

ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA ATFEDİLEBİLİRLİK

1. Genel Olarak

Yatırım tahkiminin temeli, devletin yabancı yatırımcılara karşı gerçekleştirdiği ve ilgili yatırım hukuku kuralına aykırı olan eylem ve işlemlerinden sorumlu olmasıdır. Bu durum iki ana soruyu beraberinde getirmektedir; devletin yükümlülükleri nelerdir ve hangi eylem ve işlemler devlete atfedilebilir? Bu makalede ikinci sorunun cevabı tartışılacaktır.

Devletler, hukuk düzeni içerisinde kendilerine kişilik “atfedilen/atfedilebilen” ve, kural olarak, organlar aracılığı ile hareket eden varlıklar olarak, hukuksal işlemleri gerçekleştirebilirler, hak ve yükümlülük sahibi olabilirler ve mahkemeler önünde davalı veya davacı olarak yargılanabilirler. Uluslararası hukuk da tüzel kişilikler olarak devletleri, hukuka aykırı gerçekleştirdikleri icrai ya da ihmali eylemlerinden dolayı sorumlu tutmaktadır.¹ J. Crawford’un da belirttiği gibi atıf kuralları “devlet sektörünü”, “devlet dışı sektörden” ayırt edebilmede kilit bir rol oynamaktadır.

Uluslararası sorumluluğun ikincil nitelikte kurallarına ilişkin kuralları yansıtan ve teamül hukuki niteliği kazandığı söylenebilecek Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu (“ILC”) tarafından 2001 yılında kabul edilen Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni (“**ARSIWA**”)’nin 2’nci Bölüm’ü atıf kurallarını düzenlemektedir ve bu makalede de uluslararası yatırım hukuku perspektifinden atfedilebilirlik açıklanırken takip edilecektir.² Çoğu yatırım anlaşması ve Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (“**ICSID**”) sözleşmesi, atfedilebilirliğe ilişkin özel düzenlemeler içermediği için yatırım tahkimi süreçlerinde hakem heyetleri uluslararası teamül hukukunun kodifiye edilmiş ve uzlaşmış hali olarak öne çıkan ARSIWA’ya sıklıkla başvurmuştur.³ Bu kurallar, yatırım tahkiminde, ikili veya çok taraflı yatırım anlaşmalarındaki yükümlülük ihlalleri dahil olmak üzere uluslararası sorumluluk konularına uygulanır.

2. Atfedilebilirliğin Görünümleri

2.1. Devlet Organlarının İşlem ve Eylemlerinden Sorumluluğu

Devletin organizasyonunu oluşturan ve devlet adına hareket eden bireyleri veya bireylerden oluşan devlet organlarının eylemlerinin devleti doğrudan bağlayacağı düşüncesi erken dönemlerden beri uluslararası mahkemelerce uygulanmaktadır. Bu prensip, ARSIWA Madde 4 ile kodifiye edilmiştir. “Devlet organı”, en geniş anlamda kullanılır ve merkezi ve yerel düzeyde ve her işlevde ve hiyerarşinin her kademesinde kamu gücü kullanan organlar bu kapsamdadır. Bu anlamda, devletin yasama, yürütme, yargı fonksiyonları arasında da bir ayırım yapılmadığı gibi, ilgili kurumun kendisine iç hukukta tanınan yetkiyi aşmış da devletin o eylemden sorumlu olması nezdinde bir önem taşımamaktadır. Paralel olarak, devlet kurumları tarafından akdedilen sözleşmelerden akit kurumun bağlı olduğu devletin de sorumlu olması gerektiğini ifade eden teoriye “devlet ile işlevsel özdeşlik” (*functional identity with the state*) denilmektedir.⁴

ARSIWA Madde 4, “yasama, yürütme, yargı ve diğer her türlü fonksiyon”u kapsamaktadır. “Diğer her türlü fonksiyon” ifadesi, maddenin devletin kamu gücünü kullanarak gerçekleştirdiği eylem ve işlemlerin, örneğin bir lisans verme işleminin, (*acta iure imperii*) sorumluluk doğurma anlamında kamu gücü kullanılmadan

¹ Ozan Değer, Soykırım Suçu ve Devletin Sorumluluğu: Uluslararası Adalet Divanı’nın Bosna-Hersek v. Sırbistan-Karadağ Kararı, Uluslararası İlişkiler Akademik Dergisi, 2009, s.64

² Bahsedilen Bölüm, 8 maddeden oluşmaktadır. ARSIWA’da belirtilen atfedilebilirlik kuralları sınırlı sayıdadır ve belirli bir taahhüt veya garantinin (*lex specialis*) yokluğunda, bir Devlet, bu Bölüm kapsamında yer almayan durumlarda kişilerin veya kurumların davranışlarından sorumlu tutulamaz.

³ Ancak, bu kuralların, ulusal hukuk kurallarından veya sözleşmelerden doğan sorumlulukla ilgili olarak Devlet’e veya Devlet tüzel kişilerinin sorumluluğuna gidilebilmesi durumunda uygulama alanı bulmayacağı belirtilmelidir. Bu kurallar, herhangi bir sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin kapsamını ve/veya içeriğini belirleme veya değiştirme yetkisine sahip değildir.

⁴ Ozan Mert Öndeş, Yabancı Yatırım Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü ve Uygulanacak Hukuk, s.110

yapılan eylem ve işlemlerinden (*acta iure gestionis*), örneğin sözleşmenin özel hukuk kuralları çerçevesinde feshinden, hiçbir farkı olmadığını düzenlemektedir.⁵

Bahsi geçen organa resmi olarak organ sıfatının ilgili devletçe verilmiş olması (yani *de jure* organ olmasının) ya da bu sıfat verilmeden devlet organı olarak davranıyor olması (yani *de facto* organ olması) sorumluluğun devlete atfedilebilirliği açısından önemli değildir. Devlet ile *de facto* organ sayılacak derecede yakınlığın kurulmasına ilişkin, Uluslararası Adalet Divanı, 1986 tarihli Nikaragua kararında “tam bağımlılık testi” (*complete dependence test*) olarak nitelendirilen yüksek bir test eşiği öngörmüştür.⁶ Bu kapsamda, bir devletin iç hukuku uyarınca organ olarak kabul edilmeyen belirli kişilerin, grupların ve/veya kurumların da, söz konusu devlete tam ve tek taraflı olarak bağlı olmaları durumunda, fiili olarak devlet organı olarak nitelendirilebilecekleri kabul edilmiştir.⁷

Tam bağımlılık testi kurum ile devlet arasındaki ilişkiye çok önem verdiği için her olayın kendi koşullarında değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin havalimanı devlet idaresi⁸ ve otoyollardan sorumlu kuruluş⁹ birer devlet organı sayılmışken, tarım arazilerinin mülkiyeti ile ilgili sosyalist rejimden kapitalist düzene geçişte görev alan tarımsal mülkiyet ajansı devlet organı sayılmamıştır.¹⁰ Bir başka örnekte devletin petrol ihracı ve ithalatından sorumlu kamu iktisadi teşkilatının devlet organı sayılacağı öngörülmüştür.¹¹

2.2. Kamu Gücü Kullanma Yetkisi Olan Kişi ve Birimlerin Eylemleri

ARSIWA Madde 5 tahtında, devletin bir organı sayılmamakla birlikte iç hukuk tarafından kamu gücü kullanmakla yetkilendirilmiş ve somut olayda bu yetkiyi kullanarak hareket etmiş kişi veya birimlerin eylemlerinden de devlet sorumlu olacaktır. ARSIWA, eylemin devlete atfedilebilirliğine ilişkin olarak bir “kamu gücü” kavramı tanımlı yapmamaktadır. Bu sebeple kamu gücü, bahsi geçen topluma, bu toplumun tarihine ve yönetim geleneklerine göre yorumlanmalıdır.

Örneğin bir kararda devletin doğrudan ilgili kurum adına müzakere ve uzlaşma görüşmeleri dahil olmak üzere bütün sözleşme sürecine katılmış olması, sözleşmeyi imzalayan kurumun devlet tarafından yetkilendirildiği anlamına geldiği değerlendirilmiştir.¹²

Devletlerin beyanları da doğrudan organ sayılmayacak aktörlerin kamu gücü kullanma yetkisine sahip olduğunu göstermeye yeterli olabilir: Türkiye tarafından Türkiye Elektrik Üretim İletişim A.Ş. (TEAŞ) ile Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. (BOTAŞ) ICSID tahkimine taraf olabilecek ajan veya temsilciler olarak deklare edilmiştir.¹³ 8 Ekim 1998 tarihinde yayınlanan deklarasyon ile Türkiye, TEAŞ’ı ve BOTAŞ’ı ICSID’e sunulan uyuşmazlıklara taraf olmaya yetkili olarak tayin etmişlerdir. Deklarasyon ile ayrıca ICSID’in yargılama yetkisinin Türkiye ile ICSID’e taraf bir başka Akit Devlet arasında doğrudan bir yatırımdan kaynaklanan tüm uyuşmazlıkları kapsayacağı da kabul edilmiştir.

Madde 5’in kapsamı, ulusal hukukla yetkilendirilmiş aktörlerin kamu gücü kullanarak işlediği eylem ve işlemlerle sınırlıdır. Bu durum, ARSIWA Madde 8 kapsamına giren devlet tarafından yönlendirilen veya kontrol edilen kişilerin eylemlerinden ayrılmaktadır.

2.3. Devlet Tarafından Yönlendirilen veya Kontrol Edilen Kişilerin Eylemleri

⁵ Aynı yönde açıklamalar için bkz: Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/11/28. Anılan kararda Hakem Heyeti, Emlak Konut Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı’nın sadece ve tamamen ticari amaçlarla hareket eden, Türk Ticaret Kanunu tahtında anonim şirket hükümlerine göre kurulmuş ve ticari faaliyetlerde bulunan bir yapı olduğundan bahisle Davacı tarafından iddia edildiği gibi “*quasi-state*” konumunda olmadığını ve sırf pay sahibi kamu diye şirketin eylemlerinin kamusal nitelik kazanmayacağına hükmetmiştir.

⁶ Bu yüksek test eşiği, Uluslararası Adalet Divanı’nın 2007 tarihli Soykırım Kararı’nda tekrarlanmıştır. Uluslararası Adalet Divanı’nın bu uygulaması, daha yumuşak bir “*overall control*” eşiğini yeterli gören Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi’nin Tadic Kararı ile çelişmektedir. Tadic kararında genel kontrol kriterinin benimsenmiş oluşu, devletin sorumluluğunun temel prensiplere aykırı olarak aşırı bir biçimde genişletilmemesi gerektiği düşüncesi ile açıklanmıştır.

⁷ Haydar Karaman, Burak Güneş, Srebrenitsa Soykırımı ve Sırbistan’ın Uluslararası Sorumluluğu, İktisadi İdari ve Siyasal Araştırmalar Dergisi, Cilt:8, Sayı:22, 2023, s.832

⁸ Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. Republic of Poland, PCA Case No. 2014-11

⁹ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4

¹⁰ Mr. Kristian Almås and Mr. Geir Almås v. The Republic of Poland, PCA Case No. 2015-13

¹¹ Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/09/2

¹² Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co., ICC Case No. 3572

¹³ İlhan Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, Beta Yayınları, s.88

ARSIWA Madde 8 uyarınca, bir kişi ya da grup tarafından bir eylemin gerçekleştirildiği sırada devletten bağımsız olan ama devletin genel kontrolü altında olan bir kişi ya da grubun, söz konusu eylem veya işlemi ilgili devletin talimatı ya da yönlendirmesi ya da kontrolü altında hareket ederek icra ettiği takdirde, uluslararası hukuk uyarınca söz konusu kişi ya da grubun eylemi devletin eylemi olarak kabul edilecektir.

ARSIWA, ilgili madde kapsamında devlet sorumluluğuna gidilebilmesi için öncelikli olarak eylemin veya davranışın devlet tarafından yönlendirilmesi ya da kontrol edilmesi, bir diğer ifade ile etkin kontrol (*effective control*) sahibi olması, koşulunu aramaktadır. Bir önceki bölümde de atıfta bulunulan Nikaragua kararında da devlet sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için, devletin kişi veya gruplar üzerinde yalnızca genel kontrole (*overall control*) sahip olması yeterli görülmemiş, devletin ilgili kişi veya gruplar üzerinde etkin kontrole sahip olması ve hukuka aykırı eylemin devletin kontrolü, yönlendirmesi veya talimatı ile gerçekleştirmiş olması şartları aranmıştır.¹⁴ ARSIWA Madde 4 altında değinilen tam bağımlılık testi, belirli eylemlerden ziyade tüm davranışları atfedilebilir kılarken, etkin kontrol testi yalnızca belirli eylemlerin atfedilmesine yol açabilir.¹⁵

Yatırım tahkimi kararlarında hem eylemi icra eden grup hem de dava konusu eylem üzerinde kontrol koşulu aranmakta olup,¹⁶ heyetler tarafından bu testin olumlu bir şekilde cevaplanmasının kolay olmadığı ifade edilmiştir.¹⁷

ARSIWA Madde 8, çeşitli açılardan ARSIWA Madde 4 ve Madde 5 ile de bağlantı içerisindedir. Madde 8 çerçevesinde atfedilen eylemler, bir devleti, organlarının belirli kişilere veya gruplara talimat vermek veya etkin kontrol uygulamaktan ibaret olan eylemlerinden dolayı potansiyel olarak sorumlu kılabilmektedir. Söz konusu durum, Madde 8'in Madde 4 ile paralel olarak işleyebileceği anlamına gelmektedir, nitekim talimat veya etkin kontrol Madde 4 kapsamında bir organ tarafından verilmeli veya uygulanmalı ve bir kişi veya grubun Madde 8 kapsamında verilen talimat üzerine söz konusu eylemi gerçekleştirdiği kanıtlanmalıdır. Ek olarak, ARSIWA Madde 8, devletin yetkilerine sahip olan ve bu yetkileri belirli durumlarda kullanan bir kamu kurumunun talimat vermesi veya etkin kontrol uygulaması durumunda ARSIWA Madde 5 ile paralel olarak da işleyebilecektir.¹⁸ Bu bağlamda incelenen ARSIWA maddelerinin birbirleri ile sıkı ilişki içerisinde olduklarını ve birbirleri ile anlam ifade ederek anlamsal bir bütünlük sağladıklarını söylemek mümkündür.

3. Türkiye'nin Taraf Olduğu Tahkim Davalarında Verilmiş Atfedilebilirliğe İlişkin Kararlar

Türkiye'nin taraf olduğu yatırım tahkimi davalarından *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Türkiye Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/11/28 ("**Tulip Kararı**") kararında, atfedilebilirliğe ilişkin dikkat çekici değerlendirmeler yapılmıştır.

Hakem heyeti, Türkiye Cumhuriyeti'nin yatırımcı tarafından dava konusu edilen Emlak Konut'un "yarı-devlet" bir organ olmadığı yönündeki savunmasını, Emlak Konut'un Türk hukuku uyarınca ayrı ve özel bir tüzel kişilik olduğunu belirterek kabul etmiştir. Hakem heyeti ayrıca, bazı devlet kurumlarının Emlak Konut'tan 'kamu kurumu' olarak bahsetmiş olmalarının, Emlak Konut'un Türk hukukundaki konumunu değiştirmeyeceğini belirtmiştir. Hakem heyeti, Türk Yargıtay'ının, Kamu İktisadi Teşebbüsleri'nin hukuki niteliği konusundaki görüşüne de katılmıştır: Kamu İktisadi Teşebbüsleri, ticari işletmeler kurdukları ve işlettikleri için tacir sıfatını haizdirler. Kamu İktisadi Teşebbüsleri'nin sermayelerinin devlete ait olması ve atamaların spesifik şekillerde yapılıyor oluşu, bu kuruluşlara kamu kurumu niteliği kazandırmamaktadır.

Hakem heyeti, Emlak Konut'un uyuşmazlık konusu davranışının Türkiye Cumhuriyeti'ne ARSIWA Madde 5 uyarınca atfedilebilmesi için, ilk olarak Emlak Konut'un Türk kanunları tarafından kamu gücü kullanma konusunda yetkilendirilmiş olması gerektiğini ve ikinci olarak Emlak Konut'un somut uyuşmazlıktaki davranışının söz konusu kamu gücü kullanılmasıyla ilgili olması gerektiğini belirtmiştir. Hakem heyeti her iki hususun da kanıtlanmadığına ve Emlak Konut'un devlet yetkisinin unsurlarını kullanma yetkisine sahip olmadığına hükmetmiştir.

¹⁴ Ozan Mert Öndeş, *Yabancı Yatırım Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü ve Uygulanacak Hukuk*, 121

¹⁵ Jorge E. Vinuales, *Attribution of Conduct to States in Investment Arbitration*, Cambridge University Press, s.55

¹⁶ Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24

¹⁷ Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13

¹⁸ Jorge E. Vinuales, *Attribution of Conduct to States in Investment Arbitration*, Cambridge University Press, s.55

Son olarak hakem heyeti, uyuşmazlığa konu edilen davranışlar kapsamında Emlak Konut'un devletin talimatıyla veya yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket edip etmediğini incelemiştir. Bu kapsamda, her ne kadar Emlak Konut'un çoğunluk hisseleri TOKİ'ye ait olsa da hakem heyeti söz konusu durumun etkin kontrolden söz edebilmek için yeterli olmadığını vurgulamıştır. Bir tüzel kişiliğin, yalnızca devlet tarafından kurulmuş olması nedeni, söz konusu tüzel kişiliğin kuruluşun sonradan gerçekleştirdiği tüm davranışlarından kurucu devletin sorumlu tutulması ve tüzel kişiliğin tüm davranışlarının devlete atfedilmesi için yeterli bir gerekçe olarak görülemez¹⁹, olay bazında değerlendirme yapılması gereklidir.

Sonuç olarak hakem heyeti, Emlak Konut'un sözleşme ve proje ile ilgili davranışlarının ARSIWA Madde 4, 5 ve 8 kapsamında Türkiye'ye atfedilemeyeceğine ve bu nedenle de mahkemenin görev alanı dışında olduğuna oy çokluğu ile karar vermiştir.

4. Türkiye'nin Taraf Olduğu BIT'lerdeki Atfedilebilirliğe İlişkin Kurallar

Yatırım antlaşmalarının uygulandığı durumlarda, atıf kurallarının bulunduğu yatırım antlaşması, hakem heyetlerinin kararlarını bu kurallara dayandırmalarına neden olacaktır. Özel atıf kuralları, yalnızca ev sahibi devlete pozitif bir yükümlülük yaratanlardan ayrılmalıdır. Devlet organlarının davranışını ev sahibi devlete atfetmek, yatırım antlaşmasında bulunan zımni bir asli yükümlülükten kaynaklanan bir durum olarak da düşünölmüştür.

Türkiye'nin taraf olduğu BIT'lerde, herhangi bir eylemin veya işlemin devletlere atfedilebilirliği ile ilgili özel bir kural bulunmamaktadır. Özel kuralın yokluğunda, yukarıda açıklanan ilgili ARSIWA maddelerinin çizdiği sınırlar geçerli olacaktır.



Doğan Eymirlioğlu

Balcıoğlu Selçuk Ardıyok Keki
Ortak Avukat

deymirlioglu@baseak.com



Alptuğ Tokeser

Alp Arbitration
Ortak Avukat

atokeser@alparbitration.com



Fulya Görer

Balcıoğlu Selçuk Ardıyok Keki
Kıdemli Avukat

fgorer@baseak.com



Başak Armağan

Balcıoğlu Selçuk Ardıyok Keki
Avukat

barmagan@baseak.com



Gölce Keskin

Balcıoğlu Selçuk Ardıyok Keki
Avukat

gkeskin@baseak.com

¹⁹ Hakem heyetine göre, tüzel kişilik perdesinin uluslararası anlamda hukuka aykırı amaçlar doğrultusunda kullanıldığı durumlar dışında, ulusal anlamda tüzel kişiliklerin devletlerden ayrı tutulması gerekmektedir.