı olarak yer alması gereğine değinilmiştir.⁵⁹³

Bu kapsamda Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (UNCTAD) tarafından 2012 yılında geliştirilen ve 2015 yılında da güncellenen “Sürdürülebilir Kalkınma için Yatırım Politikası Çerçevesi”ne (IPFSD) de değinmek gerekir.⁵⁹⁴ İlgili metin yatırım politikasına ilişkin çeşitli ilkelerden oluşmaktadır. IPFSD’de devletin taahhütlerinin yatırımcı yükümlülükleri ile dengelenmesi ve sorumlu yatırımın teşvik edilmesi gereklerine değinilmiştir.⁵⁹⁵ Ve ayrıca IPFSD’de yatırım anlaşmalarının genel kabul görmüş uluslararası ilkelere atıf yapması ve kurumsal sosyal sorumluluk ilkelerinin yaygınlaşmasını desteklemesi salık verilmiştir.⁵⁹⁶ IPFSD bu kapsamda yatırım anlaşmalarına ve ulusal yatırım yasaları ve politikalarına kurumsal sosyal sorumluluk hükümlerinin nasıl dahil edilebileceğine ilişkin olarak somut önerilerde bulunmaktadır.⁵⁹⁷

Daha da arttırılabilecek bu örnekler uluslararası yatırım ve ticaret politikasının bir değişim süreci içinde olduğunun ve önümüzdeki dönemde de bunun devam edebileceğinin göstergeleri olabilir. Ancak yatırımcıya yatırım anlaşmaları vasıtasıyla bağlayıcı insan hakları yükümlülükleri getirilmesi ve bunun yaygınlık kazanması uluslararası hukuk açısından oldukça radikal bir gelişmedir ve Markus Krajewski’ye göre öngörülebilir gelecekte gerçekleşmesi muhtemel değildir.⁵⁹⁸ Gene de bu bağlamdaki başlangıç adımları hukuki açıdan çok önemlidir, zira her şeyden

⁵⁹³ “Stresses that provisions on human rights, social and environmental standards, commitments on labour rights based on the ILO’s core conventions and principles of corporate social responsibility (CSR), including the OECD principles for multinational companies and the UN Principles on Business and Human rights, should be binding and must form a substantial part of EU trade agreements through enforceable commitments”, European Parliament resolution of 5 July 2016 on a new forward-looking and innovative future strategy for trade and investment (2015/2105(INI)), para.18, bkz. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0299_EN.html (erişim tarihi: 31.02.2020).

⁵⁹⁴ UNCTAD, **Investment Policy Framework For Sustainable Development**, 2015, Bkz. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf (erişim tarihi: 31.03.2020).

⁵⁹⁵ “Balancing State commitments with investor obligations and promoting responsible investment.”, UNCTAD, **Investment Policy Framework For Sustainable Development**, 2015, s.8.

⁵⁹⁶ “In addition, the IIA could refer to commonly recognized international standards and support the spread of CSR standards.”, UNCTAD, **Investment Policy Framework For Sustainable Development**, 2015, s.8.

⁵⁹⁷ Yulia Levashova, “The Accountability and Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations for Transgressions in Host States through International Investment Law”, **Utrecht Law Review**, Yıl.2018, Volume. 14, Issue. 2, s.44.

⁵⁹⁸ “As a consequence, it seems unlikely that investor obligations to respect human rights will emerge in the foreseeable future in international treaty-making or treaty-application.” Markus Krajewski, “A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application”, s.128.

önce uluslararası hukukta yaşanan bir evrim sürecine işaret etmektedir.⁵⁹⁹ Cüneyt Yüksel tarafından da ifade edildiği gibi; “uluslararası hukuk sistemi, uluslararası toplumun karşı karşıya olduğu yeni zorluklara etkili bir şekilde cevap verebilmek ve hedeflerini gerçekleştirebilmek için sürekli bir devinim ve dinamizm içerisindedir.”⁶⁰⁰ Dolayısıyla yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin olarak yatırım anlaşmalarına eklenen hükümlere bu perspektifle yaklaşmak gerekir.

İnsan hakları hukukuna ilişkin meselelerin uluslararası yatırım ve ticaret hukukundaki büyüyen önemi dikkate alındığında yatırım anlaşmalarının yeniden şekillendirilme süreci iş dünyası ve insan haklarına ilişkin yükümlülüklerin sağlam bir temele kavuşmasında ve daha yaygın olarak kabul görmesinde faydalı olabilir.⁶⁰¹ Gerçekten de yatırımcının insan hakları yükümlülüklerine yer veren bu yeni jenerasyon yatırım anlaşmaları iş dünyası ve insan haklarına yönelik bağlayıcı bir andlaşmanın tarafında olanların amaçlarının -en azından çoğunun- karşılanması için etkili bir araç olabilir.⁶⁰² Zira böyle anlaşmalar iş dünyası ve insan haklarına ilişkin yükümlülükleri, yumuşak hukuk belgelerinde olduğu gibi, bağlayıcı olmayan bir nitelikten kurtaracak ve bağlayıcı hale gelmelerini sağlayacaktır.⁶⁰³ Gerçekten de bağlayıcı olmayan uluslararası hukuk belgelerinin gerektirdiği ulusal düzenlemeleri yapmakta isteksiz olan devletler, yatırım anlaşmalarına taraf olduklarında, bu anlaşmalar bağlamında gündeme gelen insan hakları yükümlülüklerinin doğrultusunda davranmak zorunda kalacaklardır.⁶⁰⁴ Çünkü bu yükümlülükler bizatihi onların uymakla yükümlü olduğu anlaşmanın bir parçası haline gelmiştir.⁶⁰⁵

Ayrıca iş dünyası bakımından da yatırımcının insan hakları yükümlülüklerine yatırım anlaşmalarında yer vermek bu yükümlülükleri yatırımcılar için bağlayıcı ve etkili bir hale getirecektir. Zira yatırım anlaşmaları iş dünyası için bağlayıcı olan hukuk kaynakları arasında en önemlilerinden birini oluşturmaktadır.⁶⁰⁶ Gerçekten de

⁵⁹⁹ Erik Denters, Tarcisio Gazzini, “The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment”, **Journal of World Investment & Trade**, Yıl.2017, Volume. 18, Issue. 3, s.449.

⁶⁰⁰ Cüneyt Yüksel, **Uluslararası Hukuk ve Ekonomik Kalkınma**, 1. Basım, İstanbul, Alfa, Şubat 2020, s.35.

⁶⁰¹ Barnali Choudhury, “Spinning Straw Into Gold: Incorporating The Business And Human Rights Agenda Into International Investment Agreements”, **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Yıl.2017, Volume.38, Issue.2, s.463.

⁶⁰² A.g.e., s.463.

⁶⁰³ A.g.e., s.464.

⁶⁰⁴ A.g.e., s.463-464.

⁶⁰⁵ A.g.e., s.464, dn.154.

⁶⁰⁶ A.g.e., s.464.

halihazırda BM nezdinde iş dünyası ve insan haklarına ilişkin yürütülen bağlayıcı andlaşma hazırlığına dair yayınlanan taslak metinler hukuki açıdan istenen hedeften uzak niteliktedir. BM'nin diğer belgeleri gibi bu belgenin de akıbetinin iş dünyası lehine sonuçlanması mümkün görünmektedir. Ancak yatırım anlaşmaları vasıtasıyla iş dünyasına insan hakları yükümlülükleri getirmek bu anlaşmaların zaten bağlayıcı nitelikte olması ve iş dünyası için de çok önemli belgeler teşkil etmesinden dolayı pratikte daha etkili olabilir. Ve Barnali Choudhury tarafından da dile getirildiği gibi bağlayıcı andlaşmayı destekleyenlerin amaçlarını karşılayabilir.

Bu bağlamda başka önemli bir nokta da şudur ki; iş dünyası ve insan haklarına ilişkin BM tarafından hazırlanan bu bağlayıcı andlaşma nihai halini aldığıda çok taraflı bir andlaşma olacağı için çok sayıda devletin onayını gerektirecektir.⁶⁰⁷ Halihazırda bu bağlayıcı andlaşmaya ilişkin özellikle bazı gelişmiş ülkelerin muhalefetine söz konusu olduğunu belirtmiştik, dolayısıyla bu devletlerin andlaşmanın nihai haline imza atmaması olası görünmektedir. Ancak iş dünyası ve insan haklarına ilişkin meseleler yatırım anlaşmalarına dahil edilmek istendiğinde ikili yatırım anlaşmaları bakımından sadece iki devletin onayı yeterli olacaktır⁶⁰⁸ ve bu açıdan daha kolay bir prosedür işleyecektir.

Son olarak değinilmesi gereken husus uluslararası yatırım hukukunun bünyesinde etkili bir yürürlük aracı olan yatırım tahkimini barındırmasıdır. Devlet yatırım anlaşmalarında yer verilen yükümlülüklerine aykırı davrandığında yatırımcı için kolaylıkla ulaşılabilir ve etkili olan hakem heyetleri yatırımcının zararını tazmin etmesini sağlamaktadır. Yeni jenerasyon yatırım anlaşmalarında gerekli düzenlemeler yapıldığında, yatırımcılar yatırım anlaşmalarında yer verilen yükümlülüklerine aykırı davranırsa, devletler yatırımcıların bu davranışını yatırım tahkiminde ileri sürebilir. Dolayısıyla yeni jenerasyon yatırım anlaşmaları ile birlikte yatırım tahkimine başvurma ve zararını tazmin ettirme imkanı yatırımcının tekelinde olmaktan çıkarılabilir.⁶⁰⁹

Bu noktada şu önemli detaya da değinmek gerekir. BM nezdinde şirketler için bağlayıcı bir andlaşma hazırlandıktan sonra şirketler için geçerli olan bu bağlayıcı

⁶⁰⁷ Barnali Choudhury, "Investor Obligations for Human Rights", 9 Aralık 2019, ICSID Review (Forthcoming), bkz. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3500991 (erişim tarihi: 01.05.2020), s.19.

⁶⁰⁸ A.g.e., s.19.

⁶⁰⁹ Barnali Choudhury, "Spinning Straw Into Gold: Incorporating The Business And Human Rights Agenda Into International Investment Agreements", s.464.

insan hakları yükümlülüklerinin uluslararası insan hakları hukukunda nasıl yürürlüğe geçebileceği cevabı bilinmeyen bir sorudur. Halihazırda zaten yukarıda da değindiğimiz gibi bu andlaşmaya ilişkin yayınlanan taslak metinler yükümlülükleri iş dünyasına değil, devletlere tanımıştır ancak burada bizatihi şirketlere yükümlülükler tanındığı fiksiyonundan hareket edelim. Şu anda insan hakları mahkemelerinin yargı yetkisi devletlerin insan hakları ihlali teşkil eden fiilleri ile sınırlıdır ve şirketleri yargılayabilecek olan uluslararası bir insan hakları mahkemesi yoktur. İşte bu noktada yatırım tahkimi iş dünyasının insan hakları yükümlülüklerinin icra edilmesi için uygun bir platform olabilir. Ancak bu bağlamda yatırım tahkiminin uzmanlık alanının insan hakları hukuku olmaması⁶¹⁰ ve ayrıca yatırım tahkimine başvurma imkanının devlet ve yatırımcı ile sınırlandırılmasından dolayı insan hakları ihlali mağdurlarının tahkimde bizzat şikayetini öne süremeyecek olması gibi haklı eleştiriler yapılmaktadır.⁶¹¹ Kanımızca gerçek veya tüzel kişi olan yatırımcının uluslararası bir platformda insan hakları ihlaline sebebiyet vermiş olmaktan dolayı yargılanabilecek olması insan hakları hukuku açısından çok önemli bir gelişme olacaktır. Ancak bahsi geçen eleştiriler ciddi meselelerdir ve bu eleştirilerin de dikkate alındığı hukuki çözümler üretilmeye çalışılmalıdır. Mesela yatırım tahkiminin uzmanlık alanının insan hakları hukuku olmadığı eleştirisinin giderilmesi için daha tahkim sürecinin başında devlet uluslararası insan hakları hukuku eğitimine sahip olan bir hakem seçebilir. Kaldı ki şu anda da yatırım tahkiminde uluslararası kamu hukukçuları arasından hakemler seçilebilmektedir. Örneğin yukarıda muhalefet şerhine yer verdiğimiz Philippe Sands bir uluslararası kamu hukukçusudur.

Sonuç olarak iş dünyası ve insan hakları hukuku bakımından yatırım anlaşmalarının umut vaat eden bir araç olduğunu söyleyebiliriz.⁶¹² Yatırım anlaşmalarına yatırımcılar için bağlayıcı nitelikte insan hakları yükümlülüklerinin eklenmesi, iş dünyasının insan haklarına ilişkin yükümlülüklerinin bağlayıcı ve icra edilebilir bir nitelik kazanmasında daha kolay ve doğrudan bir adım sunmaktadır.⁶¹³

Yatırım anlaşmalarına yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin eklenmesi ile ilgili olarak irdelenmesi gereken bazı önemli meselelere Patrick Dumbery ve Gabrielle Dumas-Aubin tarafından değinilmiştir. Şimdi biz de

⁶¹⁰ Megan W. Sheffer, “Bilateral Investment Treaties: A Friend or a Foe to Human Rights?”, **Denver Journal of International Law and Policy**, Yıl.2011, Volume.39, Issue.3, ss.495-496.

⁶¹¹ Patrick Abel, **a.g.e.**, s.87.

⁶¹² Megan W. Sheffer, **a.g.e.**, s.520.

⁶¹³ Barnali Choudhury, “Investor Obligations for Human Rights”, s.19.

onların makalelerinde yer verdikleri sorulardan hareket ederek, bu meseleleri değerlendireceğiz. Ardından yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümlere yer veren yatırım anlaşmalarından bazılarını belirli bir tasnife tabi tutarak inceleyeceğiz.

1- Yatırımcının İnsan Hakları Yükümlülüğüne İlişkin Hükümlerin Yatırım Anlaşmalarındaki Konumu

Bu başlık altında yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin yatırım anlaşmalarının hangi kısımlarında yer alabileceğini inceleyeceğiz.⁶¹⁴ Yatırım anlaşmalarında yatırım dışı meselelere önsözde veya ana metinde yer verilebilir. Dolayısıyla yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeleri yatırım anlaşmalarına dahil etmede önsözler bir araç olabilir. Bazı yatırım anlaşmalarının önsözlerinde yatırım dışı meselelere yer verildiğini görüyoruz. Örneğin Kanada ve Burkina Faso arasında 2015 yılında imzalanan ikili yatırım anlaşmasının önsözünde sürdürülebilir kalkınma, kurumsal sosyal sorumluluk, yolsuzlukla mücadele gibi kavramlara dikkat çekilmiştir.⁶¹⁵ Yatırım anlaşmalarında insan haklarına ilişkin atıfların nadiren yer aldığından bahsetmiştik. Bu konuda önemli istisnalardan biri sonradan rafa kaldırılan 2007 tarihli Norveç Taslak Model BIT (*Norway 2007 Draft Model BIT*) olmuştur.⁶¹⁶ Bu anlaşmanın önsözünde tarafların demokrasinin, hukukun üstünlüğünün ve insan haklarının gereklerine uygun davranacakları belirtilmiştir.⁶¹⁷ Aynı ifade Norveç'in 2015 tarihli taslak model yatırım anlaşmasının önsözünde de geçmektedir.⁶¹⁸ Ayrıca neredeyse aynı cümlelerin EFTA devletleri ve Bosna Hersek arasında imzalanan ve 2015

⁶¹⁴ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", s.579.

⁶¹⁵ "Noting internationally recognized standards of corporate social responsibility", bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3557/burkina-faso---canada-bit-2015-> (erişim tarihi: 01.04.2020).

⁶¹⁶ Marc Jacob, "International Investment Agreements and Human Rights", **INEF Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development**, 03.2010, s.10, bkz. http://www.humanrights-business.org/international_investment_agreements_and_human_rights.pdf (erişim tarihi:12.06.2020).

⁶¹⁷ "Reaffirming their commitment to democracy, the rule of law, human rights and fundamental freedoms in accordance with their obligations under international law, including the principles set out in the United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights;", bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2873/download> (erişim tarihi: 23.04.2020).

⁶¹⁸ Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3350/download> (erişim tarihi: 23.04.2020).

tarhinde yürürlüğe giren serbest ticaret anlaşmasının önsözünde de yer aldığını görüyoruz.⁶¹⁹

Andlaşmaların önsözlerinin hukuki niteliğini belirlemek için Viyana Sözleşmesi’ni incelememiz gerekir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 31. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasına göre, bir uluslararası andlaşmanın önsözü o andlaşmanın yorumlanmasında dikkate alınır.⁶²⁰ Dolayısıyla önsöz ilgili andlaşmanın yorumlanmasında, amacının saptanmasında⁶²¹ ve sözleşmedeki yükümlölüklerin değerlendirilmesinde⁶²² kullanılacağı için, önsözde yatırımcının insan hakları yükümlölüklerinin düzenlenmesi hiç kuşkusuz yatırım tahkiminde önemli bir etkiye sahip olacaktır.⁶²³ Özellikle yatırım anlaşmasında böyle bir yükümlölüğe hiç yer verilmemesi durumu ile kıyaslandığında, önsözde dahi olsa böyle bir yükümlölüğün varlığı yatırım anlaşmasında yatırımcının hakları ve yükümlölükleri arasındaki dengeyi sağlamada küçük de olsa bir role sahip olabilir. Zira hakem heyetlerinin önsözlerinde böyle açık bir atıf içeren yatırım anlaşmalarının hükümlerini daha farklı yorumlaması muhtemeldir.⁶²⁴ Ancak sadece önsözden hareket edilerek yatırımcı için bağlayıcı olan bir insan hakları yükümlölüğünden söz edilemez, zira önsözün hukuki niteliği andlaşmanın ama metnine dahil olan hükümlerle aynı değildir.⁶²⁵ Önsözün etkisi sadece ilgili andlaşmanın yorumlanmasıyla sınırlı kalacak olup, önsöz yatırımcı için veya taraf devletler için herhangi bir yükümlölük doğurmayacaktır.⁶²⁶

⁶¹⁹ Bkz. <https://www.efta.int/media/documents/legal-texts/free-trade-relations/bosnia-and-herzegovina/bosnia-and-herzegovina-fta.pdf> (erişim tarihi: 01.04.2020).

⁶²⁰ “1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: ...”, Bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf> (erişim tarihi: 01.04.2020).

⁶²¹ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, “How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs”, s.579.

⁶²² Howard Mann, “International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities”, **International Institute for Sustainable Development**, Prepared for: Prof. John Ruggie, UN Special Representative to the Secretary General for Business and Human Rights, February 2008, s.10, bkz. https://www.iisd.org/pdf/2008/iaa_business_human_rights.pdf (erişim tarihi:12.06.2020).

⁶²³ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, “How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs”, s.579.

⁶²⁴ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, “How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs”, s.579.

⁶²⁵ Marc Jacob, “International Investment Agreements and Human Rights”, s.10.

⁶²⁶ Howard Mann, “International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities”, s.10.

Yatırım anlaşmalarında ana metinde de yatırım dışı meselelere yer verilmektedir. Dolayısıyla yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeleri anlaşmaya dahil etmekte ikinci araç anlaşmanın esas metni olabilir. Ana metninde yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümlere yer veren farklı yatırım anlaşmaları örnekleri bulmak mümkün. Bunları aşağıda detaylıca ve tasnifleyerek inceleyeceğiz. Son olarak söylemek gerekir ki, önsözlerin bağlayıcı olmayan etkisinden dolayı yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin yatırım anlaşmalarının ana metninde yer alması, mevcut yükümlülüğün sadece kağıt üzerinde kalmaması ve işlerlik kazanabilmesi açısından önemlidir.⁶²⁷ Bu sebeple yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümlere yatırım anlaşmalarının ana metninde yer vermek gerekir.

Yatırımcının insan haklarına ilişkin yükümlülüklerini yatırım anlaşmalarına dahil ederken kullanılabilecek başka bir metot da Choudhury tarafından dile getirilmiştir, buna göre bu anlaşmalara bir insan hakları bölümü (*chapter*) eklenebilir.⁶²⁸ Bazı modern serbest ticaret anlaşmalarına, sadece işçi hakları ve çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı bölümlerin eklendiğini görmekteyiz.⁶²⁹ Yatırım anlaşmalarına da, bağlayıcılığı ana metindeki hükümlerle aynı nitelikte olmak kaidesiyle, sadece insan haklarına ilişkin düzenlemelere özgülenmiş böyle bölümlerin dahil edilmesi uygun bir yol olabilir.

2- Yatırımcının İnsan Hakları Yükümlülüğüne İlişkin Hükümlerde Kullanılması Gereken Dil

Yatırım anlaşmalarında yatırımcının insan hakları yükümlülüklerini düzenleyen hükümlerin nasıl bir dille yazılması gerektiği önemli bir husustur ve bu başlık altında bu meseleyi inceleyeceğiz.⁶³⁰ Zira ilgili hükümler emredici bir dille yazılmazsa yatırımcı bu hükümleri sadece tavsiye niteliğinde algılayabilir ve faaliyetlerinde herhangi bir olumlu değişikliğe gitmeyebilir. Bu kapsamda 2016 tarihinde imzalanmış ve henüz yürürlüğe girmemiş olan Arjantin ve Katar arasındaki

⁶²⁷ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, “How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs”, s.579.

⁶²⁸ Barnali Choudhury, “Spinning Straw Into Gold: Incorporating The Business And Human Rights Agenda Into International Investment Agreements”, s. 471.

⁶²⁹ Barnali Choudhury, “Spinning Straw Into Gold: Incorporating The Business And Human Rights Agenda Into International Investment Agreements”, s. 471.

⁶³⁰ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, “How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs”, s.580.

ikili yatırım anlaşmasının 12. maddesini⁶³¹ inceleyebiliriz. Bu hükümde “*should*” kelimesi geçmektedir. *Should* kelimesi İngilizce’de tavsiye niteliğindeki cümlelerde kullanılmaktadır ve Türkçe’ye “-malı” “-meli” şeklinde çevirebiliriz. Dolayısıyla bu hüküm yatırımcı için bağlayıcı olan yükümlülükler doğurmak yerine, onu faaliyetlerinde şirket sosyal sorumluluğuna ilişkin düzenlemeleri dikkate alarak davranmaya teşvik etmektedir.⁶³² Halbuki yatırımcının insan hakları yükümlülüklerinin gerçekten işlerlik kazanabilmesi için yatırım anlaşması hükümlerinin yatırımcının faaliyetlerine yönelik iyi tanımlanmış, spesifik ve bağlayıcı olan insan hakları yükümlülükleri yaratması gerekir.⁶³³ Bu kapsamda yatırımcı yükümlülüklerinin düzenlendiği hükmün dilinin belirsiz ve çok geniş olmasının önüne geçilmelidir ve hüküm yatırımcıyı faaliyetlerinde anlaşmanın gereklerine uygun biçimde davranmaya zorlamalıdır.⁶³⁴

3- Yatırımcının İnsan Hakları Yükümlülüğüne İlişkin Hükümlerin Yatırım Anlaşmalarına Dahil Edilmesi Sürecinde İzlenebilecek Yol

Yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümleri yatırım anlaşmalarına dahil ederken izlenebilecek birden fazla yol olduğunu söyleyebiliriz.⁶³⁵ Bu kapsamda yatırım anlaşmasının tarafları yatırımcıya hangi yükümlülüklerin ne şartlarla getirilebileceğini tek tek saptayıp, sonra da bu düzenlemelere anlaşmada yer verebilirler.⁶³⁶ Ancak bu zahmetli bir süreç olacaktır.⁶³⁷ Zira hem çok uzun bir zaman alacak hem de tarafların en gerekli olan düzenlemelerde bile karşılıklı bir mutabakata varması her zaman kolay olmayacağından tavizlerin doğmasına ve istenen

⁶³¹ “*Investors operating in the territory of the host Contracting Party should make efforts to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility into their business policies and practices.*”, Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5383/download> (erişim tarihi: 01.04.2020).

⁶³² Yulia Levashova, **a.g.e.**, s.45.

⁶³³ “*The provisions must create specific, well-defined mandatory human rights obligations applicable to corporate activity.*”, Penelope C. Simons, “Corporate Voluntarism and Human Rights The Adequacy and Effectiveness of Voluntary Self-Regulation Regimes”, **Relations Industrielles/Industrial Relations**, Yıl. 2004, Volume. 59, No.1, s.130.

⁶³⁴ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, “How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs”, s.580.

⁶³⁵ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, “How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs”, s.581.

⁶³⁶ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, “How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs”, s.581.

⁶³⁷ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, “How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs”, s.581.

düzenlemelerin anlaşmada yer almaması tehlikesine yol açabilecektir.⁶³⁸ Dolayısıyla anlaşmacı taraflar için bu yol zorlu ve verimsiz olabilir.

Buna nazaran daha zahmetsiz ve verimli olan yol, yatırım anlaşmalarının tanınmış uluslararası andlaşmalarda yer alan ve ülkelerin çoğu tarafından zaten kabul edilmiş olan standartlara atıf yapmasıdır.⁶³⁹ Böylece yatırım anlaşmalarındaki ilgili hükümler doğrudan yatırımcıların uyması gereken uluslararası hukuk belgelerine yer verebilir.⁶⁴⁰ Bu noktada örnek olarak 2016 tarihinde imzalanan ve henüz yürürlüğe girmemiş olan Fas ve Nijerya arasındaki ikili yatırım anlaşmasını inceleyebiliriz. Anlaşmanın 18. maddesinin 3. fıkrasında⁶⁴¹ yatırımcının uyması gereken yükümlülükler belirlenirken ILO'nun 1998 tarihli Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi'ne atıf yapılmıştır.

4- Yatırım Anlaşmalarında Atıf Yapılabilecek Uluslararası Hukuk Belgeleri

Bu başlık altında yatırım anlaşmalarında hangi uluslararası hukuk belgelerine atıf yapılabileceğini değerlendireceğiz.⁶⁴² Patrick Dumberry ve Gabrielle Dumas-Aubin tarafından yatırım anlaşmalarında atıf yapılabilecek beş uluslararası hukuk belgesi tavsiye edilmiştir. Bunlar; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (1948), BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (1966), ILO Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi (1998), BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (2003), BM Çevre ve Kalkınma Rio Deklarasyonu (1992).⁶⁴³

Yazarlar makalelerinin devamında neden bu beş belgeyi seçtiklerini açıklamışlardır. İlk olarak bu beş belge çok sayıda ülke tarafından onaylanmış (*ratified*) veya desteklenmiştir (*endorsed*).⁶⁴⁴ Böylelikle bu belgelerin içerdiği

⁶³⁸ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", s.581.

⁶³⁹ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", s.581.

⁶⁴⁰ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", ss.581-582.

⁶⁴¹ "Investors and investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998."

⁶⁴² Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", s.582.

⁶⁴³ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", s.582.

⁶⁴⁴ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", s.584.

yükümlülükleri yatırım anlaşmalarına dahil etmek daha kolay olacaktır.⁶⁴⁵ Zira belgelerin içerdiği ilkeler tartışmalı olmayıp, devletlerin çoğu tarafından üzerinde uzlaşmış vaziyettedir.⁶⁴⁶ Hatta bu belgelerde yer alan bazı hükümlerin uluslararası teamül hukukunu yansıttığını söyleyebiliriz.⁶⁴⁷ Yazarlar bu belgeleri seçmelerinde ikinci neden olarak, belgelerin çok sayıda şirket tarafından yurtdışındaki ticari faaliyetleri için rehber ilkeler olarak kabul edilmiş olmasını göstermiştir.⁶⁴⁸ Bu konuda BM Özel Temsilcisi Ruggie'nin çok uluslu şirket temsilcileriyle gerçekleştirdiği bir gözlem neticesinde vardığı sonuç yazarları haklı çıkarmaktadır.⁶⁴⁹ Ayrıca BM Küresel Kompaktı için 130'dan fazla sayıda ülkeden 8.700 civarında şirket katılımcısı ve diğer paydaş tarafından belgenin içerdiği on ilkeye saygı gösterme taahhüdünde bulunulmuştur.⁶⁵⁰ Ve söz konusu bu on ilkenin içeriği de yazarların atıf yapılmasını tavsiye ettiği beş belgeden alınmıştır.⁶⁵¹ Ülkeler yatırım anlaşmalarında yatırımcılar için yükümlülükler getirirken, söz konusu yükümlülükler eğer iş dünyası tarafından geniş çapta kabul görmüş bir içerikten oluşursa, ülkelerin işinin daha kolay olacağını ve iş dünyasının muhalefetiyle karşılaşma ihtimallerinin azalacağını söyleyebiliriz.⁶⁵²

Yatırım anlaşmalarında atıf yapılabilecek uluslararası hukuk belgeleri yazarların da belirttiği gibi bunlardan ibaret değildir.⁶⁵³ ILO'nun Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politikaya ilişkin İlkeler Üçlü Bildirgesi veya OECD Çok Uluslu

⁶⁴⁵ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", s.584.

⁶⁴⁶ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", s.584.

⁶⁴⁷ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", ss.584-587.

⁶⁴⁸ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", s.588.

⁶⁴⁹ "When asked which if any international human rights instruments the company references in its policy, three fourths say International Labour Organization (ILO) declarations or conventions, 62% cite the Universal Declaration on Human Rights, and 57% the United Nations Global Compact. The Guidelines for Multinational Enterprises of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) are referenced by 4 out of 10.", UN Commission on Human Rights, Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, E/CN.4/2006/97, 22 February 2006, para. 34, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/569408?ln=en> (erişim tarihi: 21.02.2020).

⁶⁵⁰ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", s.588.

⁶⁵¹ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", s.588.

⁶⁵² Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", s.588.

⁶⁵³ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", s.588.

Şirketler için Rehber İlkeleri gibi iş dünyası ve insan haklarına ilişkin yükümlülükleri düzenleyen yumuşak hukuk belgelerine de atıf yapılması mümkündür.⁶⁵⁴

Yukarıda bunlar gibi bağlayıcı nitelikte olmayan yumuşak hukuk belgelerinin şirketlerin insan hakları politikası konusunda etkili olamadığına değinmiştik. Gerçekten de Eva van der Zee tarafından aktarıldığı üzere yapılan ampirik araştırmalar çoğu şirketin, Ruggie'nin özen yükümlülüğü (*due diligence*) hakkındaki önerileri veya OECD Çok Uluslu Şirketler için Rehber İlkeleri ile uyumlu olmayan bir insan hakları politikasına sahip olduğunu göstermektedir.⁶⁵⁵ Dolayısıyla yatırım anlaşmalarında OECD Çok Uluslu Şirketler için Rehber İlkeleri'ne veya iş dünyası ve insan hakları hakkındaki diğer yumuşak hukuk belgelerine yapılacak atıfların bu belgelerin etkililiğini arttırmak konusunda önemli bir çaba olacağını söyleyebiliriz.⁶⁵⁶ Hatta eğer yatırım anlaşmalarında yatırımcıların bu belgelere göre faaliyet göstermesi zorunlu tutulursa, belgeler artık gönüllü olarak uyulan metinler olmayacak ve bağlayıcı hale gelecektir.⁶⁵⁷ Bu belgelerin yatırım anlaşmalarına bağlayıcı bir nitelikte dahil edilmesiyle birlikte belgelerin uluslararası alanda yürürlüğü için yasal bir temel yaratılmış olacaktır.⁶⁵⁸ Ancak çoğu şirketin henüz istenen anlamda gelişmiş bir insan hakları politikasına sahip olmamasından dolayı böyle bir atfın erken olduğu da söylenmektedir.⁶⁵⁹ Ayrıca devletler mevcut uluslararası hukuka göre şirketler ve kendileri için bağlayıcı bir yükümlülük doğurmayan bu belgeleri bağlayıcı hale getirmek konusunda istekli olmayabilirler.⁶⁶⁰ Dolayısıyla en azından bazı devletlerin bu belgelerin yatırım anlaşmalarına, özellikle bağlayıcı bir nitelikte, dahil edilmesine rıza göstermesi zor hatta imkansız olabilir.⁶⁶¹

⁶⁵⁴ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", s.588.

⁶⁵⁵ Eva van der Zee, "Incorporating the OECD Guidelines in International Investment Agreements: Turning a Soft Law Obligation into Hard Law?", **Legal Issues of Economic Integration**, Yıl. 2013, Volume. 40, Number. 1, s.51.

⁶⁵⁶ **A.g.e.**, s.51.

⁶⁵⁷ "Clearly, if international investment treaties mandate the adoption of the OECD Guidelines by MNEs, they are no longer voluntary.", **A.g.e.**, s.52.

⁶⁵⁸ **A.g.e.**, s.52.

⁶⁵⁹ **A.g.e.**, s.51.

⁶⁶⁰ Patrick Dumberry, Gabrielle, Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", s.588.

⁶⁶¹ Eva van der Zee, **a.g.e.**, s.52.

5- Yatırımcıya İnsan Hakları Yükümlülüğü Getiren Yatırım Anlaşmalarının İncelenmesi

Bu bölümde yatırımcıya insan hakları yükümlülüğü getiren yatırım anlaşmalarından bazılarını mercek altına alacağız. Yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin yatırım anlaşmalarına dahil edilmesi sürecinde her yatırım anlaşmasında karşımıza farklı özellikler çıkmaktadır. Yatırım anlaşmalarının geneline bakıldığında, bu anlaşmaların incelenmesi bakımından elverişli ve hukuki açıdan da önemli sonuçları olan bir ayırım Yulia Levashova tarafından yapılmıştır.⁶⁶² Biz de yatırım anlaşmalarını bu tasnife dayalı olarak değerlendireceğiz.

a-Yatırımcının Dolaylı İnsan Hakları Yükümlülüğü

Bazı yatırım anlaşmalarının yatırımcıya insan hakları ve kurumsal sosyal sorumluluğun diğer alanlarında, yani çevrenin korunması, işçi hakları, yolsuzlukla mücadele gibi alanlarda, dolaylı bir yükümlülük getirdiğini görüyoruz.⁶⁶³ Bu kapsamda 2013 tarihinde imzalanan Benin ve Kanada arasındaki ikili yatırım anlaşmasının 16. maddesi incelenebilir.⁶⁶⁴ Hüküm incelendiğinde yatırımcıya doğrudan bir yükümlülük tanınmadığı ve bu anlaşma kapsamında yatırımcının dolaylı bir yükümlülüğe sahip olduğu görülmektedir.⁶⁶⁵ Yatırımcının dolaylı yükümlülüğü geleneksel insan hakları hukuku anlayışıyla uyum içindedir zira birincil yükümlülüğün devletler üzerinde kalmasını ifade eder. Nitekim hükümde anlaşmacı devletlerin kendi bölgelerinde faaliyet gösteren veya kendi yargı yetkisine tabi olan şirketlerin faaliyetlerinde uluslararası alanda kabul edilmiş kurumsal sosyal sorumluluk ilkelerine göre hareket etmesini teşvik etmesi gereği düzenlenmiştir. Devletlerin şirket faaliyetlerini denetlemesi ve şirketlerin kurumsal sosyal

⁶⁶² Yulia Levashova, **a.g.e.**, ss.44-47.

⁶⁶³ Yulia Levashova, **a.g.e.**, s.44.

⁶⁶⁴ “Contracting Party should encourage enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their practices and internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Contracting Parties. These principles address issues such as labor, the environment, human rights, community relations and anti-corruption.”, Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/438/download> (erişim tarihi: 02.04.2020).

⁶⁶⁵ Yulia Levashova, **a.g.e.**, s.45.

sorumluluk standartlarına uygun davranmasını teşvik etmesi için çeşitli ulusal yasalar ve politikalar geliştirmesi gerekir.⁶⁶⁶ Eğer devletler şirketleri bu ilkeleri faaliyetlerinde dikkate almaları için teşvik etmiyor veya desteklemiyorsa, hükmün etkisi sınırlı olacak ve kağıt üzerinde bir düzenleme halinde kalacaktır.⁶⁶⁷ Nitekim bahsi geçen hükümde kullanılan “*should*” kelimesinden dolayı hüküm devletlere bağlayıcı bir yükümlülük tanımamaktadır, sadece devletlere verilen bir tavsiye niteliğindedir.

Birincil yükümlülüğü devletlere veren ve yatırımcıya herhangi bir yükümlülük tanımayan böyle hükümler de hiç kuşkusuz kurumsal sosyal sorumluluğa ilişkin sorumlu yatırımcı davranışını teşvik edecek ve mevcut durumu bir nebze iyiye götürecektir.⁶⁶⁸ Ayrıca UNCTAD’ın 2017 tarihli raporunda belirttiği gibi yatırım tahkiminde bu hükümler – her ne kadar bağlayıcı nitelikte olmasalar da- bir yorum kaynağı olabilirler.⁶⁶⁹ Ancak böyle hükümler yatırımcıların sadece hak sahibi olduğu ve buna karşılık herhangi bir yükümlülük sahibi olmadığı yatırım hukukundaki mevcut asimetrik durumu telafi etmeye yetmeyecektir. Zira özellikle yatırımcı şirketlerin büyük ekonomik ve siyasi gücü onlara bazı ev sahibi devletlerdeki ulusal düzenlemelerden kaçma imkanını vermektedir. Ayrıca bizatihi devletler tarafından yabancı yatırımcıyı çekmek için işçi hakları, çevrenin korunması ve insan hakları gibi alanlarda ulusal hukuktaki düzenlemeler gevşetilmekte ve yerinde bir deyimle dibe doğru yarış yapılmaktadır.

b-Yatırımcının Doğrudan İnsan Hakları Yükümlülüğü

Son zamanlarda yatırımcıya insan hakları ve kurumsal sosyal sorumluluğun diğer alanlarında doğrudan yükümlülük tanınan yatırım anlaşmalarının imzalandığını görüyoruz. Bu başlık altında seçtiğimiz bazı anlaşmaları örnek olarak inceleyeceğiz.

⁶⁶⁶ Yulia Levashova, **a.g.e.**, s.45.

⁶⁶⁷ Yulia Levashova, **a.g.e.**, s.45.

⁶⁶⁸ Yulia Levashova, **a.g.e.**, s.47.

⁶⁶⁹ “*They could also attune investors to their sustainable development-related responsibilities and operate as a source of interpretative guidance for ISDS tribunals.*”, UNCTAD, **World Investment Report 2017**, s.139, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf (erişim tarihi:23.04.2020).

i-Arjantin-Katar İkili Yatırım Anlaşması

Arjantin-Katar ikili yatırım anlaşmasının 12. maddesinde yer verilen düzenlemeden yukarıda bahsettik.⁶⁷⁰ Hüküm yatırımcıları faaliyetlerinde uluslararası alanda kabul edilmiş kurumsal sosyal sorumluluk ilkelerine göre davranmaya teşvik etmektedir. Ancak yukarıda da değindiğimiz gibi kullanılan dil olması gerekenden uzaktır. Zira yatırımcıyı sadece teşvik etmekte ve ona herhangi bir zorunluluk getirmemektedir.⁶⁷¹ Ayrıca hükümde kullanılan dil çok geniş ve belirsizdir. Hükümde geçen “kurumsal sosyal sorumluluğun uluslararası alanda kabul edilmiş standartları” (*internationally recognized standards of corporate social responsibility*) ifadesi aslında pek çok uluslararası belgeye karşılık gelmektedir.⁶⁷² Halbuki yatırım anlaşmalarında daha spesifik belgelere atıf yapılması yatırımcının bu standartlara uygun davranması bakımından daha iyi bir rehberlik sağlayabilir.⁶⁷³ Dolayısıyla yatırım anlaşmalarında atıf yapılan uluslararası belgelerin sayısını sınırlı ve belirli tutmak gerekir. Zira diğer türlü yatırımcıya hangi yükümlülüklerin tanındığı belli olmadığı için hakem heyetlerinin bu hükümleri uygulamasında çeşitli zorluklar ortaya çıkabilir.⁶⁷⁴ Sonuç olarak Arjantin-Katar ikili yatırım anlaşmasında yer alan düzenleme yatırımcıya doğrudan yükümlülük tanınması bakımından önemli bir gelişmedir. Ancak hükümde kullanılan dilin muğlaklığı ve yatırımcıya tanınan yükümlülüğün bağlayıcı nitelikte olmaması bu düzenlemenin yatırım tahkiminde etkililik kazanmasını engelleyebilecektir.

ii-Afrika Kıtası Kökenli Yatırım Anlaşmaları

Şu anda Afrika kıtasında yatırım hukuku bir değişim süreci içindedir⁶⁷⁵ ve Afrika kıtasının yatırım anlaşmaları için normatif bir laboratuvar olarak işlev

⁶⁷⁰ “Investors operating in the territory of the host Contracting Party should make efforts to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility into their business policies and practices.”

⁶⁷¹ Yulia Levashova, **a.g.e.**, s.45.

⁶⁷² Yulia Levashova, **a.g.e.**, s.45.

⁶⁷³ Yulia Levashova, **a.g.e.**, s.46.

⁶⁷⁴ Yulia Levashova, **a.g.e.**, s.47.

⁶⁷⁵ Makane Moïse Mbengue, Special Issue: Africa and the Reform of the International Investment Regime *An Introduction*, **The Journal of World Investment & Trade**, Yıl. 2017, Volume. 18, Issue. 3, s.371.

gördüğü tespiti yapılmıştır.⁶⁷⁶ Kıtada COMESA, ECOWAS, EAC ve SADC gibi farklı alt bölgesel örgütler (*sub-regional organizations*) tarafından çeşitli yatırım anlaşmaları ve şablonlar hazırlanmıştır.⁶⁷⁷ Bu belgelerin ortak özelliği geleneksel yatırım anlaşmalarından farklı hükümlere yer veren yenilikçi metinler olmalarıdır.⁶⁷⁸ Belgelerde uluslararası yatırım hukukuna yönelik bazı kaygılara adeta cevap veren nitelikte düzenlemeler yapılmış ve yatırım hukukundaki farklı paydaşların hak ve yükümlülüklerini dengeleyen ve devletin düzenleme hakkına vurgu yapan çeşitli hükümler getirilmiştir.⁶⁷⁹ Ayrıca bu yeni belgelerde çevrenin korunması, işçi hakları, şeffaflık, yolsuzlukla mücadele ve insan hakları gibi meselelerde yenilikçi düzenlemelere yer verildiğini görüyoruz.⁶⁸⁰ Bu yeni yatırım anlaşmalarının hepsini incelemek çalışmamızın amacı ve kapsamı dışında kalmaktadır. O yüzden bu anlaşmalardan 2016 tarihli ve kıta çapında kabul edilmiş olan Pan-Afrikan Yatırım Kodu'nu, hükümlere ek olarak hükümlerin açıklamasına da yer veren ve bu bakımdan yol gösterici olan SADC Şablonu'nu ve en yenilikçi ikili yatırım anlaşmalarından biri olan Fas-Nijerya ikili yatırım anlaşmasını inceleyeceğiz.

aa- Pan-Afrikan Yatırım Kodu

Afrika ülkeleri yabancı yatırımcıların ülkeleri ile karşılaştırdığımızda genellikle ekonomik olarak görece geri durumda olduğu için bugüne kadar hep “yatırım kurallarının alıcısı” konumundaydı.⁶⁸¹ Ancak yeni yatırım anlaşmalarının ve model yatırım anlaşmalarının kabul edilmesiyle birlikte artık Afrika ülkeleri de “yatırım kurallarının koyucusu” durumuna gelmiştir.⁶⁸² Bu belgelerin pratikte ne kadar etkili olacağı başka bir konu olup, içinde bulunduğumuz şu zaman da söz konusu anlaşmaların nispeten yeni olmasından dolayı cevap vermek için erken bir dönemdir. Pan-Afrikan Yatırım Kodu⁶⁸³, Afrika’da kıta genelinde ilk model yatırım anlaşması kodifikasyonudur ve bu açıdan önemli bir gelişmedir.⁶⁸⁴ Belge henüz

⁶⁷⁶ Tarcisio Gazzini, The 2016 Morocco–Nigeria BIT: An Important Contribution to the Reform of Investment Treaties, *Investment Treaty News*, Yıl. 2017, Volume. 8, Issue. 3, s.3.

⁶⁷⁷ *A.g.e.*, s.3.

⁶⁷⁸ *A.g.e.*, s.3.

⁶⁷⁹ Erik Denters, Tarcisio Gazzini, *a.g.e.*, s.492.

⁶⁸⁰ Erik Denters, Tarcisio Gazzini, *a.g.e.*, s.492.

⁶⁸¹ Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schachere, “The ‘Africanization’ of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime”, *Journal of World Investment & Trade*, Yıl. 2017, Volume. 18, Issue. 3, s.446.

⁶⁸² *A.g.e.*, s.446.

⁶⁸³ Belge bundan sonra kısaca PAIC şeklinde anılacaktır.

⁶⁸⁴ Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schachere, *a.g.e.*, s.415.

resmi olarak kabul edilmemiştir ancak uluslararası yatırım hukukuna ilişkin Afrika kıtasının konsensunu sunmaktadır.⁶⁸⁵ Ayrıca Afrika Birliği üyesi devletler için yatırım anlaşmalarının müzakere sürecinde bir rehber işlevini üstlenecektir.⁶⁸⁶ PAIC sürdürülebilir kalkınma hedefine odaklanmış gelişmekte olan ülkeler ile az gelişmiş ülkelerin perspektifinden hazırlanmış hukuki bir belgedir.⁶⁸⁷ Ve onu uluslararası yatırım hukuku bakımından oldukça farklı bir noktaya taşıyan Afrika'ya özgü ve yenilikçi özellikler içermektedir.⁶⁸⁸ PAIC'in hazırlayıcıları Afrika ülkelerinin yabancı yatırımı çekmek ihtiyacını sürdürülebilir kalkınma hedefleri ile dengeleme yoluna gitmişlerdir.⁶⁸⁹ Yani olması gerektiği gibi ekonomik amaçlar yegane gaye olarak dikkate alınmamış, bu amaçlar sürdürülebilir kalkınma hedefleriyle dengelenmiştir. Afrika'yı özel yapan nokta kıtanın sahip olduğu fazla miktarda ve değerli doğal kaynaktan dolayı gelecek yıllarda da yabancı yatırımı kesinlikle çekecek bir bölge olmasında yatmaktadır.⁶⁹⁰ Bu sebeple PAIC'in hazırlayıcıları yabancı yatırımın Afrika ülkelerinin yararına ve ekonomik gelişimlerine katkıda bulunması ve çevreye zarar vermeyen sorumlu bir yatırım olması zorunluluğundan hareket etmişlerdir.⁶⁹¹

Afrika diğer bazı ülkelerin aksine uluslararası yatırım anlaşmaları sistemine temelden bir itirazda bulunmamaktadır.⁶⁹² Bu kapsamda PAIC yeni yatırım anlaşmalarının artık sadece Kuzey Amerika ya da Avrupa modellerine dayanmadığını, diğer bölgelerin de yatırım anlaşmalarını kendi ekonomik durumlarına ve sosyal ihtiyaçlarına göre şekillendirmeye başladıklarını göstermektedir.⁶⁹³ Dolayısıyla PAIC uluslararası yatırım hukukundaki reform sürecine ilişkin olarak yürütülen uluslararası tartışmada Afrika kıtasının sesi olmuştur.⁶⁹⁴ Ayrıca PAIC'te sürdürülebilir kalkınma hedeflerine yapılan güçlü vurgu PAIC'e Afrika dışında da yatırım hukukundaki reform süreci bakımından bir model olma potansiyelini vermektedir.⁶⁹⁵

⁶⁸⁵ Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schachere, **a.g.e.**, s.415.

⁶⁸⁶ Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schachere, **a.g.e.**, s.446.

⁶⁸⁷ Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schachere, **a.g.e.**, s.415.

⁶⁸⁸ Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schachere, **a.g.e.**, s.415.

⁶⁸⁹ Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schachere, **a.g.e.**, s.446.

⁶⁹⁰ Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schachere, **a.g.e.**, s.447.

⁶⁹¹ Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schachere, **a.g.e.**, s.447.

⁶⁹² Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schachere, **a.g.e.**, s.447.

⁶⁹³ Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schachere, **a.g.e.**, s.447.

⁶⁹⁴ Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schachere, **a.g.e.**, s.448.

⁶⁹⁵ Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schachere, **a.g.e.**, s.448.

Bu kapsamda artık PAIC’in hükümlerini incelemeye geçebiliriz. Yukarıda da değindiğimiz gibi PAIC geleneksel yatırım anlaşmalarından farklı olarak yatırımcıya doğrudan yükümlülükler tanıyan bir belgedir. PAIC’in “yatırımcı yükümlülükleri” başlıklı dördüncü bölümünde altı hükme yer verilmiştir. Bu hükümlerin başlıkları sırasıyla; (1) kurumsal yönetim çerçevesi, (2) sosyo-politik yükümlülükler, (3) rüşvet, (4) kurumsal sosyal sorumluluk (5) doğal kaynakların kullanımına ilişkin yükümlülükler ve (6) iş etiği ve insan haklarıdır.⁶⁹⁶ Yatırımcı yükümlülükleri başlıklı bu bölümde yatırımcıya çeşitli konularda doğrudan yükümlülükler getirilmiş ve yatırım hukukundaki mevcut asimetriyi giderme yolunda önemli bir adım atılmıştır. Şimdi yatırımcıya insan hakları dışında yükümlülükler getiren hükümleri kısaca inceleyelim, daha sonra yatırımcının insan hakları yükümlülüğünün düzenlendiği 24. maddeyi detaylıca inceleyeceğiz.

Kurumsal yönetim çerçevesi başlıklı 19. maddede yatırımların ilgili sektör bakımından ulusal ve uluslararası kabul görmüş kurumsal yönetim standartlarını karşılaması gereği ve buna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.⁶⁹⁷ Sosyo-politik yükümlülükler başlıklı 20. maddede yatırımcılara ulusal egemenliğe saygı duymak, ulusal hukuka, düzenlemelere ve idari uygulamalara riayet etmek, iç siyasi meselelere ve hükümetlerarası ilişkilere müdahale etmemek, işçi haklarına saygı duymak, yasa dışı yollarla kazanç elde etmeye çalışmamak gibi çeşitli yükümlülükler tanınmıştır. 20. maddenin ikinci fıkrasında ise hukuki anlamda manidar bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yatırımcıların kişilerin kamu görevine atanmasını etkilememesi ve siyasi partileri finanse etmemesi gereği düzenlenmiştir.⁶⁹⁸ Bu durumun böylesi yasaklayıcı bir hükümle düzenlenmesi, “yatırımcı ev sahibi devlette kişilerin kamu görevine atanmasını etkiliyor muydu” sorusunu sorduruyor ve yatırımcıların ev sahibi devlette sahip olabileceği büyük gücü açığa çıkarıyor. Rüşvet başlıklı 21. maddede yatırımcılara rüşvetle ilgili çeşitli yasaklamalar getirilmiştir. Kurumsal sosyal sorumluluk başlıklı 22. maddenin birinci fıkrasında, yatırımcıların ev sahibi devletin yasalarına, düzenlemelerine, idari kurallarına ve politikalarına

⁶⁹⁶ Bkz.

https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-draft_pan-african_investment_code_december_2016_en.pdf (erişim tarihi: 04.04.2020).

⁶⁹⁷ Madde 19/1; “Investments shall meet national and internationally accepted standards of corporate governance for the sector involved, in particular for transparency and accounting practices.”

⁶⁹⁸ Madde 20/2; “Investors shall not influence the appointment of persons to public office or finance political parties.”

uyuması gereği düzenlenmiştir.⁶⁹⁹ İkinci fıkrada, yatırımcıların ekonomik hedeflerini takip ederken ev sahibi devletin sosyal ve ekonomik kalkınma hedefleri ile çatışmaması ve bu amaçlar bakımından duyarlı olması gereği düzenlenmiştir.⁷⁰⁰ Üçüncü fıkrada yatırımcıların ev sahibi devletin sürdürülebilir kalkınmasının gerçekleşmesi amacıyla ekonomik, sosyal ve çevresel gelişime katkıda bulunması gereği düzenlenmiştir.⁷⁰¹ Doğal kaynakların kullanımına ilişkin yükümlülükler başlıklı 23. maddede yatırımcıların ev sahibi devletin çıkarlarına ve haklarına zarar verecek şekilde doğal kaynakları kötüye kullanmaması ve yerel toplulukların haklarına saygı duyması gereği düzenlenmiştir.

Şimdi çalışmamızın konusu bakımından önem arz eden hükmü inceleyeceğiz. İş etiği ve insan hakları başlıklı 24. maddede yatırımcıya tanınan insan hakları yükümlülükleri düzenlenmiştir.⁷⁰² İlgili maddede beş ayrı ilkeye yer verilmiş ve yatırımcının bu ilkelere uygun davranması istenmiştir. Bunlar; “*a. uluslararası alanda kabul edilen insan haklarının korunmasına saygı duyulması ve desteklenmesi, b. insan hakları ihlallerine iştirak etmeyeceklerinin temin edilmesi, c. çocuk işçiliğinin etkili olarak lağvedilmesi de dahil olmak üzere cebri ve zorunlu çalışmanın bütün biçimlerinin ortadan kaldırılması, d. istihdam ve iş bakımından ayrımcılığın ortadan kaldırılması, e. yatırımlardan elde edilen zenginliğin hakkaniyetli paylaşımının sağlanması*”dır.

PAIC’de yatırımcı yükümlülüklerine ilişkin bölümde iş etiği ve insan hakları başlıklı hüküm haricinde diğer bütün hükümlerde “*shall*” ifadesinin kullanıldığını görüyoruz. Ancak yatırımcıya insan hakları yükümlülüğü getiren hükümde “*should*” kelimesi kullanılmıştır. Dolayısıyla bu hükümle yatırımcıya tanınan insan hakları yükümlülüğünün bağlayıcılığı gevşetilmiştir. Bu hükmün diğerlerinden farklı düzenlenmesinin nedeni olarak, yatırım anlaşmalarının birincil amacının yatırımcıya

⁶⁹⁹ Madde 22/1; “Investors shall abide by the laws, regulations, administrative guidelines and policies of the host State.”

⁷⁰⁰ Madde 22/2; “Investors shall, in pursuit of their economic objectives, ensure that they do not conflict with the social and economic development objectives of host States and shall be sensitive to such objectives.”

⁷⁰¹ Madde 22/3; “Investors shall contribute to the economic, social and environmental progress with a view to achieving sustainable development of the host State.”

⁷⁰² Madde 24; “The following principles should govern compliance by investors with business ethics and human rights: a. support and respect the protection of internationally recognized human rights; b. ensure that they are not complicit in human rights abuses; c. eliminate all forms of forced and compulsory labor, including the effective abolition of child labor; d. eliminate discrimination in respect of employment and occupation; and e. ensure equitable sharing of wealth derived from investments.”

haklar getirmek olduğu, yani yükümlülükler tanımak olmadığı, belirtilmiştir.⁷⁰³ Gerçekten de Laurence Dubin tarafından haklı olarak değinildiği gibi yatırım anlaşmalarında yatırımcıya bağlayıcı yükümlülüklerin getirildiği hükümler aslında görece daha az önemli hükümler olabilmektedir.⁷⁰⁴ Örneğin PAIC’de kurumsal sosyal sorumluluk başlıklı maddede yer alan düzenlemeler aslında Salini testinin kriterlerinden biri olan yatırımcıların ev sahibi devletlerin kalkınmasına katkıda bulunması gereğini hatırlatmaktadır⁷⁰⁵ ve söz konusu hüküm bağlayıcı bir dille yazılmıştır. Ancak anlaşma bağlamında en çok önem arz eden ve belki de radikal bir değişikliğe yol açacak insan hakları yükümlülüğü meselesinde ise söz konusu hüküm bağlayıcı bir dille yazılmamıştır. 24. maddede bir diğer sorun ise “uluslararası alanda kabul edilmiş olan insan hakları” (*internationally recognized human rights*) ifadesidir. Yukarıda da değindiğimiz gibi yatırımcının insan hakları yükümlülüğünün etkili olmasının yolu, bu yükümlülüklerin açık, belirli ve somut olmasından geçmektedir. Ancak hükümdeki ifade oldukça geniştir ve pek çok uluslararası belgeye ve yükümlülüğe karşılık gelmektedir. Dolayısıyla bu husus da PAIC bakımından yatırımcının insan hakları yükümlülüğünün etkili olarak yürütülmesinde çeşitli sorunlar doğurabilir.

Yatırım anlaşmalarında yatırımcılar için getirilen doğrudan yükümlülüklerin kağıt üzerinde kalmasını engellemenin yolu onların etkin bir şekilde yürürlüğünü sağlamaktan geçmektedir. Bu noktada PAIC’in 43. maddesi özellikle incelenmeye değer bir hükümdür.⁷⁰⁶ Hüküm netlikten yoksun bir dille yazılmış olmakla birlikte yatırımcının yükümlülüklerine aykırı davranması halinde yatırımcının fiilinin esas

⁷⁰³ Laurence Dubin, “Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties”, **Investment Treaty News**, 21 Aralık 2018, bkz. <https://www.iisd.org/itn/2018/12/21/corporate-social-responsibility-clauses-in-investment-treaties-laurence-dubin/> (erişim tarihi: 04.04.2020).

⁷⁰⁴ “When conditional verbs are not used, direct clauses can be relatively weak in substance.”, Laurence Dubin, “Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties”.

⁷⁰⁵ “Some only recall one of the criteria of the Salini test, namely, that investors must contribute to the development of the host country. This is the case of Article 22(2) of the Draft PAIC, entitled Corporate Social Responsibility:...””, Laurence Dubin, “Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties”.

⁷⁰⁶ Madde 43; “1. Where an investor or its investment is alleged by a Member State party in a dispute settlement proceeding under this Code to have failed to comply with its obligations under this Code or other relevant rules and principles of domestic and international law, the competent body hearing such a dispute shall consider whether this breach, if proven, is materially relevant to the issues before it, and if so, what mitigating or off-setting effects this may have on the merits of a claim or on any damages awarded in the event of such award. 2. A Member State may initiate a counterclaim against the investor before any competent body dealing with a dispute under this Code for damages or other relief resulting from an alleged breach of the Code.”

veya tazminat aşamasında dikkate alınabileceğini düzenlemektedir.⁷⁰⁷ Ayrıca devlete yatırımcı aleyhine karşı dava açma imkanı da tanınmaktadır. Devlet karşı davasının yatırım anlaşmasında böylesi açık bir hükümle düzenlenmesi hakem heyetlerinin karşı davayı usuli sebeplerle reddetme olasılığını ortadan kaldıracaktır. Ayrıca PAIC'in karşı dava prosedürünü düzenlemiş olması içeriğindeki yatırımcı yükümlülüklerinin de yürürlüğünü sağlayacaktır.⁷⁰⁸

Ancak pozitivist bir temelde yaklaştığımızda PAIC'de yatırımcının insan hakları yükümlülüğünün düzenlendiği hüküm bağlayıcı bir dille yazılmadığı için bu anlaşmanın yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne hiç yer vermeyen anlaşmalardan farklı bir hukuki niteliğe sahip olduğunu söyleyemiyoruz. Dolayısıyla birinci bölümde yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet veren fiillerinin yatırım tahkiminde nasıl ele alınabileceğine ilişkin olarak değindiğimiz meseleler aslında PAIC bakımından da büyük oranda geçerli olacaktır. PAIC yatırımcıya insan hakları yükümlülükleri getiren bir anlaşma olması nedeniyle önemli bir belgedir ve uluslararası hukuktaki önemli bir değişikliğe işaret etmektedir. Ancak söz konusu yükümlülükler bağlayıcı bir dille yazılmadığı için bu yükümlülüklerin etkili olmaktan yoksun olacağı öngörülebilir.

bb- Güney Afrika Kalkınma Topluluğu (SADC) Model İkili Yatırım Anlaşması Şablonu

Güney Afrika Kalkınma Topluluğu⁷⁰⁹ Model İkili Yatırım Anlaşması Şablonu (*SADC Model Bilateral Investment Treaty Template*) 2012 yılının Haziran ayında topluluk üyesi devletler tarafından tamamlanmıştır.⁷¹⁰ Bu belge ile üye devletler için gelecekteki yatırım anlaşmaları müzakere süreçlerinde bir rehber hazırlama amacı güdülmüştür.⁷¹¹ Model şablonun hazırlanma sürecinde onun üye devletler için yasal

⁷⁰⁷ Won Kidane, "Contemporary International Investment Law Trends and Africa's Dilemmas in the Draft Pan-African Investment Code", *The George Washington International Law Review*, Yıl.2018, Volume.50, Number.3, s.569.

⁷⁰⁸ Makane Moïse Mbengue, Stefanie Schachere, *a.g.e.*, s.445.

⁷⁰⁹ Bundan sonra kısaca SADC (*Southern African Development Community*) şeklinde anılacaktır.

⁷¹⁰ "For the purposes of this project, the specific goal was to develop a comprehensive approach from which Member States can choose to use all or some of the model provisions as a basis for developing their own specific Model Investment Treaty or as a guide through any given investment treaty negotiation.", Belgenin tam metni için bkz. <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf> (erişim tarihi: 06.04.2020), s.3.

⁷¹¹ Howard Mann, "The SADC MODEL BIT Template: Investment for Sustainable Development", *Investment Treaty News*, 30 Ekim 2012, bkz. <https://iisd.org/itn/2012/10/30/the-sadc-model-bit-template-investment-for-sustainable-development/> (erişim tarihi: 06.04.2020).

olarak bağlayıcı bir belge olmadığı, gerektiğinde kullanılacak ve uyarlanacak bir rehber ve araç olduğu kabul edilmiştir.⁷¹² SADC Şablonu’nda her hükümde ayrıca açıklayıcı notlara yer verilmiştir ve şablon bu bakımdan yol göstericidir. Belgenin önsözü ve esas metnindeki hükümler incelendiğinde, yabancı yatırımın sürdürülebilir kalkınmanın gerçekleştirilmesi hedefiyle uyum içinde olmasını gerektiren düzenlemelere yer verildiğini görüyoruz.⁷¹³

Şablon altı ana bölüme ayrılmıştır ve üçüncü bölümde yatırımcıların ve taraf devletlerin hakları ve yükümlülüklerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.⁷¹⁴ Nitekim SADC Şablonu’nu özgün yapan noktalardan birisi, hatta belki de en önemlisi, onun yatırım anlaşmalarında yer alan geleneksel modeli yatırımcı yükümlülüklerine ve yatırımcının kendi ülkesinin sorumluluklarına yer vererek genişletmesidir.⁷¹⁵ Şimdi yatırımcıya doğrudan insan hakları yükümlülüklerinin tanındığı 15. maddeyi inceleyebiliriz. “İnsan Hakları, Çevre ve İşgücü için Minimum Standartlar (*Minimum Standards for Human Rights, Environment and Labour*)” başlıklı 15. maddede yatırımcıya doğrudan insan hakları yükümlülükleri tanındığını görüyoruz. Hükümün birinci fıkrasına göre⁷¹⁶ yatırımcılar insan haklarına saygı duyma yükümlülüğüne sahiptir. Yatırımcılar ve yatırımları insan haklarını ihlal eden herhangi bir faaliyette bulunamaz veya bu faaliyetlerin yapılmasına sebebiyet veremez. Yatırımcılar ve yatırımları kamu otoriteleri tarafından ve iç kargaşa boyunca yapılanlar da dahil olmak üzere, ev sahibi devlette üçüncü kişiler tarafından işlenen insan hakları ihlallerine yardım edemez veya bu ihlallere iştirak edemez.

⁷¹² Howard Mann, “The SADC MODEL BIT Template: Investment for Sustainable Development”.

⁷¹³ Howard Mann, “The SADC MODEL BIT Template: Investment for Sustainable Development”.

⁷¹⁴ Belgede yolsuzluğa karşı müşterek yükümlülük (*Common Obligation against Corruption*) başlıklı 10. maddede, ulusal hukuka uygunluk (*Compliance with Domestic Law*) başlıklı 11. maddede, bilgi sağlama (*Provision of Information*) başlıklı 12. maddede, çevresel ve sosyal etki değerlendirmesi (*Environmental and Social Impact Assessment*) başlıklı 13. maddede, çevre yönetimi ve kalkınma (*Environmental Management and Improvement*) başlıklı 14. maddede, kurumsal yönetim standartları (*Corporate Governance Standards*) başlıklı 16. maddede ve sözleşmelerin ve ödemelerin şeffaflığı (*Transparency of Contracts and Payments*) başlıklı 18. maddede yatırımcıya çeşitli yükümlülükler getirilmiştir.

⁷¹⁵ Lise Johnson, Lisa Sachs, “Trends in International Investment Agreements, 2011-2012: A Review of Trends and New Approaches”, **Yearbook on International Investment Law & Policy 2012-2013**, Editör Andrea K. Bjorklund, USA, Oxford University Press, 2014, s.249.

⁷¹⁶ “15.1. Investors and their investments have a duty to respect human rights in the workplace and in the community and State in which they are located. Investors and their investments shall not undertake or cause to be undertaken acts that breach such human rights. Investors and their investments shall not assist in, or be complicit in, the violation of the human rights by others in the Host State, including by public authorities or during civil strife.”

Hükmün birinci fıkrasına ilişkin yazılan açıklayıcı notta⁷¹⁷, hükümde birinci cümlelerin John Ruggie'nin şirketlerin insan haklarına saygı duyma yükümlülüğüne ilişkin konseptiyle başladığı belirtilerek, ikinci cümle ile de bunun yatırımcılara tanınan bir yükümlülük haline getirildiği vurgulanmıştır. Üçüncü cümle ile Ruggie'nin konseptine geri dönülerek yatırımcıların üçüncü kişiler tarafından işlenen insan hakları ihlallerine iştirak etmeme yükümlülüğüne de sahip olduğu düzenlenmiştir.

Hükmün ikinci fıkrasında⁷¹⁸, yatırımcılar ve yatırımlarının 1998 tarihli ILO Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi'nin gerektirdiği çekirdek standartlara uygun hareket etmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada ise⁷¹⁹ yatırımcıların yatırımlarını kendi devletlerinde veya ev sahibi devlette geçerli olan çevreye, işçi haklarına ve insan haklarına ilişkin uluslararası bağlayıcı yükümlülüklerle aykırı olarak yerleştiremeyeceği, yönetemeyeceği veya yürütemeyeceği düzenlenmiştir. Yatırımcının kendi devletinin yahut ev sahibi devletin uluslararası yükümlülükleri arasında söz konusu haklar açısından en yüksek korumayı sağlayan hükümlerin uygulanacağı vurgulanmıştır.

SADC Şablonu'nda yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümlerde “*shall*” ifadesinin kullanıldığını görüyoruz. Bu ifadenin kullanılması önemlidir zira böylelikle yatırımcıya bağlayıcı bir insan hakları yükümlülüğü tanınmış olmaktadır. SADC Şablonu yatırımcıya tanıdığı yükümlülükleri, bu yükümlülükler için çeşitli yürürlük mekanizmaları ve yükümlülüklerin ihlali durumunda uygulanacak olan yaptırımlar düzenleyerek güçlendirmiştir.⁷²⁰

Yatırımcının yatırım anlaşmasında düzenlenen insan hakları yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda başvurulabilecek olan mekanizmalar 19. maddede

⁷¹⁷ “Paragraph 15.1 begins with the concept of Prof. John Ruggie as UN Secretary-General Special Representative on Business and Human Rights on the corporate duty to respect human rights. The second sentence then makes this an obligation on the investors. Sentence 3 of paragraph 15.1 then comes back to the Ruggie concept that investors also should not be complicit in breaches of human rights by others. Complicity is a legal standard that requires some form of direct affiliation or deliberate failure to act in the face of human rights abuses. Complicity does not generally include simply paying taxes or other compliance with law, absent specific factors that might inform the investor or investment of human rights abuses related to such acts.”

⁷¹⁸ “15.2. Investors and their investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998.”

⁷¹⁹ “15.3. Investors and their investments shall not [establish,] manage or operate Investments in a manner inconsistent with international environmental, labour, and human rights obligations binding on the Host State or the Home State, whichever obligations are higher.”

⁷²⁰ Lise Johnson, Lisa Sachs, **a.g.e.**, s.250.

düzenlenmiştir. Birinci fıkraya göre⁷²¹ yatırımcı anlaşma kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ederse yatırımcının bu fiili tahkimde ev sahibi devlet tarafından ileri sürülebilir ve hakem heyeti bu fiili esas veya tazminat aşamasında dikkate alabilir. İkinci fıkrada ise⁷²² ev sahibi devlete yatırımcının yükümlülüklerini ihlal ettiği iddiasıyla tahkimde karşı dava açma hakkının tanındığını görüyoruz. Üçüncü ve dördüncü fıkrada ise ulusal hukuk mahkemelerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Üçüncü fıkraya göre yatırımcının yatırım anlaşmasında yer verilen yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda, yatırımcı aleyhine ev sahibi devletin ulusal hukuk kurallarına uygun olarak ev sahibi devletin ulusal mahkemelerinde dava açılabilir.⁷²³ Dördüncü fıkrada da benzer biçimde yatırımcının yatırım anlaşmasında yer verilen yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda yatırımcı aleyhine yatırımcının kendi devletinde (*home state*) geçerli olan ulusal hukuk kurallarına göre yatırımcının kendi devletinin ulusal mahkemelerinde dava açılabilceği düzenlenmiştir.⁷²⁴ SADC Şablonu böylece yatırımcıların aleyhine kendi ülkelerinde açılan davalarda karşımıza çıkan engellere yönelik yenilikçi düzenlemelere yer vermiştir.⁷²⁵ Yukarıda değindiğimiz “uygun olmayan yargı yeri doktrini” gibi usuli meseleler bu hükümle çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır.⁷²⁶ Zira yatırımcıya karşı kendi devletinin ulusal mahkemelerinde dava açılabilceği açıkça düzenlenmiştir.

Sonuç olarak SADC Şablonu’nun hükümleri birlikte değerlendirildiğinde geleneksel yatırım anlaşmalarından farklı yenilikçi düzenlemelere yer veren bir belge olduğu açıkça görülmektedir. SADC Şablonu’nun hükümlerini SADC devletleri ve

⁷²¹ “Subject to any other specific directions under this Agreement as to the consequences of a breach of an obligation, where an Investor or its Investment is alleged by a State Party in a dispute settlement proceeding under this Agreement to have failed to comply with its obligations under this Agreement, the tribunal hearing such a dispute shall consider whether this breach, if proven, is materially relevant to the issues before it, and if so, what mitigating or off-setting effects this may have on the merits of a claim or on any damages awarded in the event of such award.”

⁷²² “A Host State may initiate a counterclaim against the Investor before any tribunal established pursuant to this Agreement for damages or other relief resulting from an alleged breach of the Agreement.”

⁷²³ “In accordance with its applicable domestic law, the Host State, including political subdivisions and officials thereof, private persons, or private organizations, may initiate a civil action in domestic courts against the Investor or Investment for damages arising from an alleged breach of the obligations set out in this Agreement.”

⁷²⁴ “In accordance with the domestic law of the Home State, the Host State, including political subdivisions and officials thereof, private persons, or private organizations, may initiate a civil action in domestic courts of the Home State against the Investor, where such an action relates to the specific conduct of the Investor, and claims damages arising from an alleged breach of the obligations set out in this Agreement.”

⁷²⁵ Lise Johnson, Lisa Sachs, **a.g.e.**, s.250.

⁷²⁶ Lise Johnson, Lisa Sachs, **a.g.e.**, s.250-251.

diğer devletlerin gelecekteki yatırım anlaşmalarına dahil edip etmeyeceği veya ne ölçüde dahil edeceği şu anda belirsiz durumdadır.⁷²⁷ Bir görüşe göre SADC Şablonu ortak çıkarlara sahip olan devletlerin bir uzlaşmasını yansıtmaktadır.⁷²⁸ Dolayısıyla sermaye ihraç eden ve sermaye ithal eden devlet ayrımı gibi daha karmaşık ilişkiler söz konusu olduğunda SADC Şablonu hükümlerinin anlaşmalara dahil edilmesi zor görünmektedir.⁷²⁹ Ancak bu görüşün SADC'nin kendi dinamiklerini görmezden gelmek olduğu yorumu da yapılmıştır.⁷³⁰ Zira SADC bünyesindeki Güney Afrika ve Mauritius gibi devletler, ekonomisi daha küçük olan diğer SADC devletlerine sermaye ihraç etmektedir.⁷³¹ Dolayısıyla SADC Şablonu farklı çıkarlara ve ekonomik güçlere sahip olan devletler arasındaki bir uzlaşmayı yansıtmaktadır ve tamamen homojen şartlarla hazırlanmış bir belge değildir.⁷³²

cc- Fas-Nijerya İkili Yatırım Anlaşması

3 Aralık 2016 tarihinde Fas ve Nijerya devletleri arasında bugüne kadarki en yenilikçi ikili yatırım anlaşmalarından biri imzalandı.⁷³³ Anlaşma henüz yürürlüğe girmedikçe ancak ikili yatırım anlaşmalarının asimetrik yapısı ve devletlerin düzenleme hakkı üzerindeki olumsuz etkisi ile ilgili yükselen eleştirilere karşı iki gelişmekte olan devlet tarafından verilen önemli bir cevap olduğu kabul edilmektedir.⁷³⁴ Belgeyi incelediğimizde yabancı yatırımın korunması ve desteklenmesi amacı ile devletin meşru düzenleme hakkı arasında denge kurmaya çalışıldığını görüyoruz.⁷³⁵ Belge ayrıca yatırımcıya çeşitli konularda doğrudan yükümlülükler tanımış ve insan haklarının korunmasına ilişkin olarak da kapsamlı düzenlemelere yer vermiştir.⁷³⁶ Anlaşma bu haliyle insan haklarına saygılı yatırımcı faaliyetlerine ilişkin mevcut ve gelecekteki tartışmalar bakımından bir örnek teşkil ediyor.⁷³⁷

⁷²⁷ Lise Johnson, Lisa Sachs, **a.g.e.**, s.251.

⁷²⁸ Lise Johnson, Lisa Sachs, **a.g.e.**, s.251.

⁷²⁹ Lise Johnson, Lisa Sachs, **a.g.e.**, s.251.

⁷³⁰ Lise Johnson, Lisa Sachs, **a.g.e.**, s.251.

⁷³¹ Lise Johnson, Lisa Sachs, **a.g.e.**, s.251.

⁷³² Lise Johnson, Lisa Sachs, **a.g.e.**, s.251.

⁷³³ Tarcisio Gazzini, **a.g.e.**, s.3.

⁷³⁴ Tarcisio Gazzini, **a.g.e.**, s.3.

⁷³⁵ Niccolò Zugliani, "Human Rights in International Investment Law: The 2016 Morocco–Nigeria Bilateral Investment Treaty", **International & Comparative Law Quarterly**, Yıl.Temmuz 2019, Volume. 68, Issue. 3, s.762.

⁷³⁶ Niccolò Zugliani, **a.g.e.**, s.763; Niccolò Zugliani belge hakkında, "As a result, this is the most socially-responsible BIT currently concluded" yorumunu yapmıştır.

⁷³⁷ Niccolò Zugliani, **a.g.e.**, s.761.

Fas-Nijerya ikili yatırım anlaşmasını özgün kılan noktalardan biri insan haklarına ilişkin atıfların anlaşmanın esas metninde birden fazla kez yer almış olmasıdır.⁷³⁸ Bu ısrarlı düzenleme anlaşmanın yegane gayesinin yabancı yatırımcıyı çekmek olmadığını ve insan haklarına atfedilen önemi göstermektedir.⁷³⁹ Bu atıflardan bazıları geleneksel insan hakları anlayışıyla uyum içinde olup yatırımcıya dolaylı yükümlülükler tanımıştır, bazıları ise yatırımcıya doğrudan insan hakları yükümlülükleri getirmiştir.⁷⁴⁰ Gene yatırımcıya getirilen doğrudan insan hakları yükümlülüklerinin bazılarının bağlayıcı bir dille yazıldığını, bazılarında ise bu bağlayıcılığın gevşetildiğini görüyoruz.⁷⁴¹ Şimdiye kadar incelediğimiz diğer yatırım anlaşmalarında olduğu gibi Fas-Nijerya ikili yatırım anlaşmasında da yatırımcıya insan hakları ile birlikte yolsuzlukla mücadele⁷⁴² ve çevrenin korunması⁷⁴³ gibi başka alanlarda da çeşitli yükümlülükler düzenlenmiştir.

Şimdi anlaşmada yatırımcıya getirilen insan hakları yükümlülüklerini incelemeye geçebiliriz. Anlaşmanın kurumsal sosyal sorumluluk başlıklı 24. maddesinde⁷⁴⁴ yatırımcıya kurumsal sosyal sorumluluk ile ilgili çeşitli yükümlülükler getirilmiştir ancak yatırımcıya tanınan bu yükümlülükler “*should*” kelimesiyle ifade edilmiştir. Dolayısıyla burada düzenlenen yükümlülüklerin bağlayıcılığı yoktur. Ancak böyle hükümler her ne kadar bağlayıcı olmasalar dahi hakem heyetleri için bir yorum kaynağı olabilir ve yatırım anlaşmasının taraflar bakımından daha dengeli yorumlanmasını sağlayabilir.⁷⁴⁵

Anlaşmanın 18. maddesi ise çalışma konumuz bakımından çok önemlidir zira bu hükümde yatırımcıya tanınan insan hakları yükümlülükleri “*shall*” kelimesiyle

⁷³⁸ Niccolò Zugliani, **a.g.e.**, s.764.

⁷³⁹ Niccolò Zugliani, **a.g.e.**, s.764.

⁷⁴⁰ Niccolò Zugliani, **a.g.e.**, s.764.

⁷⁴¹ Niccolò Zugliani, **a.g.e.**, s.764.

⁷⁴² Fas-Nijerya İkili Yatırım Anlaşması, Madde 17, Anlaşmanın tam metni için bkz.

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download> (erişim tarihi: 08.04.2020).

⁷⁴³ Fas-Nijerya İkili Yatırım Anlaşması, Maddeler 14, 18.

⁷⁴⁴ “1) In addition to the obligation to comply with all applicable laws and regulations of the Host State and the obligations in this Agreement, and in accordance with the size, capacities and nature of an investments, and taking into account the development plans and priorities of the Host State and the Sustainable Development Goals of the United Nations, investors and their investments should strive to make the maximum feasible contributions to the sustainable development of the Host State and local community through high levels of socially responsible practices. 2) Investors should apply the LO Tripartite Declaration on Multinational Investments and Social Policy as well as specific or sectorial standards of responsible practice where these exist. 3) Where standards of corporate social responsibility increase, investors should strive to apply and achieve the higher level standards.”

⁷⁴⁵ Niccolò Zugliani, **a.g.e.**, s.766.

düzenlenmiştir, dolayısıyla yatırımcıya bağlayıcı yükümlülükler tanınmıştır. Hükümdeki ilgili düzenlemeleri inceleyecek olursak, ikinci fıkrada⁷⁴⁶ yatırımcıların ve yatırımların ev sahibi devletteki insan haklarını gözetmesi (*uphold*) gereği düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada⁷⁴⁷ yatırımcıların ve yatırımların 1998 tarihli ILO Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi'nin gerektirdiği çekirdek standartlara uygun hareket etmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Dördüncü fıkrada⁷⁴⁸ ise yatırımcıların yatırımlarını ev sahibi devletin veya kendi devletlerinin insan haklarına, çevreye ve işçi haklarına ilişkin uluslararası yükümlülüklerine aykırı olacak şekilde yönetmemesi veya yürütmemesi gereği düzenlenmiştir. 18. madde uluslararası hukukun evrimi açısından çok önemli bir hükümdür ve Fas-Nijerya ikili yatırım anlaşması yürürlüğe girdiği anda yatırımcıya bağlayıcı insan hakları yükümlülükleri getiren ilk uluslararası yatırım anlaşması olacaktır.⁷⁴⁹

18. maddedeki yükümlülüklerin “*shall*” kelimesiyle ifade edilmiş olması bu yükümlülükler bağlayıcı bir nitelik kazandırmaktadır. Ancak yükümlülükler her ne kadar bağlayıcı bir niteliğe sahip olsa da, insan haklarına yapılan atıf geniş terimlerle ifade edilmiştir ve yatırımcıya hangi yükümlülüklerin tanındığı belirsizdir.⁷⁵⁰ Düzenlemeyle hakem heyetlerine geniş bir yorum alanı bırakılmıştır ve bu durum yatırımcı yükümlülüklerinin icrasında sakıncalı bir durum oluşturabilir. Zira devlet-dışı aktörlerin insan hakları yükümlülüğüne sahip olup olmadığı hususu uluslararası hukuk bağlamında bu kadar belirsizken, yatırımcıya geniş ve muğlak ifadelerle yükümlülükler tanımak faydalı bir yaklaşım teşkil etmeyebilecektir.⁷⁵¹ Bu kapsamda yatırımcıların insan haklarını gözetmesine ilişkin basit bir atfın yeterliliği sorgulanabilir durumdadır.⁷⁵² Hükümün işçi haklarına ilişkin üçüncü fıkrasında ILO

⁷⁴⁶ “*Investors and investments shall uphold human rights in the host state.*”

⁷⁴⁷ “*Investors and investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998.*”

⁷⁴⁸ “*Investors and investments shall not manage or operate the investments in a manner that circumvents international environmental, labour and human rights obligations to which the host state and/or home state are Parties.*”

⁷⁴⁹ Markus Krajewski, “Human rights in international investment law: Recent trends in arbitration and treaty-making practice”, s.8.

⁷⁵⁰ Markus Krajewski, “Human rights in international investment law: Recent trends in arbitration and treaty-making practice”, s.8; Jesse Coleman, Lise Johnson, Lisa Sachs, Kanika Gupta, “International Investment Agreements, 2015-2016: A Review Of Trends and New Approaches”, **Yearbook on International Investment Law & Policy 2015-2016**, Editörler, Lisa E. Sachs, Lise Johnson, USA, Oxford University Press, 2018, s.93.

⁷⁵¹ Markus Krajewski, “Human rights in international investment law: Recent trends in arbitration and treaty-making practice”, s.9.

⁷⁵² Markus Krajewski, “Human rights in international investment law: Recent trends in arbitration and treaty-making practice”, s.9.

Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi'ne atıf yapılmış ve böylece yatırımcıya tanınan yükümlülükler daha belirli hale getirilmiştir. Aynı yöntem ikinci ve dördüncü fıkralarda da uygulanıp, yatırımcının insan haklarına ilişkin yükümlülüğü açık, somut ve belirli bir hale getirilebilirdi. Dolayısıyla iş dünyası ve insan haklarına ilişkin belgeleri yatırım anlaşmasına bağlayıcı olarak dahil etmek, yatırım anlaşmasında yatırımcının insan haklarını gözetmesi gerekliliği gibi belirsiz bir düzenlemeye yer vermekten daha faydalı bir yaklaşım olacaktır.⁷⁵³

Maddedeki diğer bir husus yatırımcıların ve yatırımların insan haklarını gözetmekle yükümlü olduğunun düzenlenmesidir. Benzer bir düzenleme önceki başlıkta incelediğimiz SADC Şablonu'nda da geçmektedir. Yatırımcı gerçek kişi ya da tüzel kişinin böyle bir yükümlülüğe sahip olması bakımından tartışılacak bir mevzu bulunmamaktadır. Ancak bir mal varlığı değerine tekabül eden yatırımın insan haklarını gözetmekle yükümlü tutulması düşünülmesi zor bir kavramdır.⁷⁵⁴ Bu düzenlemeyle muhtemelen yatırımcının yatırımının hiçbir surette insan hakları üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olmayacağını sağlaması gerekliliği belirtilmek istenmektedir ve dolayısıyla hükmü çok katı bir lafzi yoruma tabi tutmamak gerekir.⁷⁵⁵ Ayrıca madde insan hakları hukuku terminolojisinde kullanılmayan bir ifadeye yer vermektedir.⁷⁵⁶ Saygı duymak, korumak ve gerçekleştirmek şeklinde ifade edilen üçlü ayrıma girmeyen bir kelime kullanılmıştır. Gözetmek şeklinde çevirdiğimiz “*uphold*” kelimesinin net olarak anlamını saptamak zordur. Gözetmek ifadesinin bu üç yükümlülüğten farklı bir anlamı olup olmadığı yahut insan haklarına dair bu üç yükümlülüğü de kapsayıp kapsamadığı belirsizdir.⁷⁵⁷ Markus Krajewski anlaşmanın bütünü bakımından bir inceleme yapmıştır ve ona göre anlaşmada tarafların insan hakları yükümlülüklerinin bu üçlü yapısından sapmak istediğine dair

⁷⁵³ Markus Krajewski, “Human rights in international investment law: Recent trends in arbitration and treaty-making practice”, s.9.

⁷⁵⁴ “*However, it is difficult to imagine how ‘investments’—property or other assets – can have legal duties in addition to investors.*”, Markus Krajewski, “A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application”, s.114.

⁷⁵⁵ “*However, it is suggested that the clause should not be interpreted in a strict literal meaning, but that it requires investors to ensure that their investments do not have any negative impacts on human rights.*”, Markus Krajewski, “A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application”, ss.114-115.

⁷⁵⁶ Markus Krajewski, “A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application”, s.115.

⁷⁵⁷ Markus Krajewski, “A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application”, s.115.

herhangi bir detay bulunmamaktadır.⁷⁵⁸ Dolayısıyla gözetmek kelimesiyle insan haklarına dair bu üç yükümlülüğün de yatırımcıya tanındığını söyleyebiliriz.⁷⁵⁹

Fas- Nijerya ikili yatırım anlaşması bakımından başka bir sorun da, bağlayıcı olarak düzenlenen yatırımcı yükümlülüklerinin icrası için önemli mekanizmalardan biri olan karşı dava kurumunu düzenlenmemiş olmasıdır. Dolayısıyla anlaşmanın yukarıda ele aldığımız SADC Şablonu ya da PAIC kadar ileriye gidemediğini görüyoruz.⁷⁶⁰ Böyle yenilikçi bir anlaşmanın karşı dava konusunda sessiz kalması kuşkusuz şaşırtıcı bir durumdur.⁷⁶¹ Ancak yukarıda değindiğimiz gibi karşı davaya ilişkin açık bir düzenleme yatırım anlaşmasında yer almasa dahi ICSID Konvansiyonu, ICSID Tahkim Kuralları ve UNCITRAL Tahkim Kuralları tarafından karşı davaya izin verilmiştir. Dolayısıyla diğer şartların da sağlanması kaydıyla devletlerin karşı dava açması mümkündür. Fas- Nijerya ikili yatırım anlaşması bağlayıcı nitelikte olan insan hakları yükümlülüklerine yer vermiştir, böylece yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet vermesi durumunda, devlet yatırım anlaşması hükümlerinin ihlal edildiği iddiasıyla karşı dava açabilir. Ayrıca yatırımcıya tanınan bu bağlayıcı insan hakları yükümlülükleri yatırımcının devlet aleyhine açtığı tahkim davasında esas veya tazminat aşamalarında da dikkate alınabilir. Dolayısıyla yatırım tahkiminin zaten var olan mekanizmaları marifetiyle bu yükümlülükleri icra etme kapasitesine sahip olduğu söylenebilir.

Anlaşmada üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus yatırımcı sorumluluğu başlıklı 20. maddedir.⁷⁶² Hükme göre ev sahibi devlette ciddi derecede hasara, bedensel yaralanmalara veya hayat kaybına sebebiyet veren yatırımla ilgili karar ve fiillerinden dolayı kendi devletinin mahkemelerinde yatırımcıya karşı dava açılabilir. Bu hüküm özellikle çok uluslu şirketlere karşı kendi devletlerinde dava açılmasını engelleyen “uygun olmayan yargı yeri doktrini” gibi çeşitli usuli engellerin üstesinden gelinmesi bakımından faydalı olacaktır.⁷⁶³ Dolayısıyla sorumlu

⁷⁵⁸ Markus Krajewski, “A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application”, s.115.

⁷⁵⁹ “Therefore, it can be argued that ‘uphold’ should be interpreted to mean ‘respect, protect and fulfil’ human rights.”, Markus Krajewski, “A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application”, s.115.

⁷⁶⁰ Niccolò Zugliani, **a.g.e.**, s.767.

⁷⁶¹ Tarcisio Gazzini, **a.g.e.**, s.4.

⁷⁶² “Investors shall be subject to civil actions for liability in the judicial process of their home state for the acts or decisions made in relation to the investment where such acts or decisions lead to significant damage, personal injuries or loss of life in the host state.”

⁷⁶³ Tarcisio Gazzini, **a.g.e.**, s.4.

yatırımın hayata geçmesi bakımından önemli bir gelişme olarak değerlendirilebilir.⁷⁶⁴ Sonuç olarak Fas- Nijerya ikili yatırım anlaşması bazı eksik noktalarına rağmen insan haklarına saygılı yatırımın nasıl gerçekleştirilebileceğini ve yatırım anlaşmalarında olması gereken dengeli ve kapsayıcı yaklaşımı göstermesi bakımından örnek teşkil etmektedir ve bu açıdan önemli bir belgedir.⁷⁶⁵

iii-Hindistan Model İkili Yatırım Anlaşması

2015 tarihli Hindistan Model İkili Yatırım Anlaşması yeni jenerasyon yatırım anlaşmaları arasında önemli bir yer teşkil etmektedir. 2011 yılında *White Industries* davasında hakem heyeti Hindistan'ın Avustralya ve Hindistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasını ihlal ettiğini saptayarak, Hindistan'ı yüklü miktarda tazminata mahkum etmiştir.⁷⁶⁶ Bu davanın ve büyük miktardaki tazminatın Hindistan hükümetinin uluslararası yatırım politikasını yeniden şekillendirmeye karar vermesinde bir dönüm noktası olduğu tespiti yapılmıştır.⁷⁶⁷ Hindistan hükümeti model yatırım anlaşmasını hazırlarken dünyada süregiden tartışmaya paralel olarak, yatırım anlaşmalarında devletin düzenleme yetkisi ile yatırımcının korunması amacı arasında bir denge kurmak isteğine sahipti.⁷⁶⁸ Hazırlanan model yatırım anlaşmasının ilk versiyonu yani taslak hali 2015 Nisan ayında yayınlandı ardından metinde bazı değişiklikler yapılarak Aralık ayında hükümet tarafından metne onay verildi.⁷⁶⁹

Anlaşmanın kurumsal sosyal sorumluluk başlıklı 12. maddesinde⁷⁷⁰ yatırımcının insan hakları yükümlülüklerine ilişkin bir düzenlemeye yer verildiğini görüyoruz. Maddede özetle yatırımcıların işçi hakları, çevrenin korunması, insan hakları gibi konularda uluslararası alanda kabul edilmiş olan kurumsal sosyal sorumluluk standartlarını gönüllü olarak faaliyetlerine ve iç politikalarına dahil

⁷⁶⁴ Tarcisio Gazzini, **a.g.e.**, s.4.

⁷⁶⁵ Niccolò Zugliani, **a.g.e.**, s.770.

⁷⁶⁶ *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award, 30 Kasım 2011, para. 16.1.1.

⁷⁶⁷ Sanhita Ambast, "Human rights protections in India's Model BIT: a BIT left to go", **Indian Journal of International Law**, Yıl. 2017, Volume. 57, Issue. 1-2, s.122.

⁷⁶⁸ Sanhita Ambast, **a.g.e.**, s.122.

⁷⁶⁹ Sanhita Ambast, **a.g.e.**, s.126.

⁷⁷⁰ "Investors and their enterprises operating within its territory of each Party shall endeavour to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their practices and internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Parties. These principles may address issues such as labour, the environment, human rights, community relations and anti-corruption.", Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3560/download> (erişim tarihi:10.04.2020).

etmeye çaba göstermesi gereği düzenlenmiştir. Bu noktada şu önemli detay vurgulanmalıdır ki; yatırımcı yükümlülüğüne ilişkin bu hüküm taslak metindeki eş değer hükme⁷⁷¹ göre oldukça zayıftır. Sanhita Ambast tarafından yerinde cümlelerle ifade edildiği gibi, model yatırım anlaşması yatırımcının insan hakları hukukuna ilişkin yükümlülüklerini gönüllü yükümlülükler olarak düzenlemiştir.⁷⁷² Halbuki anlaşmanın taslak metni yatırımcıların ev sahibi devletin insan hakları hukukuna ilişkin düzenlemelerine uymasını zorunlu tutarak, yatırımcıya bağlayıcı yükümlülükler getirmekteydi.⁷⁷³

Anlaşmada neden böylesine ciddi derecede bir değişikliğe gidildiği açık değildir.⁷⁷⁴ Ancak Hindistan Hukuk Komisyonu taslak metinde 12. maddenin düzenlemesine göre yatırımcının en ufak bir hukuka aykırı davranışında dahi anlaşmanın korumasından yararlanamayacağı sonucunun doğabileceği tespitini yapmıştır.⁷⁷⁵ Dolayısıyla Hindistan'ın yatırımcıya daha belirli ve öngörülebilir bir yatırım ortamı sunmak için değişikliğe gittiği söylenebilir.⁷⁷⁶

Hindistan model ikili yatırım anlaşmasının taslak hali ile kabul edilen nihai hali arasındaki değişiklikler sadece bununla sınırlı değildir. Taslak metnin her bakımdan yenilikçi düzenlemelere yer verdiğini görüyoruz, yatırımcıya ev sahibi devletin hukukuna uygun davranma, vergilendirme, yolsuzlukla mücadele gibi alanlarda hem negatif hem de pozitif içerikli yükümlülükler tanınmıştır.⁷⁷⁷ Ayrıca bu yükümlülüklerin icrası için çeşitli yürürlük mekanizmaları da düzenlenmiştir.⁷⁷⁸ Hindistan'ın tüm bu yenilikçi hükümleri topyekün geri çekmesi kuşkusuz şaşırtıcı bir durumdur.⁷⁷⁹ Hindistan model ikili yatırım anlaşmasının kabul edilen nihai halinde

⁷⁷¹ “Investors and their Investments shall be subject to and comply with the Law of the Host State. This includes, but is not limited to, the following: (i) Law concerning payment of wages and minimum wages, employment of contract labour, prohibition on child labour, special conditions of work, social security and benefit and insurance schemes applicable to employees; ... (v) Law relating to human rights ...”, Bkz. <https://arbitrationlaw.com/library/model-text-indian-bilateral-investment-treaty-draft-2015> (erişim tarihi:10.04.2020).

⁷⁷² Sanhita Ambast, **a.g.e.**, s.134.

⁷⁷³ Sanhita Ambast, **a.g.e.**, s.134.

⁷⁷⁴ Sanhita Ambast, **a.g.e.**, s.134.

⁷⁷⁵ “This leads to an interpretation where even minor non-compliance with any law could lead to the investor being denied the benefit of the treaty.”, Law Commission of India, Report No. 260, Analysis of the 2015 Draft Model Indian Bilateral Investment Treaty, Ağustos 2015, s.34.

⁷⁷⁶ Sanhita Ambast, **a.g.e.**, s.134.

⁷⁷⁷ Jesse Coleman, Lise Johnson, Lisa Sachs, Kanika Gupta, “International Investment Agreements, 2015-2016: A Review Of Trends and New Approaches”, s.90.

⁷⁷⁸ Bkz. Hindistan Model İkili Yatırım Anlaşması Taslak Versiyonu, maddeler, 8,13.

⁷⁷⁹ “It is not clear why these innovative provisions have been altogether dropped by the Indian authorities in the final model text.”, Kavaljit Singh, “An Analysis of India’s New Model Bilateral

yatırımcı yükümlülükleri başlıklı üçüncü bölümde yatırımcıya sadece iki yükümlülük tanınmıştır. Bunlar ev sahibi devletin hukukuna uygun davranma yükümlülüğü ve yukarıda değindiğimiz kurumsal sosyal sorumluluk yükümlülüğüdür. Anlaşmadaki kurumsal sosyal sorumluluk başlıklı ve yatırımcıya insan hakları yükümlülüğü getiren ilgili hükmün bağlayıcılığı yoktur; yatırımcıya gönüllülük esasına dayalı olarak bir yükümlülük getirilmiştir/ tavsiye edilmiştir. Dolayısıyla Hindistan Model İkili Yatırım Anlaşması'nın Fas-Nijerya ikili yatırım anlaşması kadar ileriye gidemediği söylenebilir.

iv- Brezilya Yatırımda İş Birliği ve Yatırımın Kolaylaştırılması Anlaşmaları (*Cooperation and Facilitation Investment Agreement*)

Brezilya bugüne kadar geleneksel bir ikili yatırım anlaşması onaylamamış olan tek G20 üyesi devlettir.⁷⁸⁰ 1990'lı yıllarda birden fazla ikili yatırım anlaşması imzalanmasına rağmen bu anlaşmalar uluslararası yatırımcının, ulusal yatırımcıya göre daha fazla korunacağı, dolaylı kamulaştırmaya ilişkin hükümlerin kamusal politikaların benimsenmesinde engel teşkil edeceği gibi eleştirilerle onaylanmamıştır.⁷⁸¹ Ancak yürürlükte hiçbir ikili yatırım anlaşması olmamasına rağmen Brezilya yabancı yatırımı en çok çeken devletlerden biridir.⁷⁸² 2015 yılından itibaren ise yeni yatırım anlaşmalarının imzalanmasında kısmen yabancı yatırım yapılmasının kolaylaştırılmasını isteyen Brezilyalı yatırımcıların ısrarlı çağrılarının etkili olduğu tespiti yapılmıştır.⁷⁸³ Brezilya'nın 2015 yılından itibaren imzalamaya başladığı yeni model yatırım anlaşmalarına bu tarihi açıklamaların perspektifinden bakmak daha faydalı olacaktır.

Brezilya 2015 yılının ilk yarısında Mozambik, Malavi, Angola ve Meksika ile İş Birliği ve Yatırımın Kolaylaştırılması Anlaşmaları (*Cooperation and Facilitation Investment Agreement*) olarak isimlendirilen yeni model yatırım anlaşmalarını imzalamıştır. Bu tarihten itibaren de bu yeni model yatırım anlaşmalarını başka

Investment Treaty”, **Rethinking Bilateral Investment Treaties Critical Issues and Policy Choices**, Editörler, Kavaljit Singh, Burghard Ilge, This book is jointly published by Both Ends, Madhyam, SOMO, 2016, s.94.

⁷⁸⁰ Henrique Choer Moraes, Felipe Hees, “Breaking the BIT Mold: Brazil's Pioneering Approach to Investment Agreements”, Symposium on the Brics Approach to the Investment Treaty System, **AJIL Unbound**, Yıl. 2018, Volume. 112, s.198.

⁷⁸¹ A.g.e.

⁷⁸² A.g.e.

⁷⁸³ A.g.e.

devletlerle imzalamaya devam etmektedir.⁷⁸⁴ Anlaşmalar özgün ve yenilikçi unsurları ihtiva etmesinden dolayı “*Brezilya Yatırım Anlaşması Modeli*” olarak isimlendirilen bir kavramı ortaya çıkarmıştır.⁷⁸⁵ Bu anlaşmalarda geleneksel yatırım anlaşmalarından farklı olarak yabancı yatırımcının korunması amacı değil, isminden de anlaşılabilceği üzere yatırımda iş birliği ve yatırımın kolaylaştırılması amacı güdülmektedir.⁷⁸⁶ En yenilikçi taraflarından birisi kurumsal sosyal sorumluluğa ilişkin hükümleridir. Bu hükümler özellikle şu noktada dikkate değerdir ki; aslında bu yeni model yatırım anlaşmalarının imzalandığı ilk ülkeler olan Angola, Malavi ve Mozambik bakımından Brezilyalı yatırımcıların bu ülkelerde, bu ülkelerin yatırımcılarının Brezilya’da olduğundan daha fazla faaliyet gösterdiğini görüyoruz.⁷⁸⁷ Dolayısıyla Brezilya bu ülkelerle yaptığı anlaşmalarda ağırlıklı olarak kendi yatırımcılarına yönelik yükümlülükler düzenlemiş vaziyettedir ve tutarlı bir yatırım politikası takip etmektedir.⁷⁸⁸ Günümüzde neoliberal ekonominin kuralları hakimiyet sürerken bu yeni model yatırım anlaşmalarının gelişmekte olan bir ülke olarak Brezilya’nın ulusal ekonomik ihtiyaçları ve jeo- ekonomik konumu çerçevesinde sisteme verdiği pragmatik bir cevap olduğu belirtilmiştir.⁷⁸⁹

Şimdi yatırımcı yükümlülüklerine ilişkin hükümleri incelemeye geçebiliriz. Brezilya’nın yeni model yatırım anlaşmalarında yatırımcı yükümlülüklerine ilişkin hükümlerde, arada bazı ufak farklılıklar mevcut olmakla birlikte, hepsinde benzer bir içeriğin yer aldığını görüyoruz. Burada örnek olarak 2018 yılında Brezilya ve Etiyopya arasında imzalanan yatırım anlaşmasını inceleyeceğiz. Anlaşmada yatırımcı yükümlülüklerine kurumsal sosyal sorumluluk başlıklı 14. maddede⁷⁹⁰ yer verilmiştir. Madde uzun bir maddedir ve birden fazla mesele aynı maddede

⁷⁸⁴ İmzalanan anlaşmalar sürekli güncellenmektedir. Bu linkten takip edebilirsiniz. Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil> (erişim tarihi:11.04.2020).

⁷⁸⁵ Nitish Monebhurrin, “Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model”, *Journal of International Dispute Settlement*, Yıl. 2017, Volume. 8, Issue.1, s.80.

⁷⁸⁶ Martin Dietrich Brauch, “Brazil’s Cooperation and Investment Facilitation Agreements with Mozambique, Angola, and Mexico: A Comparative Overview”, *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, Editörler, Kavaljit Singh, Burghard Ilge, This book is jointly published by Both Ends, Madhyam, SOMO, 2016, s.141.

⁷⁸⁷ Nitish Monebhurrin, *a.g.e.*, s.82.

⁷⁸⁸ Nitish Monebhurrin, *a.g.e.*, s.82.

⁷⁸⁹ Fabio Morosini, Michelle Ratton Sanchez Badin, “The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?”, *Investment Treaty News*, Yıl. Ağustos 2015, Volume 6, Issue 3, s.3.

⁷⁹⁰ Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5717/download> (erişim tarihi:11.04.2020).

çözümlemiştir. Sürdürülebilir kalkınma, insan hakları, çevrenin korunması gibi meselelerde yatırımcıya çeşitli yükümlülükler getirilmiştir. İnsan hakları yükümlülüğüne dair hükümleri inceleyecek olursak; maddenin ilk fıkrasında⁷⁹¹ özetle yabancı yatırımcının sürdürülebilir kalkınmaya mümkün olan en yüksek düzeyde katkı sağlamak için çabalaması gereği düzenlenmiştir. Bu kapsamda yatırımcının uyması gereken standartlar arasında OECD Çok Uluslu Şirketler için Rehber İlkeler sayılmıştır. İnsan hakları yükümlülüğüne açık atıf ise maddenin ikinci fıkrasının b bendinde⁷⁹² yapılmıştır. Hükümde yatırımcıların uluslararası alanda kabul edilmiş insan haklarına saygı duyması gereği düzenlenmiştir.

Maddede üzerinde durulması gereken bir husus daha önce Arjantin-Katar ikili yatırım anlaşması ve Hindistan Model ikili yatırım anlaşmasında da olduğu gibi⁷⁹³ yatırımcıya doğrudan yükümlülük getiren kurumsal sosyal sorumluluk hükümlerinin ev sahibi devletin hukukuna uygun davranma yükümlülüğü ile birlikte düzenlendiğidir. Burada karşımıza çıkan ev sahibi devletin hukukuna uygunluk hükümleri, çalışmamızın başında incelediklerimizden daha farklı bir mahiyete sahiptir. Zira burada sadece yatırımın ev sahibi devletin hukukuna uygun yapılması gerekliliği düzenlenmemiştir. Bu hükümlerde yatırımcının yatırımını ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak yönetmesi ve yürütmesi gerekliliği düzenlenmiştir.⁷⁹⁴ Ev sahibi devletin hukukuna uygunluk yükümlülüğü ile kurumsal sosyal sorumluluk yükümlülüğünün birlikte düzenlenmesinin altında aslında bir zorunluluk yatıyor.⁷⁹⁵ Şöyle ki; devlet-dışı aktörlerin uluslararası alanda kabul edilmiş insan hakları yükümlülüğü olmadığı için devletler yatırımcılara insan hakları yükümlülüğü tanırken bu yükümlülükleri kendi ulusal hukukları ile ilişkilendirerek

⁷⁹¹ “Investors and their investment shall strive to achieve the highest possible level of contribution to the sustainable development of the host State and the local community, through the adoption of a high degree of socially responsible practices, based on the principles and standards set out in this Article and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises (MNEs) as may be applicable on the State Parties.”

⁷⁹² “Investors and their investment shall endeavour to comply with the following principles and standards for a responsible business conduct and consistent with the laws adopted by the Host State:...b) Respect the internationally recognized human rights of those involved in the investors' activities...”

⁷⁹³ Arjantin-Katar ikili yatırım anlaşması ve Hindistan Model ikili yatırım anlaşmasında iki yükümlülük iki ayrı hükümle düzenlenirken, Brezilya ve Etiyopya arasındaki yatırım anlaşmasında iki yükümlülük tek bir maddede yer almıştır.

⁷⁹⁴ Örnek olarak bkz. Arjantin- Katar İkili Yatırım Anlaşması, Madde 11; “The Contracting Parties acknowledge that investors and their investments shall comply with the laws of the host Contracting Party with respect to the management and operation of an investment.”

⁷⁹⁵ Laurence Dubin, “Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties”.

tanınmaktadır.⁷⁹⁶ Yani yabancı yatırımcının insan haklarına ilişkin yükümlülükleri ev sahibi devletin uluslararası taahhütleri ve yükümlülükleri bağlamında düzenlenmektedir.⁷⁹⁷ Böylece yatırım anlaşmalarındaki yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin içeriği oldukça belirsiz olsa da, ev sahibi devletin hukukuna uygunluk hükmü ile bir araya geldiğinde ev sahibi devletler tarafından yatırım tahkiminde ileri sürülebilir duruma gelmektedir.⁷⁹⁸ Tabi burada Markus Krajewski'nin de haklı olarak belirttiği gibi bu ev sahibi devletin hukukuna uygunluk hükümlerinin aslında yatırımcıya yeni yükümlülükler getirmediğini belirtmek gerekir.⁷⁹⁹ Zira yatırımcının ev sahibi devletin hukukuna uygun davranma yükümlülüğü zaten bulunmaktadır. Ancak bu hükümlerin eklenmesiyle yatırımcının ev sahibi devletin hukukuna uygun davranmak konusundaki yükümlülüğü pekiştirilmektedir. Ayrıca bu hükümler devletin yatırımcının uluslararası hukukun konusu olarak ulusal yasalara da bağlı olduğu ve bu hususun davayı değerlendiren hakem heyeti tarafından dikkate alınması konusundaki iddiasında elini güçlendirmektedir.⁸⁰⁰

Brezilya ve Etiyopya arasındaki yatırım anlaşmasında yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin hükümleri incelemeye tabi tuttuğumuzda yatırımcıya bağlayıcı insan hakları yükümlülüklerinin bu anlaşmada da getirilmemiş olduğunu görüyoruz. Zira “*Investors and their investment shall endeavour...*” ifadesindeki “*endeavour*” kelimesi çaba göstermek anlamına gelmektedir ve yatırımcıya diğer çoğu yatırım anlaşmasında olduğu gibi gönüllülük esasına dayalı bir yükümlülük getirilmektedir. OECD Çok Uluslu Şirketler için Rehber İlkeleri'ne atıf yapılan hükümde de aynı anlamı veren “*strive*” kelimesi geçmektedir dolayısıyla OECD Çok Uluslu Şirketler için Rehber İlkeler de bu anlaşma bağlamında yumuşak hukuk kaynağı olma özelliğini sürdürmektedir.

Brezilya modeli yatırım anlaşmalarında tahkim sadece devlet-devlet tahkimi olarak düzenlenmiştir. Yani yabancı yatırımcıya devlet aleyhine tahkimde dava açma imkanı tanınmamıştır. Dolayısıyla yukarıda yatırımcı-devlet tahkimi bağlamında

⁷⁹⁶ Laurence Dubin, “Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties”.

⁷⁹⁷ Laurence Dubin, “Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties”.

⁷⁹⁸ Laurence Dubin, “Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties”.

⁷⁹⁹ Markus Krajewski, “A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application”, s. 120.

⁸⁰⁰ Markus Krajewski, “A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application”, s. 120.

yatırımcı yükümlülüklerinin yürürlüğü için saydığımız mekanizmalar bu anlaşmalarda farklılık gösterebilir. Ayrıca zaten devlet-devlet tahkiminde kurumsal sosyal sorumluluğa ilişkin hükmün dava konusu edilemeyeceği bizzat anlaşmanın 24. maddesinde düzenlenmiştir.⁸⁰¹ Sonuç olarak Brezilya modeli yatırım anlaşmaları da kurumsal sosyal sorumluluğu ve özelinde de insan hakları yükümlülüklerini tavsiye niteliğinde düzenlemiştir.

v.Bölüm Sonu Değerlendirme

Şimdiye kadar incelediğimiz yatırım anlaşmalarının çoğunda yatırımcıya bağlayıcı nitelikte insan hakları yükümlülükleri getirilmediğini gördük. Kuşkusuz bu saptama ilk bakışta olumsuz bir durum olarak algılanabilir. Ancak uluslararası yatırım hukukunu kapsamına alan uluslararası hukuk bakımından halen devlet-dışı aktörlerin bağlayıcı insan hakları yükümlülüklerinin olmadığı gerçeğini göz önüne alırsak, yatırım hukukundaki bu değişim sürecinin yavaş ilerliyor olması gayet normal bir durumdur. Uluslararası yatırım hukukundaki bu değişiklikler uluslararası hukuktaki evrim sürecine işaret etmektedir ve dolayısıyla atılan her adım ciddi öneme sahiptir.

Yatırım anlaşmaları bugüne kadar sadece yabancı yatırımcıyı korumak amacıyla hazırlanmıştır ve yatırımcıya yükümlülük getirmek gibi, yatırım hukuku için oldukça radikal bir gelişmenin, bir anda gerçekleşmesi de zaten beklenmemelidir.⁸⁰² Dolayısıyla ilk adımlar olarak bu anlaşmalarda yer alan düzenlemelerin makul olduğu söylenebilir.⁸⁰³

Ayrıca son olarak şu önemli detay da vurgulanmalıdır ki; Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre bir andlaşmanın yorumunda andlaşmanın tüm maddeleri göz önünde bulundurulur.⁸⁰⁴ Bu yüzden yatırımcı yükümlülüklerine ilişkin hükümler bağlayıcı

⁸⁰¹ Madde 24/3; “The following may not be subject to arbitration: Article 13- Security Exception, Article 14 Corporate Social Responsibility; Paragraph 1 of Article 15 Investment Measures and Combating Corruption and Illegality; and paragraph 2 of Article 16 -Provisions on Investment and Environment, Labor Affairs and Health.”

⁸⁰² Nitish Monebhurrin, “Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law”, *Brazilian Journal of International Law*, Yıl.2017, Volume.14, No.2, s.57.

⁸⁰³ A.g.e., s.57.

⁸⁰⁴ “1.A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2.The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:...”

olmasa da yatırım anlaşmasında yer alan diğer hükümlerin bağlamı ve kapsamı saptanırken yorum aracı olarak kullanılacaklardır.⁸⁰⁵ Böylece yatırımcının insan hakları yükümlülüğüne ilişkin bağlayıcı nitelikte olmayan bu hükümler etkisiz düzenlemeler olmayacak ve dava sürecinde hakemler tarafından dikkate alınacaklardır.⁸⁰⁶

⁸⁰⁵ **A.g.e.**, s.60.

⁸⁰⁶ **A.g.e.**, s.60.

SONUÇ

“Yükselen dalga tüm gemileri kaldırır” ekonomiye dair bir aforizmadır. İngiliz siyasetçi Ed Miliband ise bu aforizmaya karşılık “yükselen dalga günümüzde sadece yatları kaldırıyor gibi görünüyor” demiştir.⁸⁰⁷ Küreselleşme ve neoliberal politikalar ile birlikte çok uluslu şirketler günümüzde çoğu devletten hem ekonomik hem de siyasi olarak daha güçlü bir konuma gelmiştir ve bu da bazı kabullerin sorgulanmasına yol açmıştır. Şirketlerin faaliyet gösterdikleri ülkelerde ciddi insan hakları ihlalleri ile birlikte anılıyor olmalarından dolayı, dünyada şirketlerin insan hakları yükümlülüğü hakkında çalışmalar yapılmaktadır. Biz de çalışmamızda bu güncel meseleyi yatırım hukuku kapsamında ele alarak yatırımcının insan hakları yükümlülüğü konusunu inceledik.

Uluslararası yatırım hukuku uluslararası hukukun bir alanıdır. Bu yüzden bir devlet-dışı aktör olarak, gerçek veya tüzel kişi yatırımcının insan hakları yükümlülüğünü incelerken en başta uluslararası hukuk bakımından bir değerlendirme yapmak gerekir. Zira bütünün bir parçası olarak uluslararası yatırım hukuku, uluslararası hukukun kapsamı ve etkisi altındadır. Bu bağlamda uluslararası hukukun çalışma konumuza göre önem arz eden kaynaklarına göre bir inceleme yaptık. Uluslararası insan hakları hukukunun en önemli kaynağı olan uluslararası insan hakları andlaşmaları, devlet ve birey temelli bir düzenleme yapmaktadır, yani uluslararası insan hakları andlaşmalarına göre yegâne yükümlü devlettir. İş dünyasına; insan hakları, çevrenin korunması ve işçi hakları gibi alanlarda yükümlülükler getiren bazı uluslararası hukuk belgeleri hazırlanmıştır. Ancak bu belgeler bağlayıcı nitelik kazanamamış ve yumuşak hukuk belgeleri olarak kalmıştır. Uluslararası hukukun kaynakları arasındaki hiyerarşide en üstte yer aldığı varsayılan *jus cogens* niteliğindeki kurallar, devlet-dışı aktörler için de yükümlülükler

⁸⁰⁷ “A rising tide lifts all boats”, **Wikipedia The Free Encyclopedia**, bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/A_rising_tide_lifts_all_boats#cite_note-8 (erişim tarihi:15.05.2020).

doğurabilmektedir. Ancak bu kurallar soykırım, insanlığa karşı suçlar, kölelik gibi örnekleri sayılabilecek olan sınırlı bir alanı ifade etmektedir. *Jus cogens* niteliğe sahip olan uluslararası suçlarda gerçek kişilerin uluslararası ceza hukuku bakımından yargılamaya tabi tutulabilmesi mümkündür. Ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili tartışmaları bir yana bırakırsak uluslararası ceza hukuku bakımından tüzel kişiler aleyhine, yargı yetkisi ile ilgili problemlerden dolayı, yargılama yapılamamaktadır. Çalışmamızda bu bağlamda son olarak, halen BM nezdinde yürütülen iş dünyası ve insan haklarına ilişkin bağlayıcı andlaşma hazırlığına değindik. BM İnsan Hakları Konseyi tarafından, iş dünyası ve insan haklarına ilişkin bağlayıcı bir andlaşma hazırlamak amacıyla 2014 yılında bir çalışma grubu kurulmuştur ve bu çalışma grubu halen andlaşma hazırlığını sürdürmektedir.

İlk bakışta birbirinden çok farklı amaçlara sahip gibi görünen uluslararası yatırım hukuku ve uluslararası insan hakları hukuku, aslında karşımıza farklı kesişim noktaları ile çıkabilmektedir. Bir devletin uluslararası yatırım hukuku kapsamında yatırım anlaşmalarından doğan yükümlülükleri ve uluslararası insan hakları hukuku kapsamında insan hakları andlaşmalarından doğan yükümlülükleri bulunmaktadır ve yatırım tahkiminde bu farklı yükümlülüklerin çatıştığı dava örneklerine rastlamak mümkündür. Dolayısıyla yatırım hukuku ve insan hakları hukuku arasındaki ilişki bir hakem heyeti kararında da ifade edildiği üzere karmaşık bir ilişkidir.⁸⁰⁸ Biz çalışmamızda, yatırımcının yatırım yaptığı devlette bir insan hakları ihlaline sebebiyet vermesi durumunda, bunun yatırım tahkiminde devlet tarafından nasıl ve hangi şartlarla ileri sürülebileceği sorusuna cevap aradık.

Bir devlet-dışı aktör olan yabancı yatırımcının uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan bağlayıcı yükümlülükleri bulunmamaktadır. Burada *jus cogens* kuralların istisnai niteliğini belirtmek gerekir ve fakat *jus cogens* kavramı uluslararası hukukta sınırlı bir alanı ifade etmektedir. Bununla birlikte yabancı yatırımcı, yatırım yaptığı devletin ulusal hukuk kurallarına uymakla yükümlüdür. Uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini kendi ulusal hukuk düzenlerine entegre etmiş devletlerde, yatırımcı insan haklarını koruyan ulusal hukuk normlarını ihlal edebilir. İşte böyle bir durumda bu ihlalin işlendiği zaman

⁸⁰⁸ “This debate raises the complex relationship between investment treaties, emergency and the human rights of both citizens and property owners.”, *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Dava No. ARB/02/16, Karar, 28 Eylül 2007, para.332.

dilimine göre ve ciddi ya da küçük çaplı bir ihlal olmasına göre yatırım tahkiminde farklı sonuçlar karşımıza çıkmaktadır.

Devlet, yatırımcının bir insan hakları ihlaline sebebiyet vermesi durumunda, bunu, yatırım tahkiminde kendisine karşı açılan davada bir savunma olarak yahut kendisine açılan bu davaya bir karşı dava açarak ileri sürebilir. Çalışmamızda yatırım tahkimindeki usuli aşamalara göre bir inceleme yürüttük. Bu kapsamda, yatırımcının ev sahibi devletin insan haklarını koruyan ulusal hukuk normlarını ihlal eden fiili, yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik bakımından yapılan incelemeye konu edilebilir. Bu aşama yatırım anlaşmalarında yer alan ev sahibi devletin hukukuna uygunluk hükümleri vasıtasıyla somutlaşmaktadır. Buna göre yatırımcı daha başlangıçta, yani yatırımını yaptığı esnada, ev sahibi devletin insan haklarını koruyan ulusal hukuk normlarına aykırı bir fiili işlerse, yatırımın ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak yapılması gerekliliğinden dolayı, hakem heyeti yatırımcının davası üzerinde yargı yetkisinin olmadığına yahut yatırımcının iddiasının/iddialarının kabul edilmemesine karar verebilir. Bu bağlamda ayrıca yatırımcının sebebiyet verdiği insan hakları ihlalinin yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik incelemesine konu edilmesi için ciddi bir ihlal olması gerektiği de ileri sürülmüştür. Buna nazaran küçük çaplı ihlaller ise esas aşamasında veya tazminat aşamasında değerlendirmeye alınmalıdır.

Yatırımcı hukuka uygun yaptığı bir yatırımı sürdürürken, ev sahibi devlette insan haklarını koruyan ulusal hukuk normlarını ihlal ederse, bu sefer yatırımcının bu fiili esas aşamasında veya tazminat aşamasında dikkate alınır. Yatırımcı, ev sahibi devlette insan haklarını koruyan bir ulusal hukuk normunu ihlal ettiği zaman, devlet insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri gereğince yatırımcı aleyhine bir yaptırım uygulayabilir. Eğer böyle bir yaptırım, yatırım anlaşması kapsamındaki koruma hükümlerini ihlal ederse yatırımcı devlet aleyhine tahkimde bir dava açabilir. Bu davada devlet insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini, yatırım anlaşması hükümlerini ihlal etmesine karşı bir gerekçe olarak ileri sürebilir. Benzer örnekler, daha önce yatırım tahkimine taşındığında bazı hakem heyetleri, ev sahibi devletlerin insan hakları hukukuna dayanan savunmalarını dinlemekte gönülsüz davranmıştır. Halbuki yatırım anlaşmaları uluslararası andlaşmalardır ve uluslararası hukuktan izole edilerek yorumlanmamalıdır. Bu kapsamda yatırım anlaşmalarında yer alan uygulanacak hukuk hükümlerine göre yahut taraflar böyle bir hukuk seçimi yapmadığında gündeme gelebilecek olacak ICSID Konvansiyonu'nun 42. maddesine

göre insan hakları hukuku uluslararası hukukun ya da ulusal hukukun bir parçası olarak hakem heyetlerinin huzuruna gelebilir. Ayrıca Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31/3/c hükmünde düzenlenen sistemik entegrasyon prensibi gereğince de, hakem heyetleri ilgili yatırım anlaşmasını uluslararası insan hakları hukuku hükümlerini hesaba katarak yorumlayabilir.

Bu bağlamda hakem heyetleri tarafından bir ölçülülük incelemesi yapılacaktır. Eğer yatırımcının hukuka aykırı fiiline karşılık devletin uyguladığı yaptırım ölçülü bir yaptırım ise, burada hakem heyetleri yatırım anlaşmasının hükümlerinin ihlal edilmediğine karar verebilir. Ancak eğer devlet ölçüsüz bir yaptırım uygulamışsa, bu sefer hakem heyetleri yatırım anlaşmasının hükümlerinin ihlal edildiğine ve devletin uluslararası hukuk bakımından sorumluluğunun doğduğuna karar verebilir. Ancak burada yatırımcının hukuka aykırı fiili, devletin uyguladığı yaptırımı tetiklemiştir. Yani devletin uyguladığı yaptırım, yatırımcının fiiline göre ölçüsüz ve fakat neden-sonuç ilişkisi içindedir. İşte bu sebepten dolayı yatırımcının müterafik kusuru tazminat tutarı hesaplanırken dikkate alınabilir ve tazminatın miktarı yatırımcının kusuru oranında mahsup edilebilir.

Devlet yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet verdiğini, yatırım tahkiminde kendisine açılan davaya bir karşı dava açarak da ileri sürebilir. Karşı dava açılmasına ICSID Konvansiyonu, ICSID Tahkim Kuralları ve UNCITRAL Tahkim Kuralları belirli şartlar dahilinde izin vermektedir. ICSID Konvansiyonu'nda öngörülen şartlar; tarafların karşı dava açılabilmesine ilişkin rızalarının olması, hakem heyetinin karşı dava üzerinde yargı yetkisinin olması ve karşı davanın doğrudan mevcut uyuşmazlığın konusundan kaynaklanması gerekliliğidir. Dolayısıyla bu şartlar gerçekleştiğinde, devlet yatırımcının insan hakları ihlaline sebebiyet verdiğini iddia ederek bir karşı dava açabilir. Ancak karşı dava haliyle yatırımcının sahip olduğu bir yükümlülüğün ihlali ile ilgili olmalıdır. Yani karşı davanın normatif bir temeli olması gerekir. Mevcut uluslararası hukuk bakımından yatırımcının bağlayıcı nitelikte insan hakları yükümlülükleri bulunmamaktadır. Ancak eldeki verilerle bir değerlendirme yapıldığında, devletin insan hakları ihlali iddiasına dayanan karşı davasının dayanağı olabilecek normatif temeller bulunabilir. Bu bağlamda devletin yatırımcının insan hakları ihlalinde bulunduğu iddiasıyla açtığı karşı davanın normatif temelinde ev sahibi devletin insan haklarını koruyan ulusal hukuk normları yahut yatırımcıya insan hakları yükümlülüğü getiren bir yatırım

anlaşması olabilir.⁸⁰⁹ Ayrıca yatırımcıya bağlayıcı yükümlülükler getiren *jus cogens* niteliğe sahip bir kuralın ihlali iddiası da gene karşı davanın normatif temelini oluşturabilir. Bu sayılan kalemler yatırımcıya bağlayıcı nitelikte yükümlülükler getirmektedir ve devlet yatırım tahkiminde bunların ihlal edildiği iddiasıyla bir karşı dava açabilir.

Çalışmamızın ikinci bölümünü uluslararası yatırım hukukunda yaşanan güncel gelişmelere ayırdık. Uluslararası yatırım hukuku şu anda bir reform sürecinden geçmektedir. Yatırım anlaşmalarında sadece devletlere yükümlülükler tanınırken, buna nazaran yatırımcıların yükümlülüklerden muaf tutulması, yani yatırım anlaşmalarının asimetrik yapısı ve kimi durumlarda yatırım anlaşmalarının ve yatırım tahkiminin devletlerin düzenleme hakkına müdahale edebilecek nitelikte olması yatırım hukukuna yönelik bir ters tepkinin (*backlash*)⁸¹⁰ doğmasına yol açmıştır. Ve bahsi geçen eleştirilere binaen devletin düzenleme hakkı, çevrenin korunması, işçi hakları, insan hakları gibi yatırım- dışı konulara vurgu yapan yatırım anlaşmaları imzalanmaya başlanmıştır.

Yatırım anlaşmaları vasıtasıyla yatırımcıya insan hakları yükümlülükleri getirilmesi insan hakları hukuku bakımından oldukça önemli bir gelişmedir. Zira eğer bu yükümlülükler bağlayıcı olarak düzenlenirse, devlet-dışı aktörlerin insan hakları yükümlülükleri için uluslararası hukukta bağlayıcı bir kaynak doğmuş olacaktır. Yatırım hukukunun bünyesinde bulundurduğu yatırım tahkimi etkili bir icra mekanizmasıdır. Dolayısıyla yatırımcının yatırım anlaşması ile düzenlenen insan hakları yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda, devletler bu ihlali yatırım tahkiminde ileri sürebileceklerdir.

Bu bağlamda çalışmamızda, yenilikçi hükümler barındıran yatırım anlaşmaları arasından seçtiğimiz bazı anlaşmaları inceledik. Anlaşmalar çoğunlukla yatırımcıya bağlayıcı nitelikte insan hakları yükümlülükleri getirmemektedir. Ancak uluslararası insan hakları hukuku bakımından devlet-dışı aktörlerin bağlayıcı insan hakları yükümlülüklerine sahip olmadığı gerçeğini göz önüne aldığımızda, yatırımcıya bağlayıcı ve icra edilebilir nitelikte insan hakları yükümlülükleri

⁸⁰⁹ Patrick Abel, *a.g.e.*, ss.82-83.

⁸¹⁰ **The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality**, Editörler, Michael Waibel, Asha Kaushal, Kwo-Hwa Chung, Claire Balchin, Great Britain, Kluwer Law International, 2010.

getirilmesinin oldukça radikal bir gelişme olacağı aşıkardır. Bu yüzden böyle bir gelişmenin bir anda gerçekleşmesi beklenmemelidir.

Yatırım anlaşmaları vasıtasıyla -bağlayıcı nitelikte olmasa dahi- yatırımcıya insan hakları yükümlölükleri getirilmesi hem yatırım hukukunun asimetrik yapısına hem de insan hakları hukukunun devlet merkezli yapısına göre oldukça önemli bir gelişmedir ve uluslararası hukukta yaşanan bir evrim sürecine işaret etmektedir. Dolayısıyla bu gelişmeler başlangıç için gayet makul adımlardır. Nitekim halen yatırımcıya insan hakları yükümlölüğü de dahil olmak üzere çeşitli alanlarda bağlayıcı yahut sadece teşvik edici nitelikte yükümlölükler getiren yatırım anlaşmaları imzalanmaya devam etmektedir. Ayrıca BM nezdinde de iş dünyası ve insan haklarına ilişkin bağlayıcı bir andlaşmaya yönelik hazırlık sürmektedir. Tüm bunlar iş dünyası ve insan hakları konusunun güncelliğini ve daha muhtemel pek çok sonuca gebe olduğunu göstermektedir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR VE KİTAP BÖLÜMLERİ

Acer Yücel, Kaya İbrahim, **Uluslararası Hukuk İngilizce Özetli Ders Kitabı**, Birinci Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, Mart 2013.

Albayrak Gökhan, **Uluslararası Yatırım Hukukuna Küresel Anayasacılık Yaklaşımı**, Birinci Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Mart 2018.

Bakan Joel, **Şirket Kâr ve Güç Peşindeki Patolojik Kurum**, Çevirenler Rahmi G. Ögdül, Zeynep Demirsü, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2007.

Balcerzak Filip, **Investor – State Arbitration and Human Rights**, International Studies in Human Rights, Volume: 119, Brill | Nijhoff, 2017.

Baysal Başak, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, İstanbul, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2012.

Boyar Oya, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Editör Sibel İnceoğlu, Tıpkı 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, Ekim 2013.

Boyar Oya, “Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Editör Sibel İnceoğlu, Tıpkı 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, Ekim 2013.

Brauch Martin Dietrich, “Brazil’s Cooperation and Investment Facilitation Agreements with Mozambique, Angola, and Mexico: A Comparative Overview”, **Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices**, Editörler, Kavaljit Singh, Burghard Ilge, This book is jointly published by Both Ends, Madhyam, SOMO, 2016.

Bulut Nihat, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, Yıl. 2009.

Calamita N. Jansen, “International Human Rights and the Interpretation of International Investment Treaties – Constitutional Considerations”, **Investment Law within International Law Integrationist Perspectives**, Editör, Freya Baetens, United Kingdom, Cambridge University Press, 2013.

Clapham Andrew, **Human Rights Obligations of Non-State Actors**, United States, Oxford University Press, 2006.

Crawford James, **Brownlie's Principles of Public International Law**, 9. Baskı, United Kingdom, Oxford University Press, 2019.

Crawford James, **The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries**, Cambridge University Press, 2002.

Coleman Jesse, Johnson Lise, Sachs Lisa, Gupta Kanika, "International Investment Agreements, 2015-2016: A Review Of Trends and New Approaches", **Yearbook on International Investment Law & Policy 2015-2016**, Editörler, Lisa E. Sachs, Lise Johnson, USA, Oxford University Press, 2018.

De Schutter Olivier, **International Human Rights Law Cases, Materials, Commentary**, 3. Baskı, United Kingdom, Cambridge University Press, Eylül 2019.

Dolzer Rudolf, Schreuer Christoph, **Principles of International Investment Law**, New York, Oxford University Press, 2008.

Douglas Zachary, **The International Law of Investment Claims**, Cambridge University Press, 2009.

Dumberry Patrick, "Suggestions for Incorporating Human Rights Obligations into BITs", **Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices**, Editörler, Kavaljit Singh, Burghard Ilge, This book is jointly published by Both Ends, Madhyam, SOMO, 2016.

Dumberry Patrick, Dumas-Aubin Gabrielle, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", **Yearbook on International Investment Law and Policy 2011-2012**, Editör, Karl P. Sauvant, USA, Oxford University Press, 2013.

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**, Editörler, PM Dupuy, F Francioni, EU Petersmann, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Eren Abdurrahman, **Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü**, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, Ocak 2007.

Erkiner Hakkı Hakan, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, Nisan 2010.

Ertan İzzet Mert, **Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, Kasım 2012.

Gemalmaz Haydar Burak, “Uluslararası Yatırım Tahkimi Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları- Türkiye’nin Taraf Olduğu Uluslararası Tahkim Davalarına Konu Uyuşmazlıkların Ayrıca AİHM’e Götürülmesi”, **Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı**, Editörler, Emre Esen, Ahmet Akcan, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Aralık 2013.

Gemalmaz Haydar Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, 2. Basım, Beta Yayıncılık, Nisan 2017.

Gözler Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ekim 2018.

Güngören Bulgan Birden, **Georg Jellinek’in Hak ve Devlet Kuramı**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Şubat 2020.

Hindelang Steffen, Krajewski Markus, “Towards a More Comprehensive Approach in International Investment Law”, **Shifting Paradigms in International Investment Law More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified**, Editörler, Steffen Hindelang, Markus Krajewski, USA, Oxford University Press, 2016.

Jarrett Martin, **Contributory Fault and Investor Misconduct in Investment Arbitration**, Cambridge University Press, 2019.

Johnson Lise, Sachs Lisa, “Trends in International Investment Agreements, 2011-2012: A Review of Trends and New Approaches”, **Yearbook on International Investment Law & Policy 2012-2013**, Editör Andrea K. Bjorklund, USA, Oxford University Press, 2014.

Karaoğlu Ali Osman, **Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2019.

Kingsbury Benedict, Schill Stephan W., “Public Law Concepts to Balance Investors’ Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest- the Concept of Proportionality”, **International Investment Law and Comparative Public Law**, Editör, Stephan W. Schill, USA, Oxford University Press, 2010.

Klatt Matthias, Meister Moritz, **The Constitutional Structure of Proportionality**, Oxford University Press, Reprinted 2014.

Knoll-Tudor Ioana, “The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms”, **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, Editörler, PM Dupuy, F Francioni, EU Petersmann, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Kriebaum Ursula, “Human Rights and International Investment Law”, **Research Handbook on Human Rights and Investment**, Editör, Yannick Radi, Edward Elgar Publishing, 2018.

Krommendijk Jasper, Morijn John, “‘Proportional’ by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration”, **Human Rights in International**

Investment Law and Arbitration, Editörler, PM Dupuy, F Francioni, EU Petersmann, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Liberti Lahra, “The Relevance of Non-Investment Treaty Obligations in Assessing Compensation”, **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, Editörler, PM Dupuy, F Francioni, EU Petersmann, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Moutier-Lopet Anaïs, “Contribution to the Injury”, **The Law of International Responsibility**, Editörler, James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010.

Mouyal Lone Wandahl, **International Investment Law and the Right to Regulate A Human Rights Perspective**, Routledge Research in International Economic Law, 1. Baskı, New York, Routledge, 2016.

Muchlinski Peter, “Negotiating New Generation International Investment Agreements New Sustainable Development Oriented Initiatives”, **Shifting Paradigms in International Investment Law More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified**, Editörler, Steffen Hindelang, Markus Krajewski, USA, Oxford University Press, 2016.

Muchlinski Peter T., “Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalizing World”, **The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options**, Editörler, Jose E. Alvarez, Karl P. Sauvant, Katkıda Bulunanlar, Kamil Gerard Ahmed, Gabriela P. Vizcaino, USA, Oxford University Press, 2011.

Newcombe Andrew, “Investor misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits?”, **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Editörler, Chester Brown, Kate Miles, New York, Cambridge University Press, 2011.

Öktem Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, Şubat 2013.

Özcan Mehmet Tevfik, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti Hukuk Devletin Koşulları Üzerine Bir Deneme**, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2017.

Pauwelyn Joost, **Conflict of Norms in Public International Law How WTO Law Relates to Other Rules of International Law**, USA, Cambridge University Pres, 2003.

Pazarcı Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 10. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.

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

Saul Ben, Kinley David, Mowbray Jaqueline, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Cases, Materials, and Commentary**, USA, Oxford University Press, 2014.

Schreuer Christoph H., Malintoppi Loretta, Reinisch August, Sinclair Anthony, **The ICSID Convention: A Commentary**, Cambridge University Press, 2009.

Shaw Malcolm N., **International Law**, 8. Baskı, United Kingdom, Cambridge University Press, 2017.

Shaw Malcom N., **Uluslararası Hukuk**, 8. Baskı, Çevirenler, Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek, Türkiye Bilimler Akademisi, 2019.

Singh Kavaljit, “An Analysis of India’s New Model Bilateral Investment Treaty”, **Rethinking Bilateral Investment Treaties Critical Issues and Policy Choices**, Editörler, Kavaljit Singh, Burghard Ilge, This book is jointly published by Both Ends, Madhyam, SOMO, 2016.

Snowdon Brian, Vane Howard R., **Modern Makroekonomi Temelleri, Gelişimi ve Bugünü**, Çeviri Editörü Barış Kablamacı, İkinci Basım, Ankara, Efil Yayınevi, Mart 2020.

Sornarajah M., **The International Law on Foreign Investment**, 3. Baskı, United States, Cambridge University Press, 2012.

Stiglitz Joseph E., **Serbest Düşüş Amerika, Serbest Piyasalar ve Dünya Ekonomisinin Çöküşü**, Çeviren Emre Ozan, Birinci Baskı, İstanbul, Gündoğan Yayınları, Hiperlink Yayınları, Aralık 2012.

Terzi Burak, **Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezleri Dizisi No: 16, İstanbul, On İki Levha Yayınları, Aralık 2019.

Tiryakioğlu Bilgin, **Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması**, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık, Temmuz 2003.

Toral Mehmet, Schultz Thomas, “The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations”, **The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality**, Editörler, Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin, Great Britain, Kluwer Law International, 2010.

Uyar Lema, **Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006**, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Eylül 2006.

Uygun Oktay, **Devlet Teorisi**, 3. Baskıdan 4. Tıpkı Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2017.

Yıldırım Engin, “Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, **Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI**

Bildiriler, Birinci Baskı, Türkiye Petrol Kimya Lastik İşçileri Sendikası Yayını: 119 (Petrol-İş Dergisi'nin ekidir), Kasım 2014.

Yüksel Cüneyt, **Uluslararası Hukuk ve Ekonomik Kalkınma**, İstanbul, Alfa, 1. Basım, Şubat 2020.

Weiniger Matthew, "Jurisdiction Challenges in BIT Arbitrations – Do You Read a BIT by Reading a BIT or by Reading into a BIT?", **Pervasive Problems in International Arbitration**, Editörler, Loukas A. Mistelis, Julian D. M. Lew, Kluwer Law International, 2006.

MAKALELER

Abel Patrick, "Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration Fallacies and Potentials of the 2016 ICSID Urbaser v. Argentina Award", **Brill Open Law**, Yıl. 2018, Volume 1, Issue 1, ss. 61-90.

Aktan Coşkun Can, Vural İstiklal Y., "Kurumsal Sosyal Sorumluluk (Uluslararası Kuruluşlar ve Hükümet-Dışı Organizasyonlar Tarafından Sürdürülen Başlıca Girişimler)", **Çimento İşveren Dergisi**, Yıl. Mayıs-2007, Cilt. 21, Sayı. 3, ss.4-22.

Ambast Sanhita, "Human rights protections in India's Model BIT: a BIT left to go", **Indian Journal of International Law**, Yıl. 2017, Volume. 57, Issue. 1-2, ss.121-145.

Argyropoulou Venetia, "Convergence and Divergence Between International Investments Law and Human Rights Law, in the Context of the Greek Sovereign Debt Restructuring", **The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law**, Yıl. 15 Mart 2018, Volume.11, Issue.1, Article.7, ss. 165-206.

Ataman-Figanmeşe İnci, "Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of "Arbitration Without Privity"", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Yıl. 2011, Cilt.43, Sayı.60, ss.187-201.

Avşar Melis, "ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl.2017, Cilt.37, Sayı. 2, ss.95-140.

Besirevic Violeta, "Catch me if you can': Reflections on legal (un)accountability of transnational corporations for human rights violations", **PRAVNI ZAPISI**, Yıl. 2018, God. IX, br. 1, ss.21-42.

Choudhury Barnali, "Spinning Straw Into Gold: Incorporating The Business And Human Rights Agenda Into International Investment Agreements", **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Yıl.2017, Volume.38, Issue.2, ss.425-481.

Crawford James, "Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility", **ICSID Review**, Yıl. Spring 2010, Volume.25, Issue.1, ss.127-199.

Crow Kevin, Lorenzoni Escobar Lina, “International Corporate Obligations, Human Rights, and The *Urbaser* Standard: Breaking New Ground?”, **Boston University International Law Journal**, Yıl.2018, Volume.36, Issue.1, ss. 87-118.

d’Aspremont Jean, Tranchez Elodie, “The Quest for a Non-conflictual Coexistence of International Human Rights Law and Humanitarian Law: Which Role for the *lex specialis* Principle?”, **Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law**, Editörler, Robert Kolb, Gloria Gaggioli, Edward Elgar Publishing, 2013, ss.223-250.

De Schutter Olivier, “Towards a New Treaty on Business and Human Rights”, **Business and Human Rights Journal**, Yıl. 2015, Volume 1, Issue 1, ss.41-67.

Demirkol Berk, “International Law and Practice Non-treaty Claims in Investment Treaty Arbitration”, **Leiden Journal of International Law**, Yıl. Mart 2018, Volume. 31, Issue. 1, ss.59-91.

Demirkol Berk, “Yatırım Tahkiminde Yatırımcının Hukuka Aykırı Davranışı ve Yukos v Rusya Davasındaki Müterafik Kusur Uygulaması”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl. 2015, Cilt. 31, Sayı. 3, ss.77-110.

Denk Erdem, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Yıl. 2001, Cilt. 56, Sayı. 2, ss. 43-70.

Denters Erik, Gazzini Tarcisio, “The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment”, **Journal of World Investment & Trade**, Yıl.2017, Volume. 18, Issue. 3, ss.449-492.

Douglas Zachary, “The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration”, **ICSID Review**, Yıl. 2014, Cilt. 29, Sayı. 1, ss.155-186.

Dumberry Patrick, Dumas-Aubin Gabrielle, “The Doctrine of “Clean Hands” and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law”, **Transnational Dispute Management Special Issue: Aligning Human Rights and Investment Protection**, Editör, Ursula Kriebaum, Yıl. January 2013, Vol. 10, Issue. 1.

Efe Dünder, “Uluslararası Ticaret Hukukunda Doğrudan Yabancı Yatırımlar ve Çok Uluslu Şirketler İncelemesi”, **Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi**, Yıl. Ocak 2014, Cilt. 11, Sayı. 41, ss. 273-282.

Gazzini Tarcisio, The 2016 Morocco–Nigeria BIT: An Important Contribution to the Reform of Investment Treaties, **Investment Treaty News**, Yıl. 2017, Volume. 8, Issue. 3.

Gemalmaz Mehmet Semih, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl. 1990, No.18, ss.155-164.

Gemalmaz Mehmet Semih, “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Üzerine Düşünceler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl. 1987, Cilt.7, Sayı.2, ss.131-146.

Guntrip Edward, “Private Actors, Public Goods and Responsibility for the Right to Water in International Investment Law: An Analysis of *Urbaser v. Argentina*”, **Brill Open Law**, Yıl.2018, Volume.1, Issue.1, ss.37-60.

Hang Sharon, Investing in Human Rights: Using Bilateral Investment Treaties To Hold Multinational Corporations Liable for Labor Rights Violations, **Fordham International Law Journal**, Yıl.2014, Volume. 37, Issue. 4, Article. 2, ss. 1215–1264.

Hirsch Moshe, “Interactions between Investment and Non-Investment Obligations in International Investment Law”, **Published by the International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty**, Research Paper No.14-06, November 2006.

Ishikawa Tomoko, “Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration”, Symposium on Investor Responsibility: the Next Frontier in International Investment Law, **AJIL Unbound**, Yıl. 2019, Volume 113, ss. 33-37.

Kaldunski Marcin, “Principle of Clean Hands and Protection of Human Rights in International Investment Arbitration”, **Polish Review Of International and European Law**, Yıl. 2015, Volume. 4, Issue. 2, ss. 69-101.

Karamanian Susan L., “The Place Of Human Rights in Investor–State Arbitration”, **Lewis & Clark Law Review**, Yıl. 2013, Vol. 17:2, ss.423-447.

Kaya Talat, “Uluslararası Hukuk Bölünüyor Mu? Uluslararası Hukukun Genişlemesi ve Farklılaşmasından Kaynaklanan Zorluklar”, **AÜHFD**, Yıl. 2012, Cilt. 61, Sayı. 1, ss.149-173.

Kıvılcım Zeynep, “Ulus-Aşırı Şirketler ve İnsan Hakları: Bakü-Tiflis- Ceyhan Boru Hattı Örneği”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Yıl. 2010, Cilt. 65, Sayı. 03, ss.87-122.

Kidane Won, “Contemporary International Investment Law Trends and Africa’s Dilemmas in the Draft Pan-African Investment Code”, **The George Washington International Law Review**, Yıl.2018, Volume.50, Number.3, ss.523-579.

Kinley David, Tadaki Junko, “From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law”, **Virginia Journal of International Law**, Yıl. 2004, Vol. 44, No. 4, ss. 931-1023.

Krajewski Markus, “A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application”, **Business and Human Rights Journal**, Yıl. 2020, Volume.5, Issue.1, ss. 105-129.

Kriebaum Ursula, “Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration”, **The Journal of World Investment & Trade**, Yıl.2009, Volume. 10, Issue. 5, ss. 653-677.

Kryvoi Yaraslau, “Counterclaims in Investor-State Arbitration”, **Minnesota Journal of International Law**, Yıl. 2012, Volume. 21, Issue. 2, ss.216-252.

Lalive Pierre, Halonen Laura, “On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, **Czech Yearbook of International Law**, Yıl.2011, Volume. 2, ss.141-156.

Levashova Yulia, “The Accountability and Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations for Transgressions in Host States through International Investment Law”, **Utrecht Law Review**, Yıl.2018, Volume. 14, Issue. 2, ss.40-55.

Mbengue Makane Moïse, Special Issue: Africa and the Reform of the International Investment Regime *An Introduction*, **The Journal of World Investment & Trade**, Yıl. 2017, Volume. 18, Issue. 3, ss.371-378.

Mbengue Makane Moïse, Schachere Stefanie, “The ‘Africanization’ of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime”, **Journal of World Investment & Trade**, Yıl. 2017, Volume. 18, Issue. 3, ss.414–448.

Moloo Rahim, Khachaturian Alex, “The Compliance With The Law Requirement in International Investment Law”, **Fordham International Law Journal**, Yıl. 2011, Volume.34, ss.1473-1501.

Monebhurrun Nitish, “Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model”, **Journal of International Dispute Settlement**, Yıl. 2017, Volume. 8, Issue.1, ss.79–100.

Monebhurrun Nitish, “Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law”, **Brazilian Journal of International Law**, Yıl.2017, Volume.14, No.2, ss.50-73.

Moraes Henrique Choer, Hees Felipe, “Breaking the BIT Mold: Brazil's Pioneering Approach to Investment Agreements”, Symposium on the Brics Approach to the Investment Treaty System, **AJIL Unbound**, Yıl. 2018, Volume. 112, ss. 197-201.

Morosini Fabio, Sanchez Badin Michelle Ratton, “The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?”, **Investment Treaty News**, Yıl. Ağustos 2015, Volume 6, Issue 3.

Muchlinski Peter, “Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair And Equitable Treatment Standard”, **International and Comparative Law Quarterly**, Yıl.2006, Volume.55, Issue. 03, ss.527-558.

Nowrot, Karsten “Corporate Legal and Social Responsibility as an Issue of International Investment Agreements: A Suitable Role Model for the WTO Legal Order?”, **Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie**, Yıl. Mart 2020, Heft 32.

Nowrot Karsten, “How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law?”, **The Journal of World Investment and Trade**, Yıl.2014, Volume.15, Issue. 3-4, ss.612-644.

Paine Joshua, “Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru Judging the Social License of Foreign Investments and Applying New Style Investment Treaties”, **ICSID Review**, Yıl. 2018, Volume.33, No.2, ss.340-348.

Romero Cesar, “What Are the Consequences of the Denunciation of the ICSID Convention to Investor-State Arbitration in Latin America?”, **Transnational Dispute Management**, Yıl. Kasım 2016, Volume.13, Issue.5.

Santacroce Fabio Giuseppe, “The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes”, **ICSID Review**, Yıl. 2019, Volume.34, No.1, ss.136-155.

Schill Stephan W., “Illegal Investments in Treaty Arbitration”, **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, Yıl. 2012, Cilt. 11, Sayı. 2, ss. 281-323.

Sheffer Megan W., “Bilateral Investment Treaties: A Friend or a Foe to Human Rights?”, **Denver Journal of International Law and Policy**, Yıl.2011, Volume.39, Issue.3, ss.483-521.

Simma Bruno, “Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights”, **International and Comparative Law Quarterly**, Yıl. Temmuz 2011, Vol. 60, ss.573-596.

Simons Penelope C., “Corporate Voluntarism and Human Rights The Adequacy and Effectiveness of Voluntary Self-Regulation Regimes”, **Relations Industrielles/Industrial Relations**, Yıl. 2004, Volume. 59, No.1, ss. 101-141.

Söderlund Christer, Burova Elena, “Is There Such a Thing as Admissibility in Investment Arbitration?”, **ICSID Review**, Yıl. 2018, Cilt.33, Sayı.2, ss.525-559.

Steininger Silvia, “International Law and Practice What’s Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration”, **Leiden Journal of International Law**, Yıl. 2018, Volume 31, Issue 1, ss.33-58.

Stiglitz Joseph E., “Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities”, **American University International Law Review**, Yıl. 2007, Volume. 23, Issue. 3, ss. 451-558.

Sunay Reyhan, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl. 2015, Cilt. 23, Sayı. 1, ss.9-53.

Van Der Zee Eva, “Incorporating the OECD Guidelines in International Investment Agreements: Turning a Soft Law Obligation into Hard Law?”, **Legal Issues of Economic Integration**, Yıl. 2013, Volume. 40, Number. 1, ss.33-72.

Veenstra-Kjos Hege Elisabeth, “Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration”, **Transnational Dispute Management**, Yıl.2007, Volume.4, Issue.4.

Vohryzek-Griest Ana, “State Counterclaims in Investor-State Disputes: A History of 30 years of Failure”, **15 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Yıl. 2009, ss.83-124.

Zugliani Niccolò, “Human Rights in International Investment Law: The 2016 Morocco–Nigeria Bilateral Investment Treaty”, **International & Comparative Law Quarterly**, Yıl.Temmuz 2019, Volume. 68, Issue. 3, ss.761-770.

TEZLER

Guntrip Edward John, **The ‘De-Fragmentation’ of International Investment Law And International Human Rights Law: A Procedural Basis For A Host State Human Rights Defence in ICSID Arbitration**, Brunei University School of Law Ph.D. Thesis, Ağustos 2013.

İspirli Armağan Merve, **Uluslararası Hukukta Çok Uluslu Şirketler ve İnsan Hakları Yükümlülükleri**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

Oral Elif, **Legal Grounds For Holding Transnational Corporations Directly Responsible For Human Rights Violations Under Public International Law**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, Kasım 2015.

Tercan Mithat, **Devletin Yatırım Dışı Yükümlülükleri Bağlamında ICSID Tahkiminde Üçüncü Kişilerin Tahkim Yargılamasına Müdahalesinin İncelenmesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.

İÇTİHAT

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu

The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria, African Commission on Human and Peoples’ Rights Communication No. 155/96 (2001).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

X and Y v. Netherlands, Appl. No. 8978/80, 26.03.1985.

Yatırım Tahkimi Kararları

Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi, ICSID Dava No. ARB/01/2, Karar, 21 Haziran 2012.

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Dava No. ARB/01/12, Karar, 14 Temmuz 2006.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Dava No. ARB/14/21, Karar, 30 Kasım 2017.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Dava No. ARB/14/21, Karar, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, 30 Kasım 2017.

Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, 95 ILR 183.

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Dava No. ARB/01/08, Karar, 12 Mayıs 2005.

El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Dava No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 Nisan 2006.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Dava No. ARB/03/25, Karar, 16 Ağustos 2007.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Dava No. ARB/03/25, Karar, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, 16 Ağustos 2007.

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Dava No. ARB/07/24, Karar, 18.6.2010.

Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Dava No. ARB/03/26, Karar, 2 Ağustos 2006.

Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Dava No. ARB/08/18, Karar, 7 Şubat 2011.

Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Dava No. ARB/10/3, Karar, 4 Ocak 2013.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Dava No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 Mart 2007.

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Dava No. ARB/06/11, Karar, 5 Ekim 2012.

Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Dava No. ARB/10/7, Karar, 8 Temmuz 2016.

Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Dava No. ARB/10/7, Concurring and Dissenting Opinion, Mr. Gary Born, Arbitrator, 8 Temmuz 2016.

Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Dava No. ARB/06/5, Karar, 15 Nisan 2009.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Dava No. ARB/03/24, Karar, 27 Ağustos 2008.

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 Mayıs 2004.

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 Mart 2006.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Dava No. ARB/02/16, Karar, 28 Eylül 2007.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Dava No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 Ocak 2004.

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Dava No. ARB/06/1, Declaration, 28 Kasım 2011.

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Dava No. ARB/06/1, Karar, 7 Aralık 2011.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Dava No. ARB (AF)/00/2, Karar, 29 Mayıs 2003.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Dava No. ARB/07/26, Karar, 8 Aralık 2016.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Dava No. 2005-04/AA227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 Kasım 2009.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Dava No. 2005-04/AA227, Nihai Karar, 18 Temmuz 2014.

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Dava No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27 Eylül 2012.

Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Dava No. ARB(AF)/98/2, Dissenting Opinion of Keith Highet, 8 Mayıs 2000.

White Industries Australia Limited v. The Republic of India, UNCITRAL, Final Award, 30 Kasım 2011.

ULUSLARARASI BELGELER

AİHS, bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim tarihi:19.02.2020).

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201144/volume-1144-I-17955-English.pdf> (erişim tarihi:26.03.2020).

Arjantin-İspanya İkili Yatırım Anlaşması, bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/154/argentina---spain-bit-1991-> (erişim tarihi: 24.03.2020).

Arjantin-Katar İkili Yatırım Anlaşması, bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5383/download> (erişim tarihi: 01.04.2020).

Belçika Lüksemburg Ekonomik Birliği (*Belgium-Luxembourg Economic Union*)-Burundi İkili Yatırım Anlaşması, bkz. <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw8962.pdf> (erişim tarihi: 23.04.2020).

Benin-Kanada İkili Yatırım Anlaşması, bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/438/download> (erişim tarihi: 02.04.2020).

Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Haklarına İlişkin Bağlayıcı Andlaşma Hazırlığı, 16 Temmuz 2018 Tarihli İlk Taslak Metin (*Zero Draft*), bkz. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWGRevisedDraft_LBI.pdf (erişim tarihi: 23.02.2020).

Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Haklarına İlişkin Bağlayıcı Andlaşma Hazırlığı, 16 Temmuz 2019 Tarihli İkinci Taslak Metin, bkz. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWGRevisedDraft_LBI.pdf, (erişim tarihi: 23.02.2020).

Birleşmiş Milletler Küresel Paketi (*UN Global Compact*), bkz. <https://www.globalcompactturkiye.org/10-ilke/> (erişim tarihi: 20.02.2020).

Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (UNCTAD) “Sürdürülebilir Kalkınma için Yatırım Politikası Çerçevesi (IPFSD), bkz. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf (erişim tarihi: 31.03.2020).

Birleşmiş Milletler Ulus-aşırı ve Diğer Şirketlerin İnsan Hakları Alanındaki Sorumluluğu ile İlgili Normlar (*The UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights*), bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/501576> (erişim tarihi: 20.02.2020).

Brezilya- Etiyopya Yatırımda İş Birliği ve Yatırımın Kolaylaştırılması Anlaşması, bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5717/download> (erişim tarihi: 11.04.2020).

Çin- Macaristan İkili Yatırım Anlaşması, bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/740/download> (erişim tarihi: 20.03.2020).

Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Sorumluluğuna İlişkin Maddeler (*Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*), bkz. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (erişim tarihi: 23.04.2020).

EFTA Devletleri- Bosna Hersek Serbest Ticaret Anlaşması, bkz. <https://www.efta.int/media/documents/legal-texts/free-trade-relations/bosnia-and-herzegovina/bosnia-and-herzegovina-fta.pdf> (erişim tarihi: 01.04.2020).

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*), bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/08/20030811.htm#4> (erişim tarihi: 26.03.2020).

Energy Charter Treaty, bkz. https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-Positive_Annex_W.pdf (erişim tarihi: 23.04.2020).

Estonya- ABD İkili Yatırım Anlaşması, bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1161/download> (erişim tarihi: 21.03.2020).

Fas-Nijerya İkili Yatırım Anlaşması, bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download> (erişim tarihi: 08.04.2020).

Güney Afrika Kalkınma Topluluğu Model İkili Yatırım Anlaşması Şablonu (*SADC Model Bilateral Investment Treaty Template*), bkz. <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf> (erişim tarihi: 06.04.2020).

Hindistan Model İkili Yatırım Anlaşması, Nisan 2015, bkz. <https://arbitrationlaw.com/library/model-text-indian-bilateral-investment-treaty-draft-2015> (erişim tarihi: 10.04.2020).

Hindistan Model İkili Yatırım Anlaşması, Aralık 2015, bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3560/download> (erişim tarihi: 10.04.2020).

ICSID Konvansiyonu, bkz. tbbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf (erişim tarihi: 09.03.2020).

ICSID Tahkim Kuralları, bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf> (erişim tarihi: 16.03.2020).

ILO Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politikaya ilişkin İlkeler Üçlü Bildirgesi (*The Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*), Bildirgenin en son 2017 yılında değişikliğe uğramış İngilizce tam metni için bkz. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf (erişim tarihi: 20.02.2020).

ILO'nun Yerli ve Kabile Halklarına ilişkin 169 No'lu Sözleşmesi (*Indigenous and Tribal Peoples Convention*), bkz. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312314:NO (erişim tarihi: 15 Mart 2020).

İnsan Hakları Evrensel Beyanname, bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> (erişim tarihi: 26.03.2020).

İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler Birleşmiş Milletler “Koruma, Saygı Gösterme ve Çare Bulma” Çerçevesinin Uygulanması (*Guiding Principles on Business and Human Rights Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*), bkz. https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf (erişim tarihi: 21.02.2020).

Kanada-Burkina Faso İkili Yatırım Anlaşması, bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3557/burkina-faso---canada-bit-2015-> (erişim tarihi: 01.04.2020).

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, bkz. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaraIliskinSozlesme.pdf> (erişim tarihi: 26.03.2020).

Norveç Taslak Model BIT, 2007, bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2873/download> (erişim tarihi: 23.04.2020).

Norveç Taslak Model BIT, 2015, bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3350/download> (erişim tarihi: 23.04.2020).

OECD Çok Uluslu Şirketler için Rehber İlkeler (*The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*), Rehber ilkelerin en son 2011 yılında güncellenen İngilizce tam metni için bkz. <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf> (erişim tarihi: 20.02.2020).

Pan-Afrikan Yatırım Kodu, bkz. https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-draft_pan-african_investment_code_december_2016_en.pdf (erişim tarihi: 04.04.2020).

Türkiye- Hollanda İkili Yatırım Anlaşması, bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2661/netherlands---turkey-bit-1986-> (erişim tarihi: 28.02.2020).

Türkiye- Kamboçya İkili Yatırım Anlaşması, Anlaşmanın tam metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5833/download>, (erişim tarihi: 16.02.2020).

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, İngilizce metni için bkz. <https://www.icj-cij.org/en/statute> (erişim tarihi: 17.02.2020).

UNCITRAL Tahkim Kuralları, bkz. <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf> (erişim tarihi: 16.03.2020).

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, bkz. <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf> (erişim tarihi: 22.02.2020).

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

“A rising tide lifts all boats”, **Wikipedia The Free Encyclopedia**, bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/A_rising_tide_lifts_all_boats#cite_note-8 (erişim tarihi: 15.05.2020).

Albayrak Gökhan, “Bir Dengeleme Sanatı Olarak Uluslararası Hukuk: Uluslararası Yatırım Hukuku Örneği”, **7. Uludağ Uluslararası İlişkiler Konferansı**, Bursa, 21-22 Ekim 2015, https://www.academia.edu/17275499/Bir_Dengeleme_Sanatı_Olarak_Uluslararası_Hukuk_Uluslararası_Yatırım_Hukuku_Örneği_7_Uludağ_Uluslararası_İlişkiler_Konferansı_21.10.2015_Bursa (erişim tarihi: 12.06.2020).

Amnesty International, **Nigeria: Petroleum, Pollution and Poverty in The Niger Delta**, United Kingdom, Amnesty International Publications, 2009, bkz. <https://www.amnesty.org/en/documents/AFR44/017/2009/en/> (erişim tarihi: 12.06.2020).

An official website of the European Union, bkz. <https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/> (erişim tarihi: 31.03.2020).

Atanasova Dafina, Martínez Carlos Adrián, Ostránský Benoit Josef, “Counterclaims in Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Under International Investment Agreements (IIAS)”, The Graduate Institute, Geneva, Centre For Trade and Economic Integration, **Trade and Investment Law Clinic Papers 2012**, bkz. <https://repository.graduateinstitute.ch/record/296913> (erişim tarihi: 12.06.2020).

Berge Tarald Laudal, Alschner Wolfgang, “Reforming Investment Treaties: Does treaty design matter?”, **Investment Treaty News**, 17 Ekim 2018, bkz. <https://iisd.org/itn/2018/10/17/reforming-investment-treaties-does-treaty-design-matter-tarald-laudal-berge-wolfgang-alschner/> (erişim tarihi: 30.03.2020).

Choudhury Barnali, “Investor Obligations for Human Rights”, 9 Aralık 2019, ICSID Review (Forthcoming), bkz. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3500991 (erişim tarihi: 01.05.2020).

Cossart Sandra, Chatelain Lucie, “Key Legal Obstacles around Jurisdiction for Victims Seeking Justice Remain in the Revised Draft Treaty”, **Sherpa**, 4 Kasım 2019, bkz. <https://www.asso-sherpa.org/key-legal-obstacles-around-jurisdiction-for-victims-seeking-justice-remain-in-the-revised-draft-treaty> (erişim tarihi: 23.02.2020).

De Brabandere Eric, “Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, **Grotius Centre Working Paper Series**, No 2018/078-IEL- 8 October 2018, bkz. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3264167## (erişim tarihi: 23 Nisan 2020).

De Brabandere Eric, “Human Rights and International Investment Law”, **Grotius Centre Working Paper Series**, No 2018/075-HRL-26 Mart 2018, bkz. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3149387 (erişim tarihi: 02.05.2020).

Dubin Laurence, “Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties”, **Investment Treaty News**, 21 Aralık 2018, bkz. <https://www.iisd.org/itn/2018/12/21/corporate-social-responsibility-clauses-in-investment-treaties-laurence-dubin/> (erişim tarihi: 04.04.2020).

Ertan İzzet Mert, “Ömür Boyu Hapis: Gizli Ölüm Cezası”, **Bianet**, 21 Ekim 2014, bkz. <https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/159297-omur-boyu-hapis-gizli-olum-cezasi> (erişim tarihi: 23.02.2020).

Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, **Yearbook of the International Law Commission**, Yıl. 2006, Volume 2, Part 2.

Friedman Milton, “The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits”, **The New York Times Magazine**, September 13, 1970, bkz. <http://umich.edu/~thecore/doc/Friedman.pdf> (erişim tarihi:19.02.2020).

Guntrip Edward, “Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?”, **EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law**, 10 Şubat 2017, bkz. <https://www.ejiltalk.org/urbaser-v-argentina-the-origins-of-a-host-state-human-rights-counterclaim-in-icsid-arbitration/> (erişim tarihi:26.03.2020).

Jacob Marc, “International Investment Agreements and Human Rights”, **INEF Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development**, 03.2010, bkz. http://www.humanrights-business.org/international_investment_agreements_and_human_rights.pdf (erişim tarihi: 12.06.2020).

Krajewski Markus, “Human Rights in International Investment Law: Recent Trends in Arbitration and Treaty-Making Practice”, 15 Nisan 2018, bkz. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3133529 (erişim tarihi: 23.02.2020).

Mann Howard, “International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities”, **International Institute for Sustainable Development**, Prepared for: Prof. John Ruggie, UN Special Representative to the Secretary General for Business and Human Rights, February 2008, bkz. https://www.iisd.org/pdf/2008/iaa_business_human_rights.pdf (erişim tarihi:12.06.2020).

Mann Howard, The SADC MODEL BIT Template: Investment for Sustainable Development, **Investment Treaty News**, 30 Ekim 2012, bkz. <https://iisd.org/itn/2012/10/30/the-sadc-model-bit-template-investment-for-sustainable-development/> (erişim tarihi: 06.04.2020).

Most Recent IIAs, bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (erişim tarihi: 24.02.2020).

OECD Guidelines for Multinational Enterprises, National Contact Points, bkz. <https://mneguidelines.oecd.org/ncps/> (erişim tarihi: 20.02.2020).

Peterson Luke Eric, Gray Kevin R., “International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration”, **A Research paper prepared by the International Institute for Sustainable Development (IISD) for the Swiss Department of Foreign Affairs**, Nisan 2003, bkz. https://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf (erişim tarihi: 24.02.2020).

The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2020-1), <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202020-1%20Edition-ENG.pdf> (erişim tarihi: 16.03.2020).

Thielborger Pierre, Manandhar Timeela, “Bending the Knee or Extending the Hand to Industrial Nations? A Comment on the New Draft Treaty on Business and Human Rights”, **EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law**, 23 Ağustos 2019, bkz. <https://www.ejiltalk.org/bending-the-knee-or-extending-the-hand-to-industrial-nations-a-comment-on-the-new-draft-treaty-on-business-and-human-rights/>, (erişim tarihi: 23.02.2020).

Uluslararası Af Örgütü (*Amnesty International*), bkz. <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/corporate-accountability/> (erişim tarihi: 16.02.2020).

Uluslararası Af Örgütü, Nijerya: Ogoni’de dokuz aktivistin keyfi infazında suç ortağı olan Shell şirketi Hollanda’da yeni bir dava ile karşı karşıya, 3 Temmuz 2017, <https://www.amnesty.org.tr/icerik/nijerya-ogonide-dokuz-aktivistin-keyfi-infazinda-suc-ortagi-olan-shell-sirketi-hollandada-yeni-bir-dava-ile-karsi-karsiya> (erişim tarihi: 16.02.2020).

UNCTAD, **World Investment Report 2017**, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf (erişim tarihi: 23.04.2020).

Yılmaz-Vastardis Anıl, “Is International Investment Law moving the ball forward on IHRL obligations for business enterprises?”, **EJIL: TALK Blog of the European Journal of International Law**, 15 Mayıs 2017, bkz. <https://www.ejiltalk.org/is-international-investment-law-moving-the-ball-forward-on-ihrl-obligations-for-business-enterprises/> (erişim tarihi: 28.03.2020).

Waibel Michael, “Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility”, **University of Cambridge Faculty of Law Research Paper**, Yıl. 2014, Paper No. 9, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2391789 (erişim tarihi: 12.06.2020).

What is the ILO MNE Declaration?, bkz. https://www.ilo.org/empent/areas/mne-declaration/WCMS_570332/lang--en/index.htm (erişim tarihi: 20.02.2020).

RAPORLAR, KARARLAR, YORUMLAR

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER

UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Statement on the Obligations of States Parties Regarding the Corporate Sector and Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/2011/1, 12 July 2011, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/715883#record-files-collapse-header> (erişim tarihi: 20.02.2020).

UN Commission on Human Rights, Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, E/CN.4/2006/97, 22 February 2006, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/569408?ln=en> (erişim tarihi: 21.02.2020).

UNGA Human Rights Council, Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/8/5, 7 April 2008, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/625292?ln=ar> (erişim tarihi: 24.04.2020).

UN Commission On Human Rights, Report Of The Sub-Commission on The Promotion and Protection of Human Rights, Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights, E/CN.4/2005/91, 15 Şubat 2005, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/542041> (erişim tarihi: 23.04.2020).

UNGA International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From The Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/574810?ln=en> (erişim tarihi: 22.02.2020).

UNGA Human Rights Council, Resolution adopted by the Human Rights Council, 26/9 Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights, A/HRC Res. 26/9, 14 July 2014, bkz. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/52/PDF/G1408252.pdf?OpenElement> (erişim tarihi: 23.02.2020).

UNGA, Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010, 64/292. The human right to water and sanitation, A/RES/64/292, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/687002?ln=en> (erişim tarihi: 24.04.2020).

UN Commission on Human Rights, Human rights, trade and investment, Report of the High Commissioner for Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2003/9, 2 July 2003, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/500177> (erişim tarihi: 24.04.2020).

UNGA Human Rights Council, Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order, Alfred Maurice de Zayas, A/HRC/30/44, 14 Temmuz 2015, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/803449> (erişim tarihi: 24.04.2020).

UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 24 (2017) on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities, E/C.12/GC/24, 10 Ağustos 2017, bkz. <https://digitallibrary.un.org/record/1304491> (erişim tarihi: 01.05.2020).

Diğer

European Parliament resolution of 5 July 2016 on a new forward-looking and innovative future strategy for trade and investment (2015/2105(INI)), bkz. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0299_EN.html (erişim tarihi: 31.02.2020).

ÖZGEÇMİŞ

Betül Karagedik 1994 yılında İstanbul'da doğmuştur. İlk, orta ve lise öğrenimini İstanbul'da tamamlamıştır. 2012 yılında başladığı İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2016 yılında mezun olmuştur. Bir sene İstanbul Barosu'na bağlı olarak stajyer avukatlık yaptıktan sonra 2017 yılı Eylül ayında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı'nda yüksek lisans eğitimine başlamıştır. 2018 yılında Kırklareli Üniversitesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaya başlamıştır. Aynı yıl YÖK'ün hami üniversite uygulaması gereği, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı'na yatay geçiş yapmıştır. Yine aynı uygulama kapsamında araştırma görevlisi olarak kadro tahsisi yapılan Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı'nda görevine devam etmektedir. 2019 yılında Haziran ile Eylül ayları arasında Liverpool Üniversitesi'nde yüksek lisans tez araştırması kapsamında bulunmuştur. İyi derecede İngilizce ve başlangıç derecesinde Fransızca bilmektedir.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Betül Karagedik
Tez Başlığı : Uluslararası Yatırım Hukukunda Yatırımcının İnsan Hakları Yükümlülüğü
Savunma Tarihi : ...04. / ...09. / 2020....
Danışmanı : Doçent Dr. Birden Güngören Bulgan

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Doçent Dr. Birden Güngören Bulgan
Profesör Dr. Akif Emre Öktem
Profesör Dr. Cüneyt Yüksel

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK
Enstitü Müdürü