

ULUSLARARASI YATIRIMDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ICSID SÖZLEŞMESİNİN 27. MADDESİ

ARTICLE 27 OF THE ICSID CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF DISPUTES ARISING FROM INTERNATIONAL INVESTMENT

Ali İbrahim AKKUTAY*

Özet: ICSID Sözleşmesi'nin getirdiği sistem uluslararası yatırımcıların, uluslararası yatırımlarından kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin iddialarını bizzat kendilerinin ileri sürülebilmesine imkan tanımaktadır. Bununla beraber devletin bir hakkı olan diplomatik koruma da söz konusu uyuşmazlığın sona erdirilmesinde ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesinde başvurulacak son yol olarak yer almaktadır. Dolayısıyla kişiye ait uluslararası bir iddianın ileri sürülmesinde devletin etkin rolü günümüzde de devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Yatırım, ICSID, Tahkim, Diplomatik Koruma, Uluslararası İddialar.

Abstract: The system established by the ICSID Convention gives the investors opportunity to raise international claims for the disputes regarding international investment on their own. However, diplomatic protection, a right of the state, is being seen as the last resort to settle the disputes arising from international investment which stipulated in the article 27 of the ICSID Convention. Thus the state has still an effective role to raise international claims.

Keywords: International Investment, ICSID, Arbitration, Diplomatic Protection, International Claims.

GİRİŞ

Uluslararası iddiaların ortaya konması ve bunların belirli usuller çerçevesinde çözümlenmesi, uluslararası hukukun öngördüğü sistemlere göre çeşitlilik göstermekte ve uluslararası hukukun gelişimine paralel olarak da farklılaşmaktadır. Uluslararası iddialar, bu iddiaları ortaya koyma ehliyetine sahip aktörler tarafından ileri sürülebilmektedir. Yalnız bu aktörlerin kimler olduğu da ilk cümlede belirtildiği üzere, zamana ve varolan kurallara bağlı olarak değişebilmektedir.

* Araş. Gör. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

Uluslararası bir iddianın ileri sürülmesi dendiği zaman, ilk akla gelen devletin bu yöndeki davranışı olmaktadır. Zira uluslararası hukukun gelişim seyrinde devlet, önceleri tek başına süje olmuş; zamanla diğer süjeler de ortaya çıkmıştır. Güncel uluslararası hukukta ise uluslararası bir iddianın ortaya konması, yalnızca süjelere tanınan bir hak olmaktan çıkmıştır.¹ Bununla beraber süje olmayan uluslararası hukuk aktörlerinin bir uluslararası iddiayı ileri sürebilme hakkı, süje olan aktörlere nazaran son derece sınırlı kalmıştır. Hatta söz konusu aktörler adına halen uluslararası iddiaları süjelerin ve bilhassa devletin ileri sürüp sonuç almaya çalıştığı bir gerçektir.

Özellikle bir tarafı devlet olan özel hukuk işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar neticesinde ileri sürülecek iddiaların, uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerekliliği, değişik çözümler üretme ihtiyacı doğurmuştur. Ancak uluslararası hukukun klasik bir takım kural ve kurumlarının uygulanması tamamen ortadan kaldırılamamıştır. Dolayısıyla bugün için, var olan sistemlerin, klasik uluslararası hukuk açısından da yorumlanması bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır.

ICSID Sözleşmesi de ortaya çıkan bir uyuşmazlığın ne şekilde çözüme kavuşturulması gerektiğine dair birtakım usul ve ilkeler getirmiştir.² Bu çalışmada da adı geçen Sözleşme'nin getirdiği sistem çerçevesinde uluslararası yatırımlar konusunda meydana gelen uyuşmazlıklar hakkındaki uluslararası iddiaların ileri sürülmesinde diplomatik koruma kurumunun yeri ele alınacaktır.

¹ "Devletin, kendisi açısından bağlayıcı olan bir uluslararası hukuk yükümlülüğüne aykırı davranması neticesinde bireyin hakları etkileniyorsa, bu şartlar altında uluslararası sorumluluğun ne şekilde ileri sürüleceği sorunu ortaya çıkar. Bu tarz bir uluslararası iddianın ileri sürülmesinin, diplomatik koruma vasıtasıyla bireyin vatandaşlığında olduğu devletçe gerçekleştirilmesi mümkündür; ancak bireyin korunmasının uluslararası hukukun öncelikli işlerinden birisi haline gelmesiyle, bireyin uluslararası iddialarını ileri sürmesinin şekli de gelişim göstermektedir. Bu bağlamda bireyin haklarını korumasını sağlayan uluslararası iddialar, hem müstakil içerikleri hem de şekilsel gereklilikleri bakımından ele alınmaktadır. Bireyin uluslararası iddialarda bulunmasının sağlanması halen devletlerarası antlaşmaların oluşturulmasına bağlı olup, sınırlı bir alanda uygulanmaktadır ve bireyin uluslararası bir iddiayı ileri sürmesi için oluşturulmuş bir alternatif olmadığında, söz konusu iddianın ileri sürülmesi diplomatik koruma yoluyla mümkün olmaktadır." (Francisco Orrega Vicuna, "Claims, International", in R. Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008 -, online edition, [www.mpepil.com], Son erişim tarihi 01.04.2013, paragraf 1 - 3.)

² Sven M. G. Koopmans, *Diplomatic Dispute Settlement – The Use of Inter-State Conciliation*, The Hague, TMC Asser Press, 2008, s. 98 - 100.

1. ICSID SÖZLEŞMESİ UYARINCA ÇÖZÜMLENECEK UYUŞMAZLIKLARDA YETKİ

ICSID Sözleşmesi'nin II. Bölümü "Merkez'in Yetkisi" başlığını taşımaktadır. Söz konusu bölümde yer alan 25. maddenin 1. paragrafında³, Merkez bünyesinde çözüme kavuşturulacak uyuşmazlığın, Sözleşme'ye taraf devletlerden biri ile Sözleşme'ye taraf bir başka devletin vatandaşı olan kişi (*ratione personae*) arasındaki hukuki bir uyuşmazlık olması (*ratione materiae*) gerektiği belirtilmektedir. Uyuşmazlığın tarafları, çözümün Merkez tarafından çözülmesi hususundaki iradelerini yazılı olarak ifade ettikten sonra, söz konusu iradelerini tek taraflı olarak geri alamamaktadırlar.⁴ 25. madde Merkez'in sağladığı hizmetin bireylerin kendi aralarındaki, devletlerin kendi aralarındaki ve birey ile onun vatandaşlığında olduğu devlet arasındaki uyuşmazlıklar için söz konusu olamayacağını açıkça ortaya koymaktadır. Yani uyuşmazlığın bir tarafı devlet diğer tarafı da yabancı kişi olmak zorundadır.⁵ Bireyler arasındaki uyuşmazlıkların devletlerin iç hukukları çerçevesinde çözümlenmesinin daha uygun olacağının ve devletlerarasındaki uyuşmazlıkların da uluslararası hukukun devletler için getirdiği kuralları çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğinin düşünülmesi, bu sonucu ortaya çıkarmıştır.⁶

³ *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 18.03.1965, 575 UNTS 160, No. 8359.

⁴ ICSID Sözleşmesi nihai halini aldığında Sözleşme'ye taraf yabancı devlet ile Sözleşme'ye taraf devlet vatandaşı arasında tahkim yoluna başvurulmasının kabulünün iki şekilde gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür. Bunlardan ilki uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra söz konusu uyuşmazlığa ilişkin *ad hoc* bir iradenin taraflarca anlaşarak ortaya konmasıyken, diğer yol ise kişi ile devlet arasındaki yatırım sözleşmesinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlık durumunda tahkim yoluna başvurulacağına ilişkin ileriye yönelik iradeyi belirten bir kayıt bulunmasıdır. Bu kayıtla tahkim yolu en baştan kabul edilmiş olur. İki taraflı yatırım antlaşmalarında ve serbest ticaret anlaşmalarında (ICSID'in yetkisini kabul edenler de dahil) yatırımcı ile devlet arasında tahkim yoluna başvurulabileceği yönünde ileriye yönelik iradenin bulunması yatırımcı ile devlet arasındaki iddiaların ileri sürülebilmesinin içeriğini oldukça genişletmektedir. (José Enrique Alvarez, "The Public International Law Regime Governing International Investment", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 344, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, s. 224.)

⁵ Devletin de yabancı devlet ülkesinde yatırımcı olması mümkündür. Bu kişilerin tarafı olduğu yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesi uyarınca ICSID tahkimiyle sonuçlandırılmasına ilişkin tartışmalar için bkz. Claudia Annacker, "Protection and Admission of Sovereign Investment under Investment Treaties", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 10(3), 2011, s. 553 – 562.

⁶ C. F. Amerasinghe, "Jurisdiction Ratione Personae Under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States",

Çözümüne kavuşturulacak uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanması gerektiği ifade edilmektedir; fakat yatırımdan kastedilen içeriğin ne olduğu açık bir şekilde ICSID Sözleşmesinde ortaya konmamaktadır.⁷ Yalnız iki veya çok taraflı pek çok uluslararası yatırım antlaşmasında yatırıma ilişkin tanıma yer verilmektedir. Bu tanımlar genellikle bir yatırım kavramı ortaya koymakta ve çok çeşitli aktiviteler yatırım olarak kabul edilmektedir. Ancak bu tanımların da ICSID Sözleşmesi'nin öngördüğü içeriğe sahip olup olmadığı her zaman çok açık olamamaktadır.⁸ Ayrıca bir uluslararası antlaşmada ya da sözleşmede adına yatırım denilen bir sürecin aslında yatırım olmaması da mümkündür.⁹ Sözleşme'nin 25. maddesi bu bakımdan kesin sınırlar öngörmemekte, yetki bakımından genel sınırlar çizmekte taraflara büyük bir hareket alanı ve Merkez'e ise konu hakkında yorum yapma imkanı tanımaktadır.¹⁰

Buraya kadar yapılan açıklamalardan belirli bir sonuca varılmaktadır. ICSID Sözleşmesi'ne taraf bir devlet ile aynı Sözleşme'ye taraf

British Yearbook of International Law, Vol. 47(1), 1975, s. 228.

⁷ ICSID uygulamasında yatırım kavramı için bkz. Banu Şit Köşgeroğlu, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 54 - 57.

⁸ Bkz. Christoph Schreuer, "International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)", in R. Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008 -, online edition, [www.mpepil.com], Son erişim tarihi 01.04.2013, paragraf 25.

⁹ Söz konusu husus bu çalışmanın sınırları dışında kalmaktadır. Bununla beraber uyuşmazlığın konusunun bir yatırıma ilişkin olması önem arz etmektedir. ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesi uyarınca bir uyuşmazlığın yatırıma ilişkin olması ve bunun önemi hakkında bkz. Noah Rubins, "The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration", in *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Norbert Horn (Ed.), The Hague, Kluwer Law International, 2004, s. 287 - 290. Ayrıca bkz. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York/Geneva, United Nations, 2005, s. 15,16.

¹⁰ Clifford Larsen, "ICSID Jurisdiction: The Relationship of Contracting States to Sub-States Entities", in *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Norbert Horn (Ed.), The Hague, Kluwer Law International, 2004, s. 355. Merkezin yatırım kavramına ilişkin değerlendirmeleri hakkında bkz. *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/00/2), Award, 15 March 2002, 6 ICSID Reports 308, 2004, para. 28 - 61.; *Zhinvali Development Limited v. Republic of Georgia* (ICSID Case No. ARB/00/1), Award, 24 January 2003, 10 ICSID Reports 3, 2006.; *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/96/3), Decision on Objections to Jurisdiction of 11 July, 1997, 5 ICSID Rep. 186, 2002.

bir başka devletin vatandaşı, konusu yatırım olan bir uyuşmazlığın Merkezce çözüleceğini yazılı biçimde kabul edebilirler.¹¹ Bu durumda Sözleşme'nin 26. maddesi uyarınca taraflar söz konusu uyuşmazlık için başka bir hukuk yolunu kullanmayacaklarını kabul etmiş olurlar. Ancak bu husus, yine aynı madde lafzınca, Sözleşme'ye taraf bir devletin, tahkim yolunun işletilmesine yönelik iradesinin bir koşulu olarak iç hukuk yollarının tüketilmesini öngörmesine engel değildir.

2. ICSID SÖZLEŞMESİ'NİN

27. MADDESİNİN GETİRDİĞİ SİSTEM

ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesinin 1. paragrafı yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde diplomatik korumanın işletilmesine dair ana kuralı oluşturmaktadır. Buna göre, Sözleşme'ye taraf hiçbir devlet, vatandaşının Sözleşme'ye taraf bir başka devlet ile olan uyuşmazlığına ilişkin olarak, vatandaşının ve diğer devletin Sözleşme'de öngörülen tahkim yolunu kabul etmelerinden sonra diplomatik koruma yolunu işletemeyecektir. Bununla birlikte Sözleşme'ye taraf diğer devlet, uyuşmazlığa ilişkin hakem kararına riayet etmezse, uyuşmazlığın tarafı olan kişinin vatandaşlığında olduğu devlet diplomatik koruma yoluna başvurabilecektir.

Aynı maddenin 2. paragrafında ise 1. paragrafın öngördüğü şekilde diplomatik korumanın, uyuşmazlığın çözümünü sağlamak amacıyla yapılan resmi olmayan diplomatik girişimleri kapsamadığı ifade edilmektedir.

Maddenin geneline bakıldığında uyuşmazlığın çözümünün tamamen yatırımcı ile uyuşmazlığın tarafı devlet arasında gerçekleştirilmesinin amaçlandığı ve bunun dışında bir başka yolun aynı anda işletilmesinin engellenmeye çalışıldığı görülmektedir. Ancak bu demek değildir ki söz konusu "yatırımcı - devlet uyuşmazlık çözüm yolu" işletilmeden önce diğer yollarla çözüme ulaşılmıştıktan tamamen vazgeçilmiştir.

¹¹ Norbert Horn, "Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means", in *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Norbert Horn (Ed.), The Hague, Kluwer Law International, 2004, s. 24.

Yukarıdaki ifadelerden anlaşıldığı üzere Sözleşme, diplomatik koruma yoluna başvurulmasını son çare olarak öngörmektedir. Zira bir uyuşmazlıktan dolayı diplomatik koruma yolunun işletilmesi sürecin siyasi bir niteliğe bürünmesine neden olduğu ve genellikle bu tür bir siyasi sürecin içinde bulunmak istememeleri nedeniyle bu yol çok fazla tercih edilmemektedir. Bununla beraber, bir uyuşmazlığın ortaya çıkmaması veya bir an önce çözümlenmesi için devletlerin gerçekleştirecekleri işbirliği bu durumdan bağımsız olup, hem yaşanacak bir çatışmayı engelleyebilir, hem de uyuşmazlığın büyümesini önleyerek sorunun erken bir aşamada çözümünü veya hiç doğmamasını sağlayabilir.¹² Bu sebeple 27. maddede öngörüldüğü şekilde resmi olmayan girişimlere müsaade edilmiş olması bu amaca hizmet edecektir. Ancak diplomatik koruma yolunun en son çare olarak işletilmesi durumunda kişi ve devlet açısından ICSID Sözleşmesinde öngörülen amaçların öncelikli olarak uygulanması çok zordur.

Uyuşmazlığın siyasi boyutunun bulunması meselesi yalnızca devletlerin değil kişilerin de diplomatik koruma yolunun işletilmesi konusuna temkinli bir şekilde yaklaşmasına neden olmuştur. Özel kişilerin yabancı devlet ülkelerinde gerçekleştirdikleri yatırım faaliyetlerine yönelik olarak söz konusu devletlerin çok sayıda sınırlandırıcı eylem ve işlemlerinin olduğu gözlemlenmiştir. Bununla beraber söz konusu davranışlar neticesinde meydana gelen uluslararası hukuka aykırılıklar ve zararların giderilmesinde, çözümün tamamen devletler arası ya da hükümetler arası bir sisteme bırakılması, yatırımı gerçekleştiren özel kişiler bakımından bir memnuniyetsizlik yaratmıştır. Devletler arasındaki ilişkilerin siyasi boyutu diplomatik koruma yolunun işletilmesi yönündeki endişeleri arttırmaktadır. Bu sebeple yatırım hukuku bakımından diplomatik koruma yoluyla ileri sürülen iddiaların, özel kişiler tarafından ileri sürülmesinin önü açılmış, meydana gelen bir uyuşmazlığın ne şekilde çözümleneceği ve bu yöndeki prosedürlerin ne şekilde işletilip sonlandırılacağı özel kişilerin takdirine bırakılmıştır.¹³ Ancak

¹² UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York/ Geneva, United Nations, 2010, s. 53.

¹³ Arwel Davies, "Scoping the Boundary between the Trade Law and Investment Law Regimes: When does a Measure Relate to Investment?", *Journal of International Economic Law*, Vol. 15(3), 2012, s. 794,795.

kişinin vatandaşlığında olduğu devletin rolü tamamen ortadan kaldırılmamıştır.

İşte ICSID sözleşmesinin 27. maddesi, özel kişilerin dahil olduğu bir uyuşmazlığın devletler arasındaki siyasi endişeler sebebiyle çözüm-süz bırakılmasındansa, çözüme ilişkin olarak kişinin dahil olabileceği bir süreçle, onun çıkarlarının da göz önünde tutulduğu bir yöntemle sonuç alınması çabasını yansıtmaktadır. Bu aşamada, 27. maddenin etkisinin diplomatik koruma yolunun işletilmesinden tamamen vazgeçilmesi anlamına geldiği saptamasında bulunmak doğru değildir. Bu madde uyarınca devlet, uyuşmazlığın tarafı devlet verilen tahkim kararına uygun şekilde hareket ettikçe bu hakkını kullanmayı askıya almaktadır.¹⁴ Zira tahkim yolunun tamamlanması her zaman karşı tarafın bu süreç sonunda verilen karara uygun hareket edeceği güven-cesini verememektedir. Kişi lehine çıkacak bir kararın gereklerinin uyuşmazlığın tarafı olan diğer devletçe yerine getirilmemesi her zaman ihtimal dahilindedir. Bu tür durumlarda sorunun ortadan kaldırılması ve söz konusu devletin karara uygun şekilde hareket etmesinin sağlanması ancak uluslararası hukuk yolları çerçevesinde sağlanır.¹⁵ Dolayısıyla her ne kadar diplomatik koruma yoluna başvurulması engellenmeye çalışılsa da, adı geçen yolun ortaya çıkan bir başka ihtilafın ortadan kaldırılmasında işletilmesi mümkündür.

ICSID sisteminde yatırımdan kaynaklanan bir uyuşmazlığa ilişkin diplomatik koruma yolunun belirli şartlar dahilinde de olsa işletilebilecek olması, diplomatik korumanın klasik yapısında varolan birtakım hususların daha farklı ele alınmasını da gerektirmektedir. “Diplomatik Korumaya İlişkin Taslak Metin”¹⁶ ve insan hakları hukukuyla beraber yatırım faaliyetleriyle ilgili uluslararası düzenlemeler bu yola ilişkin pek çok sorunu ortaya çıkarmaktadır.

¹⁴ D. Tunic, “The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID) and Diplomatic Protection”, *Thesaurus Acroasium, United Nations Decade of International Law*, Vol. XXIII, 1998, s. 454.

¹⁵ Uluslararası hukukun genel kurallarının ICSID sistemiyle uygun bir şekilde uygulanması gerekliliğine ve diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi bakımından da bu durumun bulunduğuna yönelik tespit için bkz. *Amco Asia Corporation et al. v. Indonesia*, Decision on Annulment, International Centre for Settlement of Investment Disputes: Decision of Ad Hoc Committee, [16 May 1986] 25 ILM 1441, para. 21.

¹⁶ Buradan itibaren “Taslak Metin.”

3. 27. MADDE CALVO KAYDI MI ÖNGÖRMEKTEDİR?

Calvo doktrinine göre bir ülkeye kendisini kabul ettiren yabancı, artık o devletin vatandaşıyla aynı haklara sahip olduğundan, kendisinin o devletin vatandaşlarına göre daha fazla hak talep edememesi gerekir. Söz konusu kişinin yabancı statüsünde olduğu devletin uluslararası sorumluluğunu gerektiren bir davranışıyla zarara uğraması durumunda, onun yalnızca, o devletin iç hukuk yolları çerçevesinde çözüm araması gerektiği bu doktrinin temel varsayımıdır.¹⁷ Söz konusu doktrinin uygulanması Calvo kaydı ile gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Bir devletle yabancı kişi arasındaki yatırım ve imtiyaz sözleşmelerine sıkça konulan bu kayıtla, yabancı kişi vatandaşlığında olduğu devletten diplomatik koruma yolunun işletilmesi talebinde bulunmayacağını bildirmektedir.¹⁸

Bu noktada yabancı bir devlet ile yatırım ilişkisi halinde olan kişinin tahkim yoluna başvurması durumunda, Calvo kaydının mı söz konusu olduğu sorusu akla gelebilir.¹⁹ Bu soruya verilecek cevap kesinlikle böyle bir durumun söz konusu olmadığı olacaktır.²⁰

Calvo kaydı, yabancı devlette yatırımda bulunan bireyin, vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletmeyeceğine yönelik taahhüdüdür. Oysa diplomatik koruma devlete tanınan bir haktır. Devlet diplomatik koruma yoluna birey istediği halde başvuramayabileceği gibi, istemediği halde de başvurabilir. Diplomatik koruma yoluyla giderilen zarar devletin zararıdır. Devlet, vatandaşı zarara uğradığı için kendisi de zarara uğramıştır ve söz konusu zararın giderilmesi için uluslararası bir iddiada bulunmaktadır. Dolayısıyla Calvo kaydı da bu yüzden uygulama alanı bulamamıştır. Zira kişi, kendisine ait olmayan bir haktan feragat edemez.

¹⁷ Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1916, s. 793.

¹⁸ Patrick Juillard, "Calvo Doctrine/Calvo Clause", in R. Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008 -, online edition, [www.mpepil.com], Son erişim tarihi 01.04.2013. Calvo doktrini ve Calvo kaydı ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Ali İbrahim Akkutay, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 74 - 79.

¹⁹ James C. Baker ve Louis J. Yoder, "ICSID and Calvo Clause - A Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 5(1), 1989-1990, s. 93.

²⁰ Bkz. Tunic, s. 452,453.

ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesiyle ise, Sözleşme'ye taraf olan devlet bizzat kendisi ilgili maddede öngörülen durumlarda diplomatik koruma yolunu işletmeyeceğini taahhüt etmektedir. Devlet bu Sözleşme'ye taraf olarak, mevcut bir yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıktan zarar görenin, vatandaşı olan kişi olduğunu bu sebeple onun kendi zararının giderilmesi için hareket edebileceğini ortaya koymaktadır. Tabii bu süreç diplomatik koruma yolunun uygulanmasından her durumda vazgeçildiği anlamına gelmemektedir. Zira kişi tahkim yoluna başvurmadığında veya zarar verdiği iddia edilen devlet bu yolun işletilmesi yönünde bir adım atmadığında diplomatik koruma yoluna başvurulabilecektir. Karara uygun hareket etmeme durumunda söz konusu yolun işletilebileceği zaten daha önce de belirtildiği üzere ilgili madde metninde yer almaktadır.

İşte Calvo kaydına benzer bir durumun bulunup bulunmadığı yönündeki bir soru ancak kişinin tahkim sürecini işletmesine ilişkin olarak akla gelebilir.²¹ Zira kişinin tahkim süreci içerisinde olması, vatandaşlığında olduğu devleti diplomatik koruma yolunu işletmekten alıkoyduğu için bir Calvo kaydı olup olmadığının düşünülmesine neden olabilir. Halbuki her iki yol birbirinden farklıdır. Calvo kaydında kişi, vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu hiçbir şekilde kullanamayacağı yönünde hukuken uygulanması mümkün olmayan bir taahhütte bulunurken, ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesiyle devlet, vatandaşının yabancı bir devletle olan yatırım uyuşmazlığına ilişkin tahkim sürecinin sonucunda yabancı devletin o karara uymama durumu olana kadar diplomatik koruma yolunu işletmeyeceğini bizzat kendisi kabul etmektedir.

²¹ Arjantinli hukukçu Carlos Calvo'nun, yabancı yatırımcıların ilişki halinde bulundukları devlet vatandaşlarına uygulanan muameleye tabi olacağı ve yalnızca bu devletin ulusal mahkemelerine başvurma hakkına sahip olduğu yönündeki görüşlerine katılan devletler bakımından ICSID Sözleşmesi önemli bir özelliğe sahiptir. ICSID Sözleşmesi'ne taraf olarak, Merkez'in yetkisini kabul eden bu devletler, artık yatırım ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin olarak kendilerine diplomatik yollarla talepte bulunulamayacağı güvencesine sahip olmaktadır. ICSID tahkimi, yabancıların gördüğü zararların giderilmesi amacıyla gözdağı siyasetine son verilmesini öngörmektedir. Böylece ICSID Sözleşmesi'ne taraf ev sahibi devletin siyasi olarak büyük güç sahibi olan çok uluslu şirketlere karşı bütün yükü çekmemesi sağlanmaktadır. (Alvarez, s. 224.)

4. 27. MADDE ÇERÇEVESİNDE DİPLOMATİK KORUMA YOLUNA BAŞVURULMASI

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde devletin, ICSID Sözleşmesi'ne taraf olarak diplomatik koruma yoluna başvurma hakkını sınırlandırdığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla beraber bu yolun işletilmesi hem tahkim sürecine girmeden hem de tahkim süreci sona erdikten sonra mümkündür. Dolayısıyla konuyu iki açıdan ele almak gerekir.

A. Tahkim Yoluna Başvurulmadan Önce Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi

Diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için uluslararası hukukun öngördüğü belirli şartlar bulunmaktadır. Bu şartlar somut olaylara göre farklı yorumlanabilmekle beraber ana hatlarıyla şunlardır: 1. Bir zararın meydana gelmesi gerekir. 2. Yabancı bir devletin, uluslararası sorumluluğunun doğmasına neden olan bir davranışının olması gerekir. 3. Zararın, söz konusu davranış neticesinde meydana gelmesi gerekir. 4. Kişinin, uğradığı zararın giderilmesi için zarar verdiğini iddia ettiği devletin iç hukuk yollarını tüketmiş olması gerekir. 5. Kişinin, diplomatik koruma yolunu işletecek devletin vatandaşı olması gerekir.²²

ICSID Sözleşmesi'ne taraf bir devletin vatandaşının yine aynı Sözleşme'ye taraf yabancı bir devletle olan yatırım ilişkisi neticesinde bir zarara uğraması her zaman ihtimal dahilindedir. Böyle bir zararın giderilmesi için o yabancı devletin iç hukuk yolları tüketilerek sonuç alınamazsa ya da iç hukuk yollarının tüketilmesinin gerekmediği durumlar oluşursa, kişinin vatandaşlığında olduğu devlet mevcut zararın giderilmesini sağlamak için diplomatik koruma yolunu işletme hakkına sahip olur. Tabii bu ihtimal ICSID Sözleşmesinde öngörülen tahkim yoluna başvurulacağı yönünde bir iradenin ortaya konmaması durumunda söz konusu olur.

ICSID Sözleşmesinde devletin bu şekilde diplomatik koruma yolunu işletemeyeceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Uyuşmazlığın taraflarınca tahkim yoluna başvurulması yönünde bir irade ortaya konmazsa veya uyuşmazlığın tarafı devlet herhangi bir yolla tahkim

²² Bkz. Akkutay, s. 16 - 74.

yoluna başvurulması yönünde iradesi olmadığını ortaya koyarsa, varolan uyuşmazlık diplomatik koruma yoluyla ileri sürülebilir ve devletler arası bir nitelik kazanır.²³ Dolayısıyla, devletin bu yöndeki hakkını kullanmasını engelleyen bir durum söz konusu değildir. Devlet, bu vesileyle diplomatik koruma yolunu işletebilir ve zarar veren devletten belirli bir zarar giderim elde edebilir. Ancak bu süreçte uyuşmazlığın tarafı olan kişi ile yabancı devlet, tahkim yoluna başvurmayı kabul ederlerse, diplomatik koruma yolunun son bulması gerekir. Bu durum, her aşamada gerçekleşebilir. Her iki devletin belirli bir tazminat üzerinde anlaşmaya varmaları durumunda dahi diplomatik koruma sürecinin son bulması mümkündür.

Yabancı devletin, zarar gören kişinin devletine yönelik olarak zararı gidermesinden sonra da tahkim yolunun işletilmesinin önünde bir engel yoktur. Çok düşük bir ihtimal olmakla beraber, kişi ile yatırım ilişkisinde bulunduğu yabancı devlet bu uyuşmazlık konusunda tahkim yoluna başvurulması hususunda anlaşabilir. Yabancı devlet, diplomatik koruma yolunu işleten devlete tazminat ödeyerek kişiye yönelik bir zarar verdiğini kabul etmiş olur. Bununla beraber söz konusu devlete ödediği tazminatın, verdiği zararın gerçek karşılığının altında olma olasılığı mevcuttur.²⁴ Ayrıca zarar giderim elde eden devlet, bunu vatandaşına yansıtmaktan imtina da edebilir. Bu şartlar altında kişi yatırım neticesinde uğradığı zararın giderilememesi tehlikesiyle karşı karşıya kalır. Ancak yabancı devletin tahkim yolunu işletmek istememesi durumunda da onu bu sürece zorlayacak bir düzenleme bulunmamaktadır. Uyuşmazlığın tarafı devlet ve kişi anlaşılırsa diplomatik koruma yoluyla elde edilen zarar giderimi dışında kalan diğer zararlara ilişkin uyuşmazlıklarını tahkim önüne taşıyabilirler. Uyuşmazlığın tamamı da tahkim önüne taşınabilir. Bu durumda devlet daha önce ödediği bir tazminatı ikinci kez ödemek zorunda kalabilir. Ancak bu ikinci olasılığın meydana gelmesi çok zordur.

²³ Giorgio Sacerdoti, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 269, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, s. 412.

²⁴ Bu konu hakkında bkz. Borzu Sabahi, "The Calculation of Damages in International Investment Law", in *New Aspects of International Investment Law (Les aspects du droit des investissements internationaux)*, Philippe Kahn ve Thomas W. Walde (Ed.), Hague Academy of International Law, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, s. 585 – 588.

ICSID Sözleşmesi'ne taraf devletler arasında tahkim yoluna başvurmadan diplomatik koruma yolunun işletilmesi ihtimali çok düşüktür; ancak böyle bir sürecin yaşanmayacağı da kesin olarak söylenemez. Dolayısıyla söz konusu yolun bahsedilen şekliyle işletilmesi durumunda pek çok sorunun ortaya çıkacağı aşikardır. Sorun yaratmayacak tek durum, diplomatik koruma yoluna başvurulduktan sonra, kişinin vatandaşlığında olduğu devletin, uluslararası hukuka aykırılık ve zarar olmadığı kanaatine varması, ve uyuşmazlığın tarafı olan devletle bu yönde anlaşmasıdır. Zira bu durumda devletin kanaati, vatandaşını bağlamayacaktır. Kişi yabancı devlet ile beraber tahkim yoluna başvurduğunda uyuşmazlık bütün boyutlarıyla ele alınacaktır.

Bu aşamada önemli bir husus daha bulunmaktadır. O da ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesinde öngörülen şartlardan olan uyuşmazlığın bir yatırıma ilişkin olması gerekliliğidir. Yani taraflar yatırıma ilişkin her türlü uyuşmazlıklarının çözümü için tahkim yolunu işletebilirler; fakat yatırıma ilişkin olmayan bir konuda Merkez yetkili değildir. Bununla birlikte uyuşmazlıkların yatırıma ilişkin olup olmadığı kolayca belirlenemez. Bu nedenle Merkez'in yetkisi üzerine de sıklıkla uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır.²⁵ Merkez'in yetkisine girmeyen bir hususta meydana gelen zarardan dolayı devletin diplomatik koruma yoluna başvurmasında ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesi uygulanmaz. Devlet, diplomatik koruma bakımından uluslararası hukukun öngördüğü şartların yerine gelmesi durumunda söz konusu yolu işletebilir; ancak Merkez bahsi geçen uyuşmazlığın, yatırıma ilişkin olmamasına rağmen, kendi yetkisi içerisinde olduğuna kanaat getirir ve tahkim süreci başlarsa, diplomatik koruma açısından 27. madde hükümleri uygulanır. Bu durumda da devletin kendisine ait olan bir hakkının kullanılması engellenmiş olur.

B. Tahkim Sürecinin Tamamlanmasından Sonra Diplomatik Koruma Yoluna Başvurulması

Tahkim yolu işletildikten ve karar verildikten sonra, bahsedilen kararın icra edilmesi aşamasına geçilir. Zira ICSID kararının icra edi-

²⁵ Bkz. Stanimir A. Alexandrov, "The 'Baby Boom' of Treaty-Based Arbitrations and The Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as 'Investors' and Jurisdiction *Ratione Temporis*", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 4(1), 2005, s. 26, 27.

lememesi demek, verilen kararın bir değere sahip olmaması anlamına gelecektir.²⁶ Karar her iki tarafın da lehine olabilmekle beraber, çalışmanın sınırları bakımından burada sadece kararın bireyin lehine olması durumu dikkate alınmaktadır. Bireyin lehine verilen bir karara uyuşmazlığın tarafı devletin uygun hareket etmemesi durumunda, diplomatik koruma, verilen kararın icra edilmesini sağlayacak yollardan birisi olarak öngörülmektedir.²⁷ Her ne kadar ICSID tahkimi yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde mükemmel bir yol değilse de, bu uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası iddiaların diplomatik koruma yoluyla ileri sürülmesine nazaran tercih edilen bir yoldur.²⁸ Ancak diplomatik koruma yoluna duyulan ihtiyaç da tamamen ortadan kalkmamaktadır.

ICSID Sözleşmesi'ne taraf devlet ile aynı Sözleşme'ye taraf bir diğer devletin vatandaşı arasında meydana gelen uyuşmazlıklar tahkime taşındıktan sonra diplomatik koruma yolunun belirli şartlar dahilinde işletilmesinin mümkün olduğu adı geçen Sözleşme'nin 27. maddesinde açıkça ifade edilmektedir. Bu durumda diplomatik koruma yolu, ICSID Sözleşmesi uyarınca işletilen tahkim neticesinde verilen kararın uygulanmasını sağlayan bir araç olur.²⁹ Söz konusu şartların neler olduğu ve ne şekilde hareket edilmesi gerektiği birkaç başlık halinde ortaya konabilir.

a. Tahkim Kararı

Tahkim süreci sonucunda, ICSID Sözleşmesi'nin 48. ve 49. maddelerinde öngörülen usule uygun bir karar verilmesi ve taraflara teahhim edilmesi gerekir.

²⁶ Bkz. Andrew P. Tuck, "Investor-State Arbitration Revised: A Critical Analysis of The Revisions and Proposed Reforms to The ICSID and UNCITRAL Arbitration Rules", *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 13(4), 2007, s. 888.

²⁷ Vincent O. Orlu Nmehielle, "Enforcing Arbitration Awards under The International Convention for The Settlement of Investment Disputes", *Annual Survey of International and Comparative Law*, Vol. 7, 2001, s. 40.

²⁸ Diana Marie Wick, "The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change", *The Journal of International Business and Law*, Vol. 11(2), 2012, s. 256.

²⁹ Georges R. Delaume, "ICSID Arbitration Proceedings", *International Tax and Business Lawyer*, Vol. 4(2), 1986, s. 229.

b. Kararın Kişinin Lehine Olması Gerekliliği

Tahkim kararının devlet lehine çıkması ve kişinin bu karara uygun davranmaması o devlete diplomatik koruma yolunun işletilmesi hakkını vermez. Diplomatik koruma, bir devlete kendi vatandaşının uğradığı zararlardan dolayı uluslararası iddiada bulunma hakkını vermekle beraber, kişinin yapmış olduğu davranışlardan dolayı onun vatandaşlığında olduğu devlete yönelik uluslararası iddiaların ileri sürülmesi hakkını tanımaz.³⁰

c. Devletin Verilen Karara Uygun Şekilde Hareket Etmemesi

Devlet, ICSID Sözleşmesi'ne taraf olarak söz konusu sistem içerisinde bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını kabul ettiği takdirde, verilecek kararlara uymayı da kabul etmektedir.³¹ Sözleşme'nin 53. ve 54. maddeleri bu hususu belirtmektedir. Devlet, bu şekilde bir uluslararası yükümlülüğün muhatabı olmakta ve aksi yöndeki davranışı her uluslararası yükümlülüğe uygun davranmamada olduğu gibi uluslararası hukuka aykırılık yaratmaktadır. Devletin tahkim kararına uygun davranmaması onun uluslararası sorumluluğunu doğuracaktır.³² Diplomatik koruma yolunun işletilmesinin ertelen-

³⁰ Sistemin bu şekilde işlemesi tamamen devletlerin siyasi bir tercihi olmuştur. Zira diplomatik koruma yolunun tam tersi koşullar meydana geldiğinde, benzer bir uluslararası hukuk yolu işletilememektedir. Kişi, bizzat kendi davranışlarıyla yabancı devlete zarar verdiğinde, bu devlet kişinin vatandaşlığında olduğu devletten varolan zararlarının giderilmesini talep edemez. (Alain Pellet, "The Second Death of Euripide Mavrommatis? Notes on the International Law Commission's Draft Articles on Diplomatic Protection", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 7(1), 2008, s. 39)

³¹ Tahkim kararlarının uygulanması ile ilgili olarak bkz. Alvarez, s. 448, 449.

³² Bu sistem dahilinde devletin diğer bir devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürmesi, görüldüğü üzere en son söz konusu olmaktadır. Bunun en önemli nedeni şu ana kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere yatırımcıların kendilerinin başvurabileceği bir yolun bulunmasıdır. Bahsedilen sistemi kuran en önemli nedenlerden birisi çok uluslu şirketlerin etkisidir. Zira şirketler açısından çok daha güvenceli bir sistem ortaya konmaktadır. Böylece klasik uluslararası hukukun etkileri ve şirketler açısından meydana getireceği sorunlar en aza indirilmektedir. Bununla beraber uluslararası hukuk, devletlerin daha aktif olduğu bir hukuk alanı olduğu için, uluslararası yatırımlara ilişkin olarak klasik veya modern yapısıyla uluslararası hukukun hiçbir etkinliğinin olmayacağı ve ortaya çıkan her sorunun uluslararası hukuka başvurulmadan çözümleneceği söylenemez. Dolayısıyla başvurulacak en son yol olmakla ve yatırım hukukuna ilişkin düzenlemeler kadar başarılı koruma tekniklerine sahip olmamakla beraber, bu konularda devletin bir başka devlete karşı uluslararası sorumluluğunun doğması

mesine neden olan zarar, zarar veren devletin tahkim kararına uymama yönündeki uluslararası hukuka aykırı davranışıyla değil, çok daha önce gerçekleşen bir başka davranışıyla gerçekleşmiştir. Dolayısıyla, kişinin vatandaşlığında olduğu devletin, zarar veren devletin tahkim kararına uymama yönündeki uluslararası hukuka aykırı davranışıyla neden olduğu zarara yönelik diplomatik koruma yolunu işletmesi, ertelenen değil yeni bir uluslararası iddianın ileri sürülmesi anlamına gelecektir.

d. Kişinin, Diplomatik Koruma Yolunu İşletecek Devletin Vatandaşı Olması

Kişi, bir yatırım yaptığında, söz konusu yatırımdan kar etme amacı güder. Elde edilen karın ve meydana gelen zararların hukuki sonuçları da o kişiye ait olur. Bu sebeple de kişinin bizzat kendisinin yabancı bir devletle olan yatırım ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlığı uluslararası bir iddiayla ileri sürebilmesi büyük bir ilerlemedir.

ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan devlet kendi egemen iradesiyle kişinin tahkim yoluna başvurmasını sağlamakta ve diplomatik koruma yoluna başvurma hakkının kullanımını durumun gereklerine göre gerçekleştireceğini ortaya koymaktadır. Ancak birey bu yolu işletmediği zaman, devlet uyuşmazlığa dahil olabilmektedir. Bu durumda klasik uluslararası hukukun uygulama alanı bulabilmesi mümkündür.³³

her zaman mümkündür. (Bu konuda benzer ve farklı yönleriyle konuya yaklaşımı bakımından bkz. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge/New York/Melbourne, Cambridge University Press, 2010, s. 36 vd.)

³³ Uyuşmazlığın tarafı devletin ICSID kararına uygun olmayan bir şekilde hareket etmesi neticesinde zararı giderilemeyen kişinin vatandaşlığında olduğu devlet bu yolu tamamen kendi adına işletir. ICSID Sözleşmesi'nin en temel amaçlarından birisi, yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların siyasallaşmaması olduğu için bu yolun işletilmesi çeşitli olasılıkları da ortaya çıkarabilir. ICSID Sözleşmesi'nin amacına en uygun şekilde diplomatik koruma yolunun işletilmesinin, kararın kişinin lehine uygun bir şekilde uygulanmasının sağlanmasıyla mümkün olduğu görülmektedir. Bununla birlikte devletin kendi adına bir tazminat talebinde bulunmasını engelleyen bir kural da yoktur. Bu sebeple, diplomatik koruma yolunun son çare olarak işletilmesi aşamasına gelindiğinde, kişinin vatandaşlığında olduğu devletin, ileri sürdüğü uluslararası iddiaların mümkün olduğu kadar politik kaygılardan uzak olması en doğru tercih olur. (Bkz. Orlu Nmehielle, s. 41)

Diplomatik koruma yolunu işletme hakkı, devlete vatandaşlarının uğradıkları zararlara istinaden tanınmış bir haktır.³⁴ Ayrıca diplomatik koruma yoluna başvurulabilmesi için klasik uluslararası hukukta vatandaşlık bağının niteliğine ilişkin bir takım özellikler aranmaktadır.³⁵ Bu sebeple burada değerlendirilmesi gereken mesele ICSID sistemi içerisinde bu niteliklerin yumuşatıldığı sonucuna varılıp varılamayacağıdır. Ayrıca diplomatik koruma yolunun devletin, ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesinin ise kişinin haklarını ön planda tuttuğu ortadadır. Bu sebeple tahkim yoluna başvuracak kişinin vatandaşlık bağının niteliğine ilişkin bir değerlendirmede bulunulmasının yanı sıra tahkimden sonra ilgili koşulların yerine getirilmesiyle başvurulacak diplomatik koruma yolu açısından aranacak vatandaşlık bağının niteliklerinde bir esnekliğin söz konusu olup olmadığının da irdelenmesi gerekmektedir.

ICSID Sözleşmesi'nin 25/2(a) ve 25/2(b) maddelerinde, Sözleşme'de öngörülen tahkim yoluna başvurabilecek kişiler ve bunların vatandaşlık bağı bakımından sahip olması gereken nitelikleri ifade edilmiştir. Kişiler bakımından gerçek kişiler ve tüzel kişiler ayrımı yapılmıştır. 25/2(a)'da gerçek kişiler ele alınmaktadır. Buna göre tahkim yolundan yararlanabilecek gerçek kişilerin Sözleşme'ye taraf diğer devletin vatandaşlığına hem uyuşmazlığın taraflarının tahkim yolunu işleteceklerine yönelik iradelerinin ortaya konduğu hem de uyuşmazlığın Sözleşme'nin 36/3. maddesine göre kaydedildiği tarihlerde sahip olmaları gerekmektedir. 25/2(b) uyarınca tüzel kişiler bakımından bu kişilerin Sözleşme'ye taraf diğer devletin vatandaşlığına yalnızca

³⁴ Bkz. *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK)*, PCIJ Rep Series A No. 2, 1924, s. 12; *The Panevezys – Salduktis Railway Case (Preliminary Objections) (Estonia v. Lithuania)*, PCIJ Rep Series A/B, No. 76, 28 February 1939, s. 16; *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, 2001 ICJ Rep, para. 42.

³⁵ Diplomatik koruma yoluna başvurulabilmesi için aranan vatandaşlık bağının niteliğine ilişkin MDAD ve UAD birtakım tespitlerde bulunmuşlardır. Birden fazla vatandaşlığa sahip kişinin vatandaşlığında olduğu devletlerden birinin diğerine karşı diplomatik koruma yolunu işletemeyeceği yönündeki tespit için bkz. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1949 ICJ Rep, s. 186. Şirket ve şirket hissedarlarının uğradığı zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için aranan koşullara ilişkin tespitler için bkz. *Barcelona Traction Light and Power Company Case*, 1970 ICJ Rep; *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI) Case (United States of America v. Italy)*, 1989 ICJ Rep; *Ahmadou Sadio Diallo Case (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, Preliminary Objections, 2007 ICJ Rep No. 103.

tahkim yoluna başvurulması yönündeki iradenin ortaya konduğu tarihte sahip olunması yeterli görülmüş ve gerçek kişilerde olduğu gibi vatandaşlık bağı bakımından iki aşamalı bir değerlendirme öngörülmemiştir.³⁶ Ayrıca kişi ile vatandaşlığını taşıdığı devlet arasındaki bağı “etkin bir vatandaşlık olması” koşulu da aranmamıştır.³⁷

Devletin, diplomatik koruma yolunu işletebilmesi için vatandaşlık bağı açısından aranan şartlardan birisi vatandaşlığın sürekliliği ilkesidir. Buna göre zarara uğrayan kişinin, zararın meydana geldiği ve bu zarara istinaden uluslararası iddianın ileri sürüldüğü tarihler arasında kesintisiz bir şekilde diplomatik koruma yolunu işletecek devletin vatandaş olması beklenmektedir.³⁸ Bu koşul Taslak Metnin 5. maddesinde de aynen kabul edilmiştir.³⁹

Diplomatik koruma açısından öngörülen vatandaşlığın sürekliliği koşulu ICSID Sözleşmesi’nin 25/2(a) maddesinde daha farklı bir şekilde öngörülmüştür.⁴⁰ Sözleşme’nin 25/2(b) maddesinde ise tüzel kişiler açısından böyle bir koşul öngörülmemiştir. Bu çerçevede sorun, verilen tahkim kararına uyuşmazlığın tarafı devletin uymaması durumunda Sözleşme’ye taraf diğer devletin vatandaşlığın sürekliliğine ne şekilde yaklaşacağı ve hangi zaman dilimini dikkate alacağı noktasında ortaya çıkmaktadır.

³⁶ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition, Cambridge/New York/Melbourne, Cambridge University Press, 2009, s. 274 vd.

³⁷ Devletle kişi arasındaki vatandaşlık bağının etkin bir bağ olması gerektiği yönündeki tespit için bkz. *Nottebohm Case (Second Phase) (Liechtenstein v. Guatemala)*, 1955 ICJ Rep, s. 22.

³⁸ Francisco Orrego Vicuna, “Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement”, *ICSID Review*, Vol. 15(2), 2000, s. 349.

³⁹ http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf. (son erişim tarihi 01.04.2013)

⁴⁰ ICSID Sözleşmesiyle korunmaya çalışılan yatırımcının çıkarıdır. Zira tahkim yoluyla uyuşmazlığın tamamen kişi bakımından sonuçlandırılması hedeflenmektedir. Sözleşme’de tahkim yolundan faydalanabilme hakkı yalnızca Sözleşme’ye taraf devlet vatandaşlarına tanınmıştır. Ancak zarara uğradığı tarihte o devletin vatandaşı olması koşulu aranmayan kişinin, tahkim yolunun işletilmesi yönündeki iradesini beyan ettiği tarihte ve uyuşmazlığın Merkez’in yetkisine girdiğinin onaylandığı tarihler arasında söz konusu devletin vatandaşlığını taşıması gerekliliğinin öngörülmesi yine devlet merkezli düşüncenin bir ürünüdür. Sözleşme’ye taraf bir devletin vatandaşlığını taşıyan kişinin yatırım ilişkisine başladığı tarihte sahip olduğu güvencenin daha sonra vatandaşlığa bağlı olarak elinden alınması ihtimali Sözleşme’nin amaçları bakımından çok da yerinde değildir.

Belirtildiği üzere diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için öncelikle zarara uğrayan kişinin zararın meydana geldiği tarihte, bu yola başvuracak devletin vatandaşı olması gerekmektedir. ICSID Sözleşmesi'nde, tahkim yoluna başvurulabilmesi için zararın meydana geldiği tarihte kişinin Sözleşme'ye taraf diğer devletin vatandaşı olması koşulu aranmamaktadır. Hatta aşağıda da değinileceği üzere ICSID tahkimi bir zarar olmasa da yatırım sözleşmesine ilişkin herhangi bir uyuşmazlığa dayanılarak işletilebilen bir yoldur.

Klasik uluslararası hukuk bakımından eğer kişi zararın meydana geldiği tarihte ICSID Sözleşmesi'ne taraf bir devletin vatandaşı değilse, diplomatik koruma yolunun işletilmesi, meydana gelen önceki zarara göre değil, tahkim kararına uygun hareket edilmemesi neticesinde ortaya çıkan başka bir zarara ilişkin olmaktadır ki bu durum, bir sonraki "zarar" başlığı altında ele alınmaktadır. Taslak metin 17. maddesiyle uluslararası hukukun yatırımların korunması gibi özel alanlarında Taslak Metnin diğer hükümlerinin ancak söz konusu özel hükümlere uygun bir şekilde uygulanacağını ifade etmektedir. Bu durumda Taslak Metnin 5. madde hükmünün ICSID sisteminde diplomatik korumaya ilişkin olarak uygulanamayacağını savunmak mümkündür. Bununla birlikte ICSID Sözleşmesi'nin 27. Maddesi uyarınca mahkeme kararının başka bir zarar olması nedeni ve artık ICSID Sözleşmesi'ne ilişkin özel hükümlerin uygulama alanının kalmadığı iddiasıyla Taslak Madde Hükümlerinin de uygulama alanı bulacağını ileri sürülmesinin önünde de bir engel bulunmamaktadır. Bununla beraber ICSID Sözleşmesi'nin ve Taslak Metnin kişinin çıkarlarına verdiği önem göz önüne alınarak vatandaşlığın sürekliliği kuralının kişi lehine uygulanmasının sağlanması daha uygun olur.

e. Bir Zararın Meydana Gelmiş Olması

Diplomatik koruma yoluna başvurulmasının en önemli şartlarından birisi, kişinin bir zarara uğramasıdır. Kişinin vatandaşlığında olduğu devlet, bu zarara dayanarak kendisinin de zarara uğradığını ve zararının giderilmesini talep eder. Oysa ICSID Sözleşmesinde, tahkime gidebilmek için zarar koşulu aranmamaktadır.⁴¹ Herhangi bir

⁴¹ ICSID Sözleşmesi çerçevesinde tahkim yolunun, var olan bir zarara ilişkin uyuşmazlıklar için işletilmesi hususunda bkz. David Collins, "Reliance Remedies at the International Center for the Settlement of Investment Disputes", *Northwestern*

uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için tahkim yoluna başvurulabileceği ifade edilmektedir.

Bu noktada uyuşmazlığa taraf devletin tahkim süreci sonunda verilen karara uygun davranmaması neticesinde diplomatik koruma yoluna başvurulabilmesi için bir zararın da bulunması gerekmektedir.⁴² İşte tahkim yoluna var olan bir zarardan dolayı başvurulmaması durumunda ne şekilde hareket edileceği de önem arz etmektedir.

Bu konudaki ana kural, zarar olmadan diplomatik koruma yolu işletilemeyeceğidir. Bu sebeple tahkim kararına uyulmamasından anlaşılması gereken ya devletin bir zarara ilişkin olarak kişi lehine verilen tahkim kararına uymaması ya da verilen tahkim kararına uyulmaması neticesinde kişinin zarara uğramasıdır. Ancak 27. maddeden anlaşılması gereken birinci durumdur. Yani kişinin uğradığı zarardan dolayı tahkim yoluna başvurulması ve kişi lehine çıkan karara yabancı devletin uygun davranmamasıdır.

İkinci durumun bu süreç içerisinde değerlendirilememesinin nedeni ise burada başvuru diplomatik koruma yolunun tamamen yeni bir süreç olmasıdır. Dolayısıyla devlet sonradan meydana gelen bu zarara ilişkin olarak diplomatik koruma yolunu işletmek istediğinde, bu yola başvurmanın koşullarının yeniden değerlendirilmesi gerekir. Yabancı devletin bu karara uymaması uluslararası hukuku ihlal etmekte ve bu davranış neticesinde yatırımcı zarara uğramaktadır. Diplomatik koruma yoluna başvurmak için eksik olan tek şart ise iç hukuk yollarının tüketilmesi olmaktadır. İşte bu aşamada kişinin yabancı devletin iç hukuk yollarını tüketmesinin gerekip gerekmediği ya da iç hukuk yollarının tüketilmesini gerektirmeyen bir durumun mu mevcut olduğunun değerlendirilmesi gerekir.

f. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Kuralı

Diplomatik koruma yoluna başvurmanın koşullarından birisi de iç hukuk yollarının tüketilmesidir. Bu kuralla, bir iddianın uluslararası

⁴² *Journal of International Law and Business*, Vol. 29(1), 2009, s. 201 – 210.
Tahkim sürecinde zararın belirlenmesine ilişkin olarak bkz. Lawrence W. Newman, “The Problem of Damages with Damages in International Arbitration”, in *Contemporary Issues in International Arbitration (The Fordham Papers)*, Arthur W. Rovine (Ed.), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, s. 188 – 193.

boyuta taşınmasından önce zarar verdiği iddia edilen devletin idari ve yargısal yolları çerçevesinde çözüm bulunmaya çalışılmaktadır. Eğer bu çerçevede çözüm bulunamazsa yahut iç hukuk yollarına başvurulmasının gerekli olmadığı durumlar söz konusu olmuşsa zarar gören kişinin vatandaşlığında olduğu devlet dilerse diplomatik koruma yolunu işletme hakkını kullanabilir.

ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan devletler, aksini belirtmedikçe, iç hukuk yolları tüketilmeksizin uyuşmazlığın ICSID tahkimiyile sonuçlandırılabilirliğini kabul etmektedirler.⁴³ Bununla beraber, tahkim kararına uyulmaması sebebiyle diplomatik koruma yolunun işletilmesi aşamasına gelindiğinde iç hukuk yollarının tüketilmesinin gerekip gerekmediği ortaya konması gereken hususlardan birisidir. Zira tahkim sonunda verilen karar "*res judicata*" dır.⁴⁴

Eğer zarara ve vatandaşlık bağına ilişkin olarak yukarıda bahsedilen koşullar yerine gelmişse, kişinin vatandaşlığında olduğu devlet, zarar veren devletin iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek olmaksızın diplomatik koruma yolunu işletebilecektir.⁴⁵ Bununla birlikte tahkim kararına uymamanın ayrı bir zarar olarak nitelendirilebilmesi durumunda iç hukuk yollarının tüketilmesi konusu tartışmaya açıktır. Zira bu durumda ICSID Sözleşmesi'nin 27. maddesinin öngördüğü şekilde ertelenen bir süreç yoktur. Bu noktada yeni bir zararla ilgili, yeni bir süreç başlayacaktır. Ancak bu husus ICSID Sözleşmesi'ne taraf bir devletin, bu Sözleşme'ye taraf olarak tahkim kararının nihai karar olacağını kabul ettiği ve bunu yerine getirme yükümlülüğü altında olduğu gerçeği çerçevesinde rahatlıkla çözüme kavuşturulur. Bu durumda tahkim kararına uymayan devlet, kararın gereklerini yerine getirmeyeceğini açıkça ortaya koymuş olur ve iç hukuk yollarının tüketilmesini gerektirmeyen bir koşul ortaya çıkar. Zira o devletin başvurulabilecek bir iç hukuk yolu olmakla birlikte, söz konusu yola başvurmak açıkça faydasız olacak ve bir ihkak-ı haktan imtina durumu doğacaktır.

⁴³ Gauthier Vannieuwenhuysse, "Bringing a Dispute Concerning ICSID Cases and the ICSID Convention Before the International Court of Justice", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 8, 2009, s. 119.

⁴⁴ Victorino J. Tejera Pérez, "Diplomatic Protection Revival for Failure to Comply with Investment Arbitration Awards", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3(2), 2012, s. 460.

⁴⁵ Tejera Pérez, s. 461.

SONUÇ

Uluslararası hukuk klasik görünümünden sıyrılmış, yeni bir anlam kazanmıştır. ICSID Sözleşmesi de bu konudaki önemli gelişmelerden biridir. Sözleşme, kişinin kendi adına uluslararası bir iddiada bulunabilmesinin aracı olmuştur; ancak konuya ilişkin klasik uluslararası hukukun uygulama alanını ve kurumlarını tamamen ortadan kaldırmamıştır. Bu kurumlardan birisi olan diplomatik koruma son çare de olsa, halen bir uluslararası uyuşmazlığın sona erdirilmesinde “çare” olarak görülmektedir. İnsan hakları ve uluslararası yatırım hukuku gibi alanların etkisi henüz diplomatik korumanın devlet merkezli yapısından sıyrılmasını sağlayamamıştır. Bununla beraber ICSID Sözleşmesi çerçevesinde ele alınan uyuşmazlıklardan doğan zararların giderilmesinde, devletin, kişinin çıkarlarını korumak adına hareket etmesi zaten Sözleşme’ye taraf olmakla kabul ettiği bir yükümlülüktür. Dolayısıyla diplomatik koruma, Taslak Metnin 19. maddesinde de öngörüldüğü üzere, devletin elde ettiği zarar giderimini, zarara uğrayan kişiye yansıtmasıyla, amaca uygun bir şekilde kullanılmaya açıktır; fakat devletin aksi yönde bir davranışla söz konusu zarar giderimini kendisinde saklı tutmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

KAYNAKLAR

- Akkutay Ali İbrahim, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Alexandrov Stanimir A., “The ‘Baby Boom’ of Treaty-Based Arbitrations and The Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as ‘Investors’ and Jurisdiction *Ratione Temporis*”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 4(1), 2005, s.19 – 59.
- Alvarez José Enrique, “The Public International Law Regime Governing International Investment”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 344, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, s. 193 – 541.
- Amerasinghe C. F., “Jurisdiction *Ratione Personae* Under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 47(1), 1975, s. 227 – 267.

- Annacker Claudia, "Protection and Admission of Sovereign Investment under Investment Treaties", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 10(3), 2011, s. 531 – 564.
- Baker James C. ve Yoder, Louis J., "ICSID and Calvo Clause – A Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 5(1), 1989-1990, s. 75 – 95.
- Borchard Edwin M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1916.
- Collins David, "Reliance Remedies at the International Center for the Settlement of Investment Disputes", *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol. 29(1), 2009, s. 195 – 216.
- Davies Arwel, "Scoping the Boundary between the Trade Law and Investment Law Regimes: When does a Measure Relate to Investment?", *Journal of International Economic Law*, Vol. 15(3), 2012, s. 793 – 822.
- Delaume Georges R., "ICSID Arbitration Proceedings", *International Tax and Business Lawyer*, Vol. 4(2), 1986, s. 218 – 229.
- Horn Norbert, "Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means", in *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects*, Norbert Horn (Ed.), The Hague, Kluwer Law International, 2004, s. 3 – 31.
- Juillard Patrick, "Calvo Doctrine/Calvo Clause", in R. Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008 –, online edition, [www.mpepil.com], Son erişim tarihi 01.04.2013.
- Koopmans Sven M. G., *Diplomatic Dispute Settlement – The Use of Inter-State Conciliation*, The Hague, TMC Asser Press, 2008.
- Larsen Clifford, "ICSID Jurisdiction: The Relationship of Contracting States to Sub-State Entities", in *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects*, Norbert Horn (Ed.), The Hague, Kluwer Law International, 2004, s. 353 – 386.
- Newman Lawrence W., "The Problem of Damages with Damages in International Arbitration", in *Contemporary Issues in International Arbitration (The Fordham Papers)*, Arthur W. ROVINE (Ed.), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, s.185 – 194.
- Orlu Nmehielle Vincent O., "Enforcing Arbitration Awards under The International Convention for The Settlement of Investment Disputes", *Annual Survey of International and Comparative Law*, Vol. 7, 2001, s. 21 – 48.
- Orrego Vicuna Francisco, "Claims, International", in R. Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008 –, online edition, [www.mpepil.com], Son erişim tarihi 01.04.2013.
- Orrego Vicuna Francisco, "Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement", *ICSID Review*, Vol. 15(2), 2000, s.340 – 361.
- Pellet Alain, "The Second Death of Euripide Mavrommatis? Notes on the International Law Commission's Draft Articles on Diplomatic Protection", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 7(1), 2008, s. 33 – 58.

- Rubins Noah, "The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration", in *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects*, Norbert Horn (Ed.), The Hague, Kluwer Law International, 2004, s. 283 – 324.
- Sabahi Borzu, "The Calculation of Damages in International Investment Law", in *New Aspects of International Investment Law (Les aspects du droit des investissements internationaux)*, Philippe Kahn ve Thomas W. Walde (Ed.), Hague Academy of International Law, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, s. 553 – 595.
- Sacerdoti Giorgio, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 269, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, s. 251 – 460.
- Schreuer Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition, Cambridge/New York/Melbourne, Cambridge University Press, 2009.
- Schreuer Christoph, "International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)", in R. Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008 –, online edition, [www.mpepil.com], Son erişim tarihi 01.04.2013.
- Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge/New York/Melbourne, Cambridge University Press, 2010.
- Şit Köşgeroğlu Banu, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Tejera Pérez Victorino J., "Diplomatic Protection Revival for Failure to Comply with Investment Arbitration Awards", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3(2), 2012, s. 445 - 475
- Tuck Andrew P., "Investor-State Arbitration Revised: A Critical Analysis of The Revisions and Proposed Reforms to The ICSID and UNCITRAL Arbitration Rules", *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 13(4), 2007, s. 885 – 922.
- Tunic D., "The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID) and Diplomatic Protection", *Thesaurus Acroasium, United Nations Decade of International Law*, Vol. XXIII, 1998, s. 447 – 461.
- Vannieuwenhuysse Gauthier, "Bringing a Dispute Concerning ICSID Cases and the ICSID Convention Before the International Court of Justice", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 8, 2009, s. 115 – 141.
- Wick Diana Marie, "The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change", *The Journal of International Business and Law*, Vol. 11(2), 2012, s. 239 – 291.
- UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York/Geneva, United Nations, 2010.
- UNCTAD, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York/Geneva, United Nations, 2005.
- Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 18.03.1965, 575 UNTS 160, No. 8359.

- Ahmadou Sadio Diallo Case (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, Preliminary Objections, 2007 ICJ Rep No. 103.
- Amco Asia Corporation et al. v. Indonesia*, Decision on Annulment, International Centre for Settlement of Investment Disputes: Decision of Ad Hoc Committee, [16 May 1986] 25 ILM 1441.
- Barcelona Traction Light and Power Company Case*, 1970 ICJ Rep.
- Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) Case (United States of America v. Italy)*, 1989 ICJ Rep.
- Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/96/3)*, Decision on Objections to Jurisdiction of 11 July, 1997, 5 ICSID Rep. 186, 2002.
- LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, 2001 ICJ Rep.
- Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/00/2)*, Award, 15 March 2002, 6 ICSID Reports 308, 2004.
- Nottebohm Case (Second Phase) (Liechtenstein v. Guatemala)*, 1955 ICJ Rep.
- Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1949 ICJ Rep.
- The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK)*, PCIJ Rep Series A No. 2, 1924.
- The Panevezys – Salduviskis Railway Case (Preliminary Objections) (Estonia v. Lithuania)*, PCIJ Rep Series A/B, No. 76, 28 February 1939.
- Zhinvali Development Limited v. Republic of Georgia (ICSID Case No. ARB/00/1)*, Award, 24 January 2003, 10 ICSID Reports 3, 2006.