

---

## İNCELEMELER

---

### ULUSLARARASI YATIRIMLARDA “DOLAYLI KAMULAŞTIRMA” VE DÜZENLEYİCİ YETKİLER

Yrd. Doç. Dr. Pınar BAKLACI\*

#### Giriş

Küreselleşme sonucu uluslararası yatırımlar artmış ve ülkelerin yabancı sermayeyi çekme yarışı hızlanmıştır. Uluslararası yatırımı çekebilmek ve uluslararası yatırımcıları artırabilmek için öngörülebilir bir sistem oluşturmak ve yabancılara belirli güvencelerin verilmesi gereklidir. Örneğin yatırımcı, mülkiyet hakkına müdahale konusunda güvenceler arayacak, uyuşmazlık çıkması durumunda uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesini talep edebilecektir. Kamulaştırmaya ilişkin uyuşmazlıklarda da tahkim yolu ile çözüm konusu çok önemlidir. Bu sebeple yatırımın yapıldığı devletlerin tahkime izin verip vermeyeceği önemli bir konudur. Ayrıca devletlerin uluslararası örgüt ve kuruluşlara üyelikleri, uluslararası antlaşmalara taraf olmaları, uygulanacak kuralların belirlenmesi açısından çok önem taşımaktadır. Örneğin Türkiye “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States-ICSID*)”ye taraftır<sup>1</sup>. ICSID Söz-

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> ICSID için bkz., RG., 06.12.1988, S. 19830, Ayrıca bkz., ENVER BOZKURT ve SÜLEYMAN DOST, *Devletlerin Yabancı Yatırımcıların Mülkiyet Hakkına Müdahalesine İliş-*

leşmesi olarak anılan Washington Sözleşmesi, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için bir merkez kurmuştur<sup>2</sup>. Yatırım uyuşmazlıklarında önemli ve güvenilir tahkim imkanı sağlanması nedeniyle Türkiye'ye gelecek yatırımcılar açısından Türkiye'nin ICSID'e taraf olması çok önemlidir. Uygulamada kamulaştırmaya (*expropriation*) ilişkin uyuşmazlıklar uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının en önemli bölümünü oluşturmaktadır. Türkiye'nin de bu konuda devam eden birçok davası bulunmaktadır<sup>3</sup>.

Aynı zamanda Türkiye kamulaştırmaya ilişkin düzenlemeler içeren birçok çok taraflı ticaret ve yatırım antlaşmasına taraftır. Bu antlaşmalara örnek olarak Enerji Şartı Antlaşması<sup>4</sup> (*Energy Charter Treaty-ECT*) ve iki taraflı yatırım antlaşmaları (*Bilateral Investment Treaties-BIT*) gösterilebilir.

Uluslararası hukukta devletlerin kamulaştırma yapabileceği, ancak bu hakkın kullanımının belirli şartlara bağlı olduğu kabul edilmiştir<sup>5</sup>. Devletlerin bu hakkı egemenlik yetkisine dayandırılır. Kamulaştırmanın belirli şartlar içermesinin dayanağını özel mülkiyetin korunması prensibi oluşturur<sup>6</sup>. Ayrıca uluslararası örf ve adet kurallarından “yabancıнын mülkiyetinin korunmasında asgari standart” (*minimum standart for protection of alien property*) gereği de kamulaştırma belirli sınırlar içerisinde yapılmalıdır. Ülkeye yatırım kararına

---

kin Olarak ICSID Tahkim Uygulamasında Ortaya Çıkan Genel Presipler ve Sonuçları, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt 1, 1-17. İLHAN YILMAZ, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, Beta 2004. Ayrıca BİLGİN TIRYAKIOĞLU (1), Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları, 1 (2) 2007, 169-184.

<sup>2</sup> Detaylı bilgi için bakınız: ENVER BOZKURT ve SÜLEYMAN DOST (dn. 1), 1-17, İLHAN YILMAZ, (dn. 1).

<sup>3</sup> Örneğin *Libananco v. Türkiye* (ICSID ARB/06/8) *Cementownia v. Türkiye* (ICSID ARB(AF)/06/2), *Europe Cement v. Türkiye* (ICSID ARB(AF)/07/2), *Alapli Elektrik B.V. v. Türkiye* (ICSID ARB/08/13) elektrik imtiyazına ilişkin uyuşmazlıklar ve telekomünikasyon konusunda devam etmekte olan *Saba Fakes v. Türkiye* (ICSID ARB/07/20) davası bulunmaktadır. Sonuçlanan *PSEG Global Inc., Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Türkiye* davasında da kamulaştırma özellikle de dolaylı kamulaştırma konusu gündeme gelmiştir (ICSID ARB/02/5).

<sup>4</sup> Enerji Şartı Antlaşması'nın Türkçe metni için bkz., RG., 12.07.2000, S. 24107, Mükerrer.

<sup>5</sup> Aşağıdaki bölümde detaylı tartışılacaktır.

<sup>6</sup> Detaylı bilgi için bkz., IAN BROWLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Sixth Ed. 2003.

izin verme ülkenin takdirinde ve egemenliğinde olmakla birlikte yatırıma izin verdikten sonra da belirli kurallara uyulması gereklidir. Uluslararası hukukta devletlerin kamulaştırma yapmasını engelleyen bir kural bulunmamaktadır ve antlaşmada istikrar kaydı (*stabilization clause*) kabul edilmiş olsa bile devletin kamulaştırma hakkı engellenmemektedir<sup>7</sup>. Devletlerin uluslararası alanda sorumlu olması için yapılacak kamulaştırmanın belirli şartlara bağlı olması gereklidir.

Kamulaştırmaya ilişkin iki taraflı yatırım anlaşmalarında, çok taraflı yatırım anlaşmalarında ve uluslararası tahkim kararlarında temel prensipler belirlenmiştir. Özellikle bu konuda ICSID kararları yol gösterici olmuştur. Sonuç olarak, bu konuda hem uluslararası örf ve adet hukukundan kaynaklanan hem de antlaşmalardan kaynaklanan ve uygulanan standartlar ve kurallar bulunmaktadır<sup>8</sup>. Ancak günümüzde uyuşmazlıklar klasik anlamdaki kamulaştırmalardan çok dolaylı kamulaştırmadan kaynaklanmaktadır. Çalışmada uluslararası yatırımlar alanında dolaylı kamulaştırma kavramı incelenecek ve ilgili dava örnekleri değerlendirilecektir. Ayrıca, devletin düzenleyici yetkiler (*regulatory powers*) ve "polis kudretine" (*police powers*)<sup>9</sup> dayanarak yapacağı işlemlerin kamulaştırma sayılıp sayılmayacağı ve bu durumda tazminat ödenip ödenmeyeceği konusuna değinilecektir. Bu konuda kamulaştırmaya ilişkin çıkabilecek sorunlar vurgulandıktan sonra soruna çözüm olabilmesi açısından antlaşmalarda kamulaştırmaya ilişkin düzenlemelerin nasıl yapılabileceği konusuna örnek olması amacıyla bazı model iki taraflı yatırım antlaşmalarından bahsedilecektir. Yatırımcı açısından olduğu kadar yatırım yapılan ülke açısından da uluslararası hukukta, özellikle de dolaylı kamulaştırma kavramının bilinmesi, hem devletlerin haklarını ve sorumlulukları bilmeleri açısından hem de yapacakları yatırım antlaşmalarına düzenlemeler getirebilmeleri açısından oldukça önemlidir.

<sup>7</sup> İstikrar kaydı ve yatırım antlaşmalarında kullanımı için bkz., M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Second ed., 2004, 407-410.

<sup>8</sup> AUGUST REINISCH (1), *Legality of Expropriation, Standards of Investment Protection*, Chapter 9, edited by August Reinisch, Oxford University Press, 2008, 172.

<sup>9</sup> İfade ve açıklama için bkz., KEMAL GÖZLER, *İdare Hukukuna Giriş*, 5. Baskı 2006, 22: Polis devletindeki polis ifadesi kamunun refah ve huzurunu sağlamaya yönelik tüm devlet faaliyetleri anlamında kullanılmıştır, devletin bu faaliyetleri yürütebilmek için sahip bulunduğu sınırsız ve denetimsiz güce ise polis kudreti denmiştir.

### Genel Olarak Kamulaştırma:

Öncelikle kamulaştırmanın ne olduğundan bahsetmek gerekir. T.C. Anayasası madde 46'ya göre kamulaştırma, devlet ve kamu tüzel kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamının veya bir kısmının, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, mülkiyetini zorla devralmasıdır<sup>10</sup>. T.C. Kamulaştırma Kanunu'na<sup>11</sup> göre kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların ve amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde irtifak hakkının idare adına tescilini düzenlemektedir<sup>12</sup>. Sonuç olarak, T.C. Kamulaştırma Kanunu'na göre kamulaştırma için kamu yararı olmalıdır, ayrıca kanunda düzenlenen şekilde bedel ödenmesi gereklidir, son olarak kanunda belirtilen usule uygun kamulaştırma yapılması gerekmektedir.

Ancak kamulaştırmanın sözleşme ihlalden farklı bir kavram olduğunu belirtmek gerekir<sup>13</sup>. Uluslararası hukukta kamulaştırma kavramının tarihsel gelişimine bakıldığında, ilgili davalar ve iki taraflı yatırım antlaşmaları incelendiğinde uluslararası alanda kamulaştırmada 4 şart aranmaktadır<sup>14</sup>. İlk olarak kamulaştırmanın kamu yararı için yapılması gerekmektedir<sup>15</sup>. Bu şart hem davalarda yer almış hem de uluslararası örf ve adet kuralı olarak kabul edilmiştir<sup>16</sup>. Burada kastedilen sadece kamu yararına yapılacak bir atıf değil gerçekten

<sup>10</sup> İdare hukukunda kamulaştırma için bkz., KEMAL GÖZLER, (dn. 9), Yönetim Hukuku, A.ŞEREF GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, 25, Bası 2007, 266.

<sup>11</sup> Kanun no: 2942, Kabul Tarihi: 4.11.1983, RG., 8.11.1983, S. 18215.

<sup>12</sup> 2942 sy. Kanun, madde 1.

<sup>13</sup> Uygulamada birbiriyle karışabilecek iki kavramdır. Sözleşme ihlali mi kamulaştırma mı tartışmaları için bkz., AUGUST REINISCH (2), Expropriation, Oxford handbook of International Investment Law edited by Peter Munchlinski, Federico Ortino ve Christoph Schreuer, Substantive Issues-5, Oxford University Press, (2008), 417-420.

<sup>14</sup> UNCTAD, Taking Property, 2000, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, <<http://www.unctad.org/en/docs/psiteiitd15.en.pdf>> (erişim tarihi: 20.04.2009). En son *ADC v. Macaristan*, ICSID ARB/03/16, 2.10.2006, davasında bu 4 şart sayılmıştır.

<sup>15</sup> Türkçe kavramlar için bkz., BİLGİN TIRYAKIOĞLU (2), Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı, Ankara 2003, 178-180.

<sup>16</sup> AUGUST REINISCH (1) (dn. 8), 178.

kamu yararı için yapılmış olmasıdır<sup>17</sup>. İkinci şart kamulaştırmanın ayrımcı olmamasıdır. Bu şart da hem antlaşmalarda düzenlenmiştir hem de davalarda ele alınmış ve uluslararası örf ve adet kuralı olarak kabul edilmiştir<sup>18</sup>. Üçüncü şart kamulaştırmanın usul kurallarına uygun yapılmış olmasıdır. Bu şartın uluslararası örf ve adet kuralı olup olmadığı konusu hala tartışmalıdır<sup>19</sup>. Ancak bu kuralın "asgari standart" (*minimum standard*) kuralının veya "adil ve hakkaniyetli muamele" (*fair and equitable treatment*) ilkesinin ifadesi olduğu ileri sürülmüştür<sup>20</sup>. Son şart kamulaştırmada tazminat ödenmesidir<sup>21</sup>. Kamulaştırmada tazminat ödenmesi gerekliliği hem antlaşmalarda hem de uluslararası hukukta kabul görmüştür ancak ödenecek miktara ilişkin bir kural bulunmamaktadır<sup>22</sup>. Doktrinde sıkça kullanılmış ve tartışılmış olan "hemen, uygun, etkili ödeme" (*prompt, adequate, effective payment*) yapılmasını benimseyen "Hull formülü" uluslararası örf ve adet kuralı olarak kabul edilmemektedir<sup>23</sup>.

Sonuç olarak kamulaştırma kamu yararı için, ayırım yapmadan ve usul kurallarına uygun ve karşılığında tazminat ödenerek yapılır. Ancak belirtmek gerekir ki uluslararası hukukta kamulaştırmaya özellikle de aşağıda ele alınacak dolaylı kamulaştırmaya hem gayri maddi haklar hem de sözleşmeden doğan haklar konu olabilmektedir. Buradaki kavramın kapsamı ulusal hukuktaki kapsamından daha geniş olabilmektedir.

<sup>17</sup> *ADC v. Macaristan*, ICSID ARB/03/16, 2.10.2006, paragraf 432. AUGUST REINISCH (1) (dn. 8), 185.

<sup>18</sup> AUGUST REINISCH (1) (dn. 8), 187-190.

<sup>19</sup> AUGUST REINISCH (1) (dn. 8), 191-193.

<sup>20</sup> DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, 91.

<sup>21</sup> Kamulaştırmada tazminat ödeme koşulu ile ilgili detaylı bilgi için bkz., M. SORNARAJAH (dn. 7), 435-488.

<sup>22</sup> AUGUST REINISCH (1) (dn. 8), 194-199.

<sup>23</sup> AUGUST REINISCH (1) (dn. 8), 194-199. Amerikan mallarının Meksika tarafından kamulaştırılması sırasında gündeme gelen Hull formülü kamulaştırma karşılığında "hemen, uygun, etkili ödeme" yapılmasını benimser. Detaylı bilgi için bkz., M. SORNARAJAH (dn. 7), 147, 475.

## Uluslararası Yatırım Hukukunda Kamulaştırmanın Tarihsel Gelişimi:

Kamulaştırma konusunda ilk uluslararası belge 1962 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Devletlerin Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Kararı'dır<sup>24</sup>. Kararda öncelikle devletin doğal zenginlik ve kaynakları üzerindeki egemenlik hakkı bulunduğu belirtilmiştir<sup>25</sup>. Daha sonra kararda millileştirme, kamulaştırma veya el koyma işlemlerine yer verilmiştir. Karar'a göre:

*“Millileştirme, kamulaştırma veya el koyma ister yerli ister yabancı olsun, ferdi veya özel menfaatlara üstün olduğu kabul edilen kamu yararı, kamu güvenliği veya milli menfaat gerekçe veya sebeplerine istinat edecektir. Böyle durumlarda, malike, egemenliğini kullanmak suretiyle bu gibi tedbirleri alan Devlette yürürlükte olan kurallara göre ve milletlerarası hukuka uygun şekilde, uygun tazminat verilecektir. Tazminat sorununun bir uyuşmazlığa yol açtığı herhangi bir durumda, bu gibi tedbirleri alan Devletin milli mercileri tüketilecektir. Ancak, egemen Devletle diğer ilgili tarafın anlaşması üzerine ihtilafın halli için tahkim veya milletlerarası adli tasviye yoluna gidilmelidir<sup>26</sup>.*

Karar'a göre kamulaştırma kamu yararı, kamu güvenliği veya ulusal çıkarlar amacıyla ve uygun miktarda tazminat ödenerek yapılabilir.<sup>27</sup> 1974 tarihli Birleşmiş Milletlerin Devletlerin Ekonomik Haklarına ve Ödevlerine ilişkin Şartı bulunmaktadır<sup>28</sup>. Bu Karar'da da devletlerin bütün zenginliklerinde, doğal kaynaklarında ve ekonomik faaliyetleri

<sup>24</sup> 1803 sayılı Karar, UNGA Resolution 1803(XVII) 1962 (*Permanent Sovereignty over Natural Resources*). Kararların Türkçesi için bkz., ASLAN GÜNDÜZ, Milletlerarası Hukuku, Temel Belgeler Örnek Kararlar, Beta, geliştirilmiş 3. baskı 1998, 120-133. Ayrıca bkz., IAN BROWLIE, (dn. 6), 512-520, BİLGİN TIRYAKIOĞLU (2) (dn. 15), BİLGİN TIRYAKIOĞLU (3), “Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler”, Ekonomik İstikrar Büyüme ve Yabancı Sermaye-Panel, (Yayına Hazırlayan: Ali TARHAN), (Ankara: TCMB, 2001). ENVER BOZKURT ve SÜLEYMAN DOST, (dn. 1), 1-17, AUGUST REINISCH (1) (dn. 8), 174-175.

<sup>25</sup> Bkz., Karar madde 1.

<sup>26</sup> Kararın Türkçesi ASLAN GÜNDÜZ (dn. 24), 122'den alınmıştır.

<sup>27</sup> Karar madde 4. BİLGİN TIRYAKIOĞLU (3), (dn. 24).

<sup>28</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 3281 sayılı Kararı (1974), UNGA Resolution 3281 (XXIX) 1974 (*Charter of Economic Rights and Duties of States*). Ayrıca detaylı bilgi için bkz., BURNS H. WESTON, *The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-owned wealth*, American Journal of International Law, Temmuz 1981, 437.

üzerinde daimi egemenliği olduğu kabul edilmiştir<sup>29</sup>. Kamulaştırma ile ilgili olarak da sadece kamu yararı ve tazminattan bahsedilmiştir<sup>30</sup>.

*Yabancı malların mülkiyetini millileştirme, kamulaştırma veya devretme hakkına sahiptir; bu tedbirleri alan Devlet ilgili kanun ve nizamlarını ve alakalı gördüğü bütün şartları dikkate alarak, uygun bir tazminat vermelidir. Tazminat meselesinin ihtilafa yolaştığı herhangi bir durumda, ihtilaf, millileştirmeyi yapan Devletin iç kanunlarına göre ve mahkemeleri tarafından çözümlenecektir. Meğer ki, bütün ilgili devletler, devletlerin egemen eşitliği esasına göre, ve araçların serbestçe seçilmesi ilkesine uygun şekilde diğer barışçı araçların bulunmaya çalışılması konusunda serbestçe ve karşılıklı olarak mutabık kalsınlar<sup>31</sup>.*

Kamulaştırmaya ilişkin yaklaşımın gelişiminde yargı kararlarının önemli katkıları olmuştur örneğin İran- Amerika Birleşik Devletleri (A.B.D.) Talep Mahkemesi (*Iran-US Claims Tribunal*) kararlarının bu konuda büyük katkısı olmuştur. Yirmi yıllık bir süreçte 60 karar ile hem doğrudan hem de dolaylı kamulaştırma ile ilgili birçok karar verilmiş hem de bu konudaki tartışmalar gelişmiştir<sup>32</sup>.

Kamu yararı için ayırım yapmadan ve usul kurallarına uygun olarak yapılan ve karşılığında uygun miktarda tazminat ödenen kamulaştırma yasal olacak aksi takdirde ortada yasal olmayan bir kamulaştırma bulunacaktır. Kamulaştırmanın yasal olup olmamasının farklı sonuçları bulunmaktadır. Yasal kamulaştırmada tazminat ödenir ve bu uluslararası hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Oysa yasal olmayan kamulaştırmada ilk eski hale getirme uygulanacaktır, bunun mümkün olmaması halinde parasal alternatifler düşünülecektir<sup>34</sup>. Ayrıca yasal olmayan kamulaştırmanın önemli bir sonucu da devletin sorumluluğunun söz konusu olmasıdır<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Madde 2/1.

<sup>30</sup> Madde 2.

<sup>31</sup> Madde 2/2 (c), Şartın Türkçesi ASLAN GÜNDÜZ, (dn. 24), 128'den alınmıştır.

<sup>32</sup> MAURIZIO BRUNETTI, *Introduction, Recurring Themes*, Indirect Expropriation in International Law; ayrıca VEIJO HEISKANEN, *The Contribution of the Iran-United States Claims Tribunal to the development of the Doctrine of Indirect Expropriation*, International Law Forum, V 5, N 3, August 2003. Ayrıca detaylı bilgi için bkz., AUGUST REINISCH (2), (dn. 13).

<sup>33</sup> AUGUST REINISCH (1), (dn. 8), 200, M. SORNARAJAH, (dn. 7), 345.

<sup>34</sup> AUGUST REINISCH (1), (dn. 8), 200.

<sup>35</sup> DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, (dn. 20), 92.

Sonuç kamulaştırma konusunda uluslararası hukukta evrensel bir kural olup olmadığı tartışmalıdır. Yukarıda da bahsedildiği gibi kamulaştırmanın kamu yararına olması, usul kurallarına uygun olması ve ayrımcı olmaması gerektiği kurallarının dayanağı uluslararası örf ve adet kuralı olarak belirtilmiştir<sup>36</sup>. Birçok davada da bu yönde karar verilmiştir<sup>37</sup>. Tazminatın kapsamı konusunda ise henüz uluslararası örf ve adet kuralı olacak bir kural bulunmamaktadır.

Makalede sadece kamulaştırma konusu ele alınmakla birlikte uygulamada uyuşmazlık çıktığında uyuşmazlık diğer ilkelere de değinilerek değerlendirilmektedir. Örneğin ulusal muamele, asgari standart kuralı, adil ve hakkaniyetli muamele ve diğer devletlerin haklarına saygı gibi ilkeler de kamulaştırma ile birlikte değerlendirilmektedir<sup>38</sup>. Antlaşmalarda kamulaştırmanın şartlarına ve sonuçlarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır; ancak kamulaştırmanın hak olduğu açıkça düzenlenmemiştir<sup>39</sup>.

Uygulamada kamulaştırmaya ilişkin düzenlemeler ilgili çok taraflı antlaşmalarda, iki taraflı yatırım antlaşmalarında, ve ilkelere düzenlenmektedir. Örneğin Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (*North America Free Trading Agreement-NAFTA*) madde 1110, Enerji Şartı Antlaşması (*Energy Charter Treaty-ECT*) madde 13<sup>40</sup>, Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi (*Multilateral Investment Guarantee Agency Convention-MIGA*) madde 11 (a) ii, Dünya Bankasının Yabancı Yatırıma Muamele İlkelerinde (*1992 World Bank Guidelines on Treatment of Foreign Direct Investment*) düzenlenmektedir.

Genelde kamulaştırmaya ilişkin düzenleme iki taraflı yatırım antlaşmalarında yer almaktadır. İstisnalar hariç tipik iki taraflı yatırım antlaşmalarında yatırımcıyı koruyan ve kamulaştırma ile birlikte de-

36 AUGUST REINISCH (1) (dn. 8).

37 AUGUST REINISCH (1) (dn. 8), AUGUST REINISCH (2), (dn. 13).

38 ROBERT VOLTERRA, Mitigating Expropriation risk for oil and gas investment in the Caspian Region, presentation to IEA Roundtable, 15 April 2003. <<http://www.iea.org/Textbase/work/2003/caspian/Volterra.pdf>> (erişim tarihi: 20.04.2009).

39 DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, (dn. 20).

40 Ayrıca bkz., ROBERT VOLTERRA, (dn. 38), JUSTIN R. MARLLES, *Public Purpose, private losses: regulatory expropriation and environmental regulation in international investment law*, *Journal of Transnational Law & Policy*, Spring 2007. ANNE K. HOFFMANN, "Indirect Expropriation", in *Standards of Investment Protection*, Edited by August Reinisch, Oxford University Press, 2008, 151-170.



ğerlendirilebilecek ulusal muamale (*national treatment*), en çok gözetilen ulus kaydı (*most favored nation clause-MFN*), kamulaştırma (*expropriation*), adil ve hakkaniyetli muamele (*fair and equitable treatment*) ve uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin (*dispute settlement*) düzenlemeler bulunmaktadır<sup>41</sup>. İki taraflı yatırım antlaşmalarında ve bazı model iki taraflı yatırım antlaşmalarında kamulaştırma detaylı olarak düzenlenmektedir. Bazı düzenlemeler aşağıda bahsedilecek olan dolaylı kamulaştırma konusunu da düzenlemektedir.

### Dolaylı Kamulaştırma:

Kamulaştırma yukarıda da incelendiği üzere kamu yararı için, ayırım yapmadan ve usul kurallarına uygun ve karşılığında tazminat ödenecek malları ve hakları devralmadır<sup>42</sup>. Uluslararası hukukta kamulaştırma "doğrudan kamulaştırma" ve "dolaylı kamulaştırma" (*indirect expropriation*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Ayrıca "dolaylı kamulaştırma" altında da sürüngen<sup>43</sup> kamulaştırma veya başka bir ifadeyle sinsi kamulaştırma (*creeping expropriation*) şeklinde bir çeşit bulunmaktadır.

Doğrudan kamulaştırmada hak sahibinin hakkı doğrudan etkilenmektedir ve hak sahibinin mülkiyet hakkı elinden alınmaktadır. Dolaylı kamulaştırmada<sup>44</sup> ise mülkiyet hakkına dokunulmamakla birlikte, hakkın kullanımına ilişkin etkiler ve kısıtlamalar yaşanmaktadır. Uygulamada bazı düzenlemelerde "dolaylı kamulaştırma" kavramına açıkça yer verilmiştir.

Bazı model iki taraflı yatırım antlaşmalarında dolaylı kamulaştırmanın tanımı verilmiştir. Örneğin 2004 tarihli Amerika Birleşik Devlet-

<sup>41</sup> Detaylı bilgi için bkz., M. SORNARAJAH, (dn. 7), BİLGİN TİRYAKİOĞLU (2), (dn. 15).

<sup>42</sup> Detaylı bilgi için bkz., M. SORNARAJAH, (dn. 7), 345-352, BİLGİN TİRYAKİOĞLU (2), (dn. 15), Millileştirme (*nationalization*): - large scale takings-El koyma-müsadere (*confiscation*): taking without compensation, STEVEN R. RATNER, *Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law*, American Journal of International Law, Temmuz 2008, 475-528.

<sup>43</sup> BİLGİN TİRYAKİOĞLU (2), (dn. 15), s. 191. Ekonomide "creeping inflation" çevirisinin "sinsi enflasyon" olarak kullanılması sebebiyle terminoloji birliği açısından "sinsi kamulaştırma" kavramının kullanılması düşünülebilir.

<sup>44</sup> AUGUST REINISCH (1), (dn. 8), 358-395. AUGUST REINISCH (2), (dn. 13).

leri Model İki Taraflı Yatırım Antlaşması'nda kamulaştırmaya ilişkin Ek B'de hem dolaylı kamulaştırma kavramı açıklanmış hem de dolaylı kamulaştırmaya nasıl karar verileceğinin yol haritası çizilmiştir<sup>45</sup>:

*“4. ...mülkiyet hakkının resmi transferi olmadan yapılan işlem veya işlemlerle aynı etkinin doğrulmasında dolaylı kamulaştırma sözkonusudur.*

*(a) Bir ya da birden fazla işlemin dolaylı kamulaştırma olup olmadığına tespitinde her olay ayrı incelenmelidir ve kanıta dayalı inceleme yapılmalıdır. İncelemede aşağıda sayılanlar dikkate alınır:*

*(i) devlet işleminin ekonomik etkisi, ancak yapılan işlem veya işlemlerin ekonomik etki doğurması tek başına dolaylı kamulaştırma oluşturmaz;*

*(ii) devlet işleminin ayrı ve makul yatırım beklentilerine müdahalesi; ve*

*(iii) devlet işleminin niteliği.”*

Türkiye'nin taraf olduğu bazı iki taraflı yatırım antlaşmalarında da “dolaylı kamulaştırma” düzenlenmiştir. Örneğin *Türkiye Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Antlaşması'nın* kamulaştırmaya ilişkin 3. maddesinde:<sup>46</sup>

*“... Yatırımlar, kamu yararı amacı ile yapılacaklar dışında ve ayırım gözetmeyecek biçimde ve yeterli ve etkin tazminatın zamanında ödendiği ve yürürlükteki mevzuata ve Madde II (2) de konu edilen genel prensiplere uygun olarak hareket edildiği haller dışında dolaylı veya doğrudan doğruya kamulaştırılmayacak veya devletleştirilmeyecek veya kamulaştırma veya devletleştirmeye “kamulaştırma” eşit işlemlere tabî tutulmayacaktır.”*

Aynı şekilde *Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşması'nın* kamulaştırmaya ilişkin 3. maddesinde<sup>47</sup>:

<sup>45</sup> <<http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>> (erişim tarihi: 20.04.2009).

<sup>46</sup> RG., 13.08.1989, S. 20251.

<sup>47</sup> RG., 01.05.1994, S. 21921.

"Aşağıda belirtilen şartlar sağlanmadıkça, Akit Taraflardan birinin vatandaşı veya şirketlerinin yatırımları diğer Akit Taraf ülkesinde kamulaştırılmayacak veya devletleştirilmeyecek veya eşit etkisi olan önlemlere maruz kalmayacaktır."

*Türkiye Cumhuriyeti ile İspanya Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nın 5. maddesinde*<sup>48</sup>

"1. Yatırımlar, yürürlükteki mevzuata ve Madde III ve IV'de belirtilen genel prensiplere uygun olarak, kamu yararına ve ayrımcı olmayacak biçimde yapılmadıkça ve anında yeterli ve etkin tazminat ödenmedikçe kamulaştırılmayacak, devletleştirilmeyecek veya doğrudan ya da dolaylı olarak ve benzer etkisi olan tedbirlere maruz bırakılmayacaktır."

Çok taraflı antlaşmalardan Enerji Şartı Antlaşması madde 13 (1)'de de eş etkili önlem veya önlemler düzenlenmiştir:

"...devletleştiremeyecek, kamulaştırılmayacak veya devletleştirme veya kamulaştırmaya eş etkili önlem veya önlemlere maruz kalmayacaktır"<sup>49</sup>.

Birçok model iki taraflı yatırım antlaşmasında da dolaylı kamulaştırma düzenlenmiştir<sup>50</sup>. Örneğin 2005 Almanya Model İki Taraflı Yatırım Antlaşması madde 4'de<sup>51</sup>:

"..Yatırımcının yatırımı kamu yararı olmadıkça ve tazminat ödenmedikçe doğrudan veya dolaylı olarak kamulaştırılmayacak, devletleştirilmeyecek ya da kamulaştırmaya veya devletleştirmeye eş etkili başka önleme maruz kalmayacaktır."

Amerika Birleşik Devletleri Model İki Taraflı Yatırım Antlaşması madde 6'da<sup>52</sup>:

48 RG., 01.12.1997, S. 23187.

49 RG., 12.07.2000, S. 24107, Mükerrer.

50 Ancak bazı model antlaşmalarda dolaylı kamulaştırma düzenlenmemiştir. Örneğin Norveç'in 2007 tarihli "Taslak Model İkili Yatırım Antlaşması"nda olduğu gibi, bkz., <<http://www.asil.org/ilib080421.cfm#t1>>, (erişim tarihi: 20.04.2009).

51 <[http://www.fes-globalization.org/dog\\_publications/Appendix%201%20German%20Model%20Treaty.pdf](http://www.fes-globalization.org/dog_publications/Appendix%201%20German%20Model%20Treaty.pdf)> (erişim tarihi: 20.04.2009).

52 <[http://www.ustr.gov/assets/Trade\\_Sectors/Investment/Model\\_BIT/asset\\_upload\\_file\\_847\\_6897.pdf](http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file_847_6897.pdf)> (erişim tarihi: 20.04.2009).

“1. Hiçbir taraf anlaşma kapsamındaki yatırımı doğrudan veya kamulaştırma veya devletleştirme etkisi doğuracak şekilde dolaylı olarak kamulaştıramaz veya devletleştiremez.”

Sürdürülebilir Kalkınma Enstitüsü'nün “Sürdürülebilir Kalkınma için Yatırım Uluslararası Model Antlaşması” madde 8'de<sup>53</sup>:

“(A) Hiçbir taraf kendi alanındaki yatırımı doğrudan veya dolaylı olarak devletleştiremez veya kamulaştıramaz.”

Sürünge-sinsi kamulaştırma ise dolaylı kamulaştırma başlığı altında olmakla birlikte farklı tanımlanmıştır. Kamulaştırma tek bir işlemle ya da birbirini takip eden işlemlerle gerçekleşebilir. Sürünge-sinsi kamulaştırma bir kaç işlem sonucu gerçekleşen dolaylı kamulaştırmayı ifade etmektedir. Bu kavram *Tecmed v. Meksika*<sup>54</sup> ve *Feldman v. Meksika*<sup>55</sup> davalarında tanımlanmıştır<sup>56</sup>. Bu tarz kamulaştırmada kısa süre içinde gerçekleşen seri veya eşzamamli işlemler sözkonusudur ve bu kamulaştırma dolaylı kamulaştırmanın altında yer almakla birlikte de facto kamulaştırmadan farklıdır<sup>57</sup>. Her olayda duruma ve işlemlere göre inceleme yapılmalıdır.

Uyuşmazlıklarda aşağıdaki durumlarda dolaylı kamulaştırma olup olmadığı tartışılmıştır: Örneğin oransız vergi artışı<sup>58</sup>, yatırımcı ya da yatırım için önemli personelin tutuklanması veya sınırdışı edilmesi<sup>59</sup>, yatırımcının idaresine hükümetçe müdahale edilmesi<sup>60</sup>, serbest bölge iz-

<sup>53</sup> <[http://www.fes-globalization.org/dog\\_publications/Appendix%202%20IISD%20Model.pdf](http://www.fes-globalization.org/dog_publications/Appendix%202%20IISD%20Model.pdf)> (erişim tarihi: 20.04.2009).

<sup>54</sup> *Tecmed (Tecnicas Medioambientales Techmed S.A.) v. Meksika*, ICSID ARB (AF)/00/2, 29.05. 2003.

<sup>55</sup> ICSID ARB(AF)/99/1, 16.12.2002, paragraf 101-103, DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, (dn. 20), 109. Bkz., *S.D. Myers v. Kanada*, Kısmi Karar, 13.11.2000, paragraf 286, <<http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>> (erişim tarihi: 20.04.2009).

<sup>56</sup> DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, (dn. 20), 114, ANNE K. HOFFMANN, (dn. 40), 158, AUGUST REINISCH (2), (dn. 13), 426 vd..

<sup>57</sup> *Techmed*, paragraf 114, . DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, (dn. 20), AUGUST REINISCH (2), (dn. 13).

<sup>58</sup> *Revere Copper v. OPIC*, 24.08.1978, AUGUST REINISCH (2), (dn. 13).

<sup>59</sup> *Benvenuti & Bonfant v. Kongo*, ICSID ARB/77/2, 08.08.1980, AUGUST REINISCH (2), (dn. 12),

<sup>60</sup> *Starrett Housing Corp. v. Iran, Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, 29.06.1984, AUGUST REINISCH (2), (dn. 13).

ninin iptal edilmesi<sup>61</sup>, faaliyet ruhsatının iptal edilmesi<sup>62</sup>, teminat verilmesine rağmen inşaat ruhsatının iptali<sup>63</sup> gibi örnekler verilebilir<sup>64</sup>.

Dolaylı kamulaştırma 1920 ve 1930'larda Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (*Permanent Court of International Justice*) kararlarında ve İran- Amerika Birleşik Devletleri Talep Mahkemesi'nin kararlarında tartışılmıştır<sup>65</sup>. Uluslararası yatırımlar açısından dolaylı kamulaştırma kavramı incelendiğinde bu konuda yeknesaklık olmadığı sonucuna varılmıştır. Ayrıca yukarıda bahsedildiği üzere dolaylı kamulaştırma konusunda sözkonusu olan haklar ulusal hukukta anladığımız kamulaştırma kavramı gibi değildir. Aşağıda bu konudaki yaklaşıma örnek olması amacıyla birkaç Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması<sup>66</sup> ve ICSID davası incelenecektir.

Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması'nın kamulaştırmaya ilişkin maddesine aykırılık bulunan *Metalclad v. Meksika*<sup>67</sup> davasında Amerikan firmasına Meksika'da tehlikeli atık sahası geliştirme ve işletme için Meksika hükümeti tarafından izin verilmiştir. Ancak firmasının inşaat izni başvurusu bölgesel yönetim tarafından ilgili alanın kaktüs koruması altında olması sebebiyle reddedilmiştir. ICSID davasında kamulaştırmaya ilişkin Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması madde 1110'nun ihlal edildiğine karar verilmiştir. Davada Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması'nın kamulaştırmaya ilişkin

<sup>61</sup> *Goetz v. Burundi*, ICSID ARB/95/3, 2.09.1998, *Middle East Cement Shipping v. Mısır*, ICSID ARB/99/6, 12.04.2002, ICSID, DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, (dn. 20), AUGUST REINISCH (2), (dn. 13).

<sup>62</sup> *Tecmed v. Meksika*, ICSID ARB/00/2, 29.05.2003.

<sup>63</sup> *Metalclad v. Meksika*, ICSID ARB(AF)/97/1, 30.08. 2000, ANNE K. HOFFMANN, (dn. 40), AUGUST REINISCH (2), (dn. 13).

<sup>64</sup> Ayrıca örnek için bkz., CHRIS FLYNN, The Model Agreements: Article 37 of the HGA. Managing the Political Risk of Expropriation, <[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/Conferences/2006\\_Oct/Flynn.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Conferences/2006_Oct/Flynn.pdf)>(erişim tarihi: 20.04.2009).

<sup>65</sup> DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, (dn. 20), 93. Sonuçlanan *PSEG Global Inc., Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Türkiye* davasında da kamulaştırma özellikle de dolaylı kamulaştırma konusu gündeme gelmiştir, ICSID ARB/02/5, paragraf 272 dolaylı kamulaştırma ile ilgilidir.

<sup>66</sup> NAFTA tartışması için bkz., MICHAEL MUSE-FISHER, *CAFTA-DR and the Iterative Process of Bilateral Investment Treaty Making: Towards a United States Takings Framework for Analyzing International Expropriation Claims*, Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal, V. 19, 2007, 495.

<sup>67</sup> ICSID ARB(AF)/97/1, 30.08. 2000, , DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, (dn. 20), 99, ANNE K. HOFFMANN, (dn. 40), 157, Recurring Themes, RUDOLF DOLZER ve FELIX BLOCH, *Indirect Expropriation: Conceptual Realignment?*, s. 162 vd., International Law Forum, V. 5, N. 3, August 2003.

düzenlemesinin el koyma ve resmi veya zorunlu tapu transferi gibi kasıtlı ve onaylı mülkiyet hakkının alınması durumunu değil onun dışında mülkiyet hakkının kullanımını etkileyecek gizli ve önemsiz müdahaleleri de kapsadığı belirtilmiştir<sup>68</sup>.

*Middle East Cement Shipping v. Mısır*<sup>69</sup> davasında ithalat yasağına ilişkin düzenlemenin dolaylı kamulaştırma sayılıp sayılamayacağı tartışılmıştır. Söz konusu uyuşmazlıkta çimento ithalatının yasaklanması sebebiyle Mısır'a çimento ithalatı yapan yatırımcının serbet bölge lisansı iptal edilmiş ve bu sebeple yatırımcının işi etkilenmiştir. IC-SID Tahkim Mahkemesi yatırımcının hakkının elinden alınmamış olmasına rağmen yapılan işlemin hakkın kullanımına olan etkilerine bakarak kararını ilgili iki taraflı yatırım antlaşması madde 4'e dayanarak dolaylı kamulaştırma olduğuna karar verip tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>70</sup>.

Dolaylı kamulaştırmada genelde tartışılan "etki doktrinidir (veya münhasır etki doktrini)" (*sole effects*). Dolaylı kamulaştırmaya dayandırılan birçok davada etki doktriniyle karara bağlanmıştır<sup>71</sup>. Etki doktrininde yapılan işlemin mülkiyet hakkı sahibinin hakkını kullanmasına olan etkisi incelenmektedir<sup>72</sup>. Mülkiyet hakkı üzerinde kontrolün devam edip etmediği konusu önemlidir<sup>73</sup>. Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması ve Enerji Şartı Antlaşması'nda esaslı ve önemli kayıptan, yoksunluktan, mahrum bırakılmadan bahsedilmektedir<sup>74</sup>. Bazı davalarda ise yatırımın ekonomik değerine etkisi incelenmiştir<sup>75</sup>. Örneğin *Telenor v. Macaristan* davasında işlemin yatırımın ekonomik değerine etkisine bakılmıştır<sup>76</sup>. Ancak genelde davalar-

<sup>68</sup> Dava paragraf 103.

<sup>69</sup> ICSID ARB/99/6, 12.04.2002.

<sup>70</sup> DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, (dn. 20), 100.

<sup>71</sup> AUGUST REINISCH (3), New developments in indirect expropriation, presentation, <<http://law.anu.edu.au/cipl/Lectures&Seminars/2007/New%20Developments%20in%20Indirect%20Expropriation%20ANU.pdf>>(erişim tarihi: 20.04.2009). Ayrıca detaylı bilgi için bkz., AUGUST REINISCH (2), (dn. 13), 420-426.

<sup>72</sup> ANNE K. HOFFMANN, (dn. 40), 156, AUGUST REINISCH (2), (dn.13), 444-447.

<sup>73</sup> Ancak tek kriter değil, kontrol devam edip de değer çok azalması da mümkün.

<sup>74</sup> ANNE K. HOFFMANN, (dn. 40), 157, *Techmed v. Meksika* ICSID ARB/00/2, 29.05.2006, paragraf 116.

<sup>75</sup> Bazı davalarda müdahalenin yoğunluğuna bakılmıştır, örneğin *PSEG v. Türkiye*, IC-SID ARB/02/5, paragraf 278 ve paragraf 279, AUGUST REINISCH (3), (dn. 71).

<sup>76</sup> ICSID ARB/04/15, 13.09.2006, DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, (dn. 20), 103, dava paragraf 64-65.

da yapılan işlemde devletin niyetine bakılmamakta<sup>77</sup> veya devletin zenginleşmesi şartı aranmamaktadır<sup>78</sup>. Bazı davalarda ise karar ve inceleme uluslararası hukukun genel ilkelerinden olan “meşru beklentiler” (*legitimate expectations*) kavramına dayandırılmıştır<sup>79</sup>.

Sonuç olarak, dolaylı kamulaştırma birçok çok taraflı ve iki taraflı yatırım antlaşmasında düzenlenmektedir ve bu tarz kamulaştırma doğrudan mülkiyet hakkını ortadan kaldırmadan hakkın kullanımını etkilemektedir. Devletin yaptığı işlemin etkisi hakkı o kadar etkilemektedir ki, hak kullanılamaz hale gelmekte ve değersiz olmaktadır sonuç olarak doğrudan kamulaştırmada olduğu gibi mülkiyet hakkı alınmamakla birlikte etkisi benzer olmaktadır<sup>80</sup>. Uyuşmazlıklarda genelde “etki doktrini” uygulanmakla birlikte bazı uyuşmazlıklarda da yukarıda bahsedilen ekonomik değere olan etki, meşru beklentiler ve yapılan işlemin orantılı olması konusu gündeme gelmiştir<sup>81</sup>.

Ancak yine davalarda ve doktrinde tartışılmış başka önemli bir konu devletin düzenleyici yetkileri ile “polis kudretine” dayanarak yapacağı işlemlerin kamulaştırma sayılıp sayılmayacağı ve bu durumda tazminat ödenip ödenmeyeceği konusudur. Aşağıda bu konuya kısaca değinilecektir.

### Düzenleyici Yetkiler-Polis Kudreti<sup>82</sup>:

Doktrinde ve uyuşmazlıklarda devletin düzenleyici yetkilerine dayanarak yaptığı işlemlerin de dolaylı kamulaştırma sayılıp sayılmayacağı tartışılmıştır. Bir görüş dolaylı kamulaştırma konusunu yaklaşım olarak ikiye bölmüş “etki doktrini” ve “polis kudreti” olarak incelemiştir.

<sup>77</sup> *Siemens v. Arjantin*, ICSID ARB/02/8, *Techmed v. Meksika*, ICSID ARB/00/2 .

<sup>78</sup> ANNE K. HOFFMANN, (dn. 40), 160.

<sup>79</sup> Bknz: DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, (dn. 20), 105. Örneğin *Methanex v. Amerika Birleşik Devletleri*, *Metalclad v. Meksika*, *Techmed v. Meksika*, *Azurix v. Arjantin* davalarında olduğu gibi. ANNE K. HOFFMANN, (dn. 40), 162.

<sup>80</sup> *Starrett Housing Corp v. İran*, CHRIS FLYNN, (dn. 64), ANNE K. HOFFMANN, (dn. 40), 157.

<sup>81</sup> Orantılı olması argümanı için bkz., HAN XIULI, *The Application of the Principle of Proportionality*, Chinese Journal of International Law Advance Access, September 2007.

<sup>82</sup> İfade ve açıklama için bkz., KEMAL GÖZLER, (dn. 9), 22: Polis devletindeki polis ifadesi kamunun refah ve huzurunu sağlamaya yönelik tüm devlet faaliyetleri anlamında kullanılmıştır, devletin bu faaliyetleri yürütebilmek için sahip bulunduğu sınırsız ve denetimsiz güce ise polis kudreti denmiştir.

tir. Benimsenen diğer bir görüş ve dava çözümlerinde düzenleyici yetkiye dayanılarak yapılan işlemler kamulaştırmadan farklı değerlendirilmiş ve tazminat ödenmemesi gerektiğine karar verilmiştir. Bu sebeple dolaylı kamulaştırmaya karşı korumanın azalıp azalmadığı konusu ve düzenleyici yetkiler konusunun kapsamı tekrar tartışılmaya başlanmıştır<sup>83</sup>. Burada yapılan tartışma, yapılan işlemin kamu, düzeninin işlemesi için yapılan bir işlem olduğu ve kamulaştırma sayılmayacağı ve bu sebeple de tazminat ödenmeyeceğidir. Burada incelenen yatırımcıların hakları ile kamu refahını artıracak düzenlemede bulunma için gerekli olan devletlerin egemen otoritesinin korunmasındaki yarar arasındaki çekişmedir<sup>84</sup>.

Birçok ekonomik ve sosyal aktivite örneğin, çevreye ilişkin düzenlemeler, asgari ücrete ilişkin kurallar, sağlık güvenlik standartları devletin düzenleyici yetkileri kapsamında düşünülebilir. Kabul edilmiş polis kudreti kapsamında yapılan iyiniyetli işlem ile ekonomik bir zarar oluşsa bile tazminat ödenmesi gerekmemektedir. Düzenleyici yetkiler meşru bir kamu yararı amacı taşıyorsa, ayırım yapmıyorsa tazminat ödenmesi gerekmemektedir<sup>85</sup>. Örneğin, bazı model iki taraflı yatırım antlaşmalarında açıkça bazı düzenleyici işlemlerin dolaylı kamulaştırma sayılmayacağı ve tazminat ödenmesi gerekmediği açıkça düzenlenmiştir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri Model İki Taraflı Yatırım Antlaşmasında kamulaştırmaya ilişkin ekte<sup>86</sup>:

*“(b) nadir durumlar dışında, makul kamu refahını koruma amacıyla yapılan ve ayırıcı olmayan düzenleyici işlemler örneğin kamu sağlığı, güvenliği ve çevreye ilişkin işlemler dolaylı kamulaştırma sayılmaz.”*

Kanada Yabancı Yatırımların Korunması Model Antlaşması'nın kamulaştırmaya ilişkin (*Foreign Investment Protection Agreement-FIPA Model*) madde 13'de de dolaylı kamulaştırma kavramına açıklama içermektedir<sup>87</sup>. Amerika Birleşik Devletleri Model İki Taraflı Yatırım

<sup>83</sup> AUGUST REINISCH (3), (dn. 71).

<sup>84</sup> ALLEN S WEINER, Recurring Themes, *Indirect Expropriations: The need for a taxonomy of “legitimate” regulatory purposes*, 166-175, International Law Forum, V 5, N 3, August 2003.

<sup>85</sup> AUGUST REINISCH, (3), (dn. 71).

<sup>86</sup> Ek B, <<http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>. >(erişim tarihi: 20.04.2009).

<sup>87</sup> <[http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/what\\_fipa.aspx?lang=en#13](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/what_fipa.aspx?lang=en#13)>, (erişim tarihi: 20.04.2009).



Antlaşması'na paralel olarak burada da nadir durumlar dışında, makul kamu refahını koruma amacıyla yapılan ve ayrımcı olmayan düzenleyici işlemler örneğin kamu sağlığı, güvenliği ve çevreye ilişkin işlemler dolaylı kamulaştırma sayılmayacağı ve tazminat ödeme yükümlülüğü olmadığı düzenlenmiştir<sup>88</sup>.

Bu konuda tek bir formül ya da uluslararası alanda kabul edilmiş esaslı kamu yararı amaçları bulunmamaktadır. Tek tek davalara ve sözkonusu uygulama ve işlemlere bakmak gerekmektedir. Birçok davada “polis kudreti” kavramı ve hangi kamu yararı amaçlarının meşru olduğu konusu tartışılmıştır ve tartışılmaya devam edecektir. İran-Amerika Birleşik Devletleri Talep Mahkemesi'nin davalarında da bu kavram gündeme gelmiştir. Örneğin *Sedco Inc. v. National Iranian Oil Co.* “polis kudreti” doktrini tartışılmıştır<sup>89</sup>. Yine İran-Amerika Birleşik Devletleri Talep Mahkemesi'nin *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*<sup>90</sup> kararında devletin polis kudretini kullandığı durumlarda sorumlu olmayacağından bahsedilmiştir. Karara konu olan uyuşmazlık likör satış lisansının iptaline ilişkindir. Kararda devletin iyiniyetli olarak ve ayırım yapmadan uyguladığı genel vergiden veya genel olarak polis kudreti kapsamında kabul edilen işlemi sonucu yabancının mülkiyet hakkını terk etmesini veya düşük fiyattan satmasını hedeflemiş olması şartıyla doğan mülkiyet hakkının kaybından veya ekonomik elverişsizlikten dolayı sorumlu olmayacağı belirtilmiştir<sup>91</sup>.

Bu konu doktrinde tartışılmıştır<sup>92</sup>. Düzenleyici yetkiler konusu özellikle çevreye ilişkin konularda gündeme gelmiştir. Bu konuda uluslararası hukukta benimsenmiş bir kural bulunmamaktadır. Çevreye

<sup>88</sup> Bkz., Ek B.13.

<sup>89</sup> İran-Amerika Birleşik Devletleri (A.B.D.) Talep Mahkemesi'nin *Too v. Greater Modesto Insurance Associates* kararında devletin bu durumda sorumlu olmayacağından bahsedilmiş bkz., DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, (dn. 20), 109. Ayrıca CATHERINE YANNACA-SMALL, “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law, Eylül 2004, OECD, Working Paper on International Investment, No: 2004/4, 19, <<http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>> (erişim tarihi: 20.04.2009). *Sedco Inc. v. National Iranian Oil Co.* için bkz., VEIJO HEISKANEN, (dn. 32).

<sup>90</sup> 23 Iran U.S. Cl. Trib. Rep. 378.

<sup>91</sup> CATHERINE YANNACA-SMALL, (dn. 89).

<sup>92</sup> THOMAS WALDE ve ABBA KOLO, *Multilateral Investment treaties and environmental expropriation of foreign investment*, <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol5/vol5-2.html>> (erişim tarihi: 20.04.2009).

ilişkin düzenleyici yetkilerin tartışıldığı bir çalışmada mevcut çok taraflı antlaşmalardaki düzenlemeler incelenmiş ayrıca ilgili mahkeme kararları, örneğin Avrupa Adalet Divanı (*European Court of Justice*) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (*European Court of Human Rights*) kararları ele alınmıştır ve düzenleyici işlemin çok ileri götürülürse kamulaştırma sayılabileceği belirtilmiştir<sup>93</sup>. Çalışmada değerlendirme için bir yöntem önerilmiştir. Bu öneriye göre: yapılan çevreye ilişkin düzenleme gerekli ve orantılı ise meşru olacak ve tazminat ödenmeyecektir, ancak işlemin ayrımcı olmaması gereklidir. Ancak sözkonusu işlem yatırıma hiçbir ekonomik yarar sağlamayacaksa tazminat ödenecektir, yani yapılacak değerlendirmede ekonomik etkinin derecesi önem kazanacaktır. Değerlendirme yapıldığında ise meşru beklentiler oluşmuş olması sebebiyle önceden yapılmış sözleşmesel taahütlerin de dikkate alınması gerektiğini vurgulamışlardır<sup>94</sup>. Sonuç olarak, çevreye ilişkin yapılan düzenleme orantılıysa, yapılacak işlem meşru bir amaç için gerekliyse, ayırım yapmıyorsa, ve bir antlaşmayı ihlal etmiyorsa meşru olacaktır ve tazminat ödenmesi gerekmeyecektir. Ancak, bu özelliklere sahip daha sonra yapılacak ve çevreye ilişkin düzenleme yatırımın ekonomik kullanımını tamamen veya etkili şekilde ortadan kaldırıyorsa tazminat ödenmesi gerekecektir<sup>95</sup>.

Aşağıda örnek olması amacıyla kronolojik olarak birkaç ICSID ve Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması davası incelenecektir. Görüleceği üzere, bu konuda yeknesak bir yaklaşım bulunmamaktadır ve farklı kararlar verilmiştir.

Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması *SD Meyers Inv v. Kanada*<sup>96</sup> davası çevreye ilişkin bir düzenlemeye ilişkindir. Davada kamu refahı amacının meşruluğunun önemli olduğu belirtilmiştir. Davada genel olarak düzenleyici işlemlerin kamulaştırma olarak kabul edilmediği belirtilmiştir. Kamu otoritelerinin düzenleyici işlem kapsamında yaptığı işlemlerin genelde kamulaştırmaya ilişkin madde ile gündeme gelmeyeceği, ancak yine de ihtimalin tamamen yok sayılması gerektiği belirtilmiştir<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> THOMAS WALDE ve ABBA KOLO, (dn. 92).

<sup>94</sup> THOMAS WALDE ve ABBA KOLO, (dn. 92).

<sup>95</sup> THOMAS WALDE ve ABBA KOLO, (dn. 92).

<sup>96</sup> Dava için bkz., <<http://www.state.gov/s/l/c3746.htm>>(erişim tarihi: 20.04.2009).

<sup>97</sup> ANNE K. HOFFMANN, (dn. 40), 165, RUDOLF DOLZER ve FELIX BLOCH, (dn. 67), 160.

*Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Kosta Rika*<sup>98</sup> davasında ise farklı bir karar verilmiştir. İşlemin amacının tazminat ödenmesi gereken işlemin karakterini değiştirmeyeceği belirtilmiştir. Önemli olan işlemin kamulaştırma olup olmadığının belirlenmesidir<sup>99</sup>. Davada modern yatırım tahkiminde kamulaştırma etkisi olan düzenleyici işlemler için istisnai bir durum sözkonusu olmayacağı belirtilmiştir. Karara göre yapılan düzenleme çevreye ilişkin bir düzenleme olsa bile sonuç fark etmeyecektir ve yine tazminat ödenmesi gerekecektir.

*Feldman v. Meksika*<sup>100</sup> davasında ise hakem mahkemesi, devlet otoritelerinin birçok yolla şirketin faaliyetine son verebileceğini veya işin esaslı olarak ekonomik değerini azaltabileceğini belirtmiştir<sup>101</sup>. Kararda geçmişte de insafsız vergiler getirilmesi, alt yapı kullanımına veya hammadde kullanımına izin verilmemesi, makul olmayan düzenleyici işlemler getirilmesi gibi durumların kamulaştırma olarak kabul edildiği belirtilmiştir. Ancak aynı zamanda devletlerin kamu yararı için kararlar almada serbest olmaları gerektiği örneğin, çevrenin korunması, yeni ve değiştirilmiş vergi rejimlerinin getirilmesi, yeni imar planı kısıtlamalarının getirilmesi, devlet teşviklerinin verilmesi ya da kaldırılması, tarifelerin azaltılması ya da artırılması gibi konularda karar almada serbest olmaları gerektiği vurgulanmıştır. Ve bu durumda eğer etkilenen her işyeri tazminat isterse, bu makul devlet düzenlemelerinin yerine getirilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca yine davadaki başka paragraftaki tartışmaya yollama yapılarak bu durumun uluslararası örf ve adet hukuku tarafından tanındığının söylenebileceği belirtilmiştir<sup>102</sup>. Daha sonra Amerika Birleşik Devletleri düzenlemesi *Restatement Third of Foreign Relations Law*'a da atıf yapılarak devletin ne zaman sorumlu olacağı ne zaman olmayacağı konusu tartışılmıştır<sup>103</sup>. Davada devletin sayılan şu durumlarda yabancı- nın mülkiyetini kamulaştırmadan sorumlu olacağı düzenlenmiştir: yabancı- nın mülkiyetine el koyma teşkil ettiği vergi, düzenleme veya diğer işlemler veya yabancı- nın mülkiyet hakkının etkili kullanılmasını engelleyecek, makul olmayan şekilde müdahale edilmesi, veya hak-

98 ICSID ARB/96/1, 17.02. 2000.

99 Dava paragraf 71-72, AUGUST REINISCH (3), (dn. 71).

100 ICSID ARB(AF)/99/1, 16.12. 2002.

101 Dava paragraf 103, DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, (dn. 20), 109.

102 Dava paragraf 103 ve 105.

103 Dava paragraf 105.

sız olarak geciktirilmesi durumu veya devletin ülkesinden çıkarılması durumu. Ancak, devletin ayrımcı olmayan ve genel olarak polis kudreti kapsamında kabul edilmiş ve iyiniyetle yapılmış genel vergileme, düzenleme, suçun cezalandırılması veya diğer işlemler ile söz konusu olacak mülkiyet hakkının kaybından veya yaratılacak ekonomik elverişsizlikten dolayı sorumlu olmayacağı belirtilmiştir<sup>104</sup>.

*Tecmed v. Meksika*<sup>105</sup> davasında da “polis kudretine dayanan işlem mi yoksa kamulaştırma mı ayrımı”ndan bahsedilmiştir. Yapılacak değerlendirmede yabancıнын yatırımdan yararlanması ve ekonomik kullanımının temelden yoksun bırakılıp bırakılmayacağı, gelir veya yararlar gibi hakların sona erip ermeyeceği, yapılan işlem sonucunda söz konusu varlıklar hak sahibi için değerini ya da ekonomik kullanımını kaybedip kaybetmeyeceği, kaybettiyse de ne ölçüde kaybettiğine bakılması gerektiği belirtilmiştir. Davada bu değerlendirme sonucunda yapılan işlemin düzenleyici işlem mi olduğu yoksa kamulaştırma mı sayılacağı belirleneceği belirtilmiştir. Yoksun bırakmanın derecesinin de hem tazminat konusu için hem de işlemin kamulaştırma sayılıp sayılmayacağını belirlemek açısından önemli olduğu vurgulanmıştır. Bu sebeple *Techmed v. Meksika*'ya göre yapılan işlemin veya davranışın etkisi kamulaştırmanın tespitinde önemlidir<sup>106</sup>. Davada daha sonra devletin polis kudreti kapsamında egemenlik yetkilerini kullanması durumunda da ekonomik zarar meydana gelebileceği ancak bu durumda tazminat ödenmeyeceğinin tartışmasız olduğu belirtilmiştir<sup>107</sup>.

*Methanex Corp v. Amerika Birleşik Devletleri*<sup>108</sup> davası bu konudaki önemli davalardan biridir. Davada uluslararası hukuk kuralı olarak yabancı yatırımcıyı veya yatırımını etkileyen ayrımcı olmayan ve kamu yararı için yapılan bir düzenlemenin usul kurallarına uygun yapıldıysa kamulaştırma sayılmayacağı ve tazminat ödenmeyeceği sadece yabancıya ve farz edilen yatırıma düzenlemeyi yapan devlet tarafından özel taahütlerde bulunulduysa devletin sözkonusu düzenle-

<sup>104</sup> Restatement of the Law Third, The Foreign Relations of the United States, Section 712, comment g. Ayrıca bkz., CATHERINE YANNACA-SMALL, (dn. 89), 18.

<sup>105</sup> ICSID ARB (AF)/00/2, 29.05.2003.

<sup>106</sup> Dava paragraf 115.

<sup>107</sup> Dava paragraf 119.

<sup>108</sup> NAFTA, Dava için bkz., <<http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>> (erişim tarihi: 20.04.2009).

melerden sakınması gerektiği belirtilmiştir<sup>109</sup>. Ancak sözkonusu uyuşmazlıkta böyle bir taahüt sözkonusu olmadığı için ve yapılan işlem kamu yararına, ayrımcı olmayan ve hukuk ve usul kurallarına uyan bir işlem olduğu için uluslararası hukuk açısından kamulaştırma sayılamayacağına ve yasal bir düzenleme olduğuna karar verilmiştir<sup>110</sup>.

*ADC Affiliate Limited v. Macaristan*<sup>111</sup> davasında hakem mahkemesi, uluslararası hukuk ilkelerine göre, devletlerin ulusal meselelerini düzenlemek için temel haklara sahip olduğunu, ancak bu hakların kullanımının da sınırsız olmadığını belirtmiştir. Örneğin antlaşma yükümlülükleri bu sınırlardan biridir. Devletler antlaşmalar imzaladığında, örneğin sözkonusu iki taraflı yatırım antlaşması gibi, yatırımları koruma yükümlülüğü altına girmektedir ve düzenleyici işlemlerde de dikkate alınmalıdır<sup>112</sup>.

*Saluka Investments BV (Netherlands) v. Çek Cumhuriyeti*<sup>113</sup> davasında uluslararası hukukta devletin ayrımcı olmayan, iyiniyetli ve kamu refahını hedefleyen olağan düzenleyici işlemlerinde tazminat ödemesi gerektiği kuralının benimsendiği belirtilmiştir<sup>114</sup>. Davada, tarihsel gelişimden ve kavramın yer aldığı Harvard Taslak Konvansiyonu'ndan (*Harvard Draft Convention*), OECD'nin Yabancı Mülkiyetin Korunmasına Dair Taslak Sözleşmesi (*OECD Draft Convention Protection of Foreign Property*), Amerika Birleşik Devletleri düzenlemesi *Restatement Third of Foreign Relations Law*'da bahsedilmiştir<sup>115</sup>. *Methanex Corp v. Amerika Birleşik Devletleri*<sup>116</sup> davasına yollama yapılmış ve polis kudreti kapsamında yapılan iyiniyetli düzenlemelerde ekonomik zarar olsa bile tazminat ödenmeyeceği ve bunun uluslara-

<sup>109</sup> NAFTA Arbitral Tribunal Final Award, 2005, IV D Parag 7.

<sup>110</sup> ALLEN S WEINER, (dn. 84), 166-175, DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, (dn. 20), 110, ANNE K. HOFFMANN, (dn. 40), 165, UNCTAD, Investor State Settlement and Impact on Investment Rule Making, United Nations, 2007, 56-60.

<sup>111</sup> ICSID ARB/03/16, 02.10. 2006.

<sup>112</sup> Dava paragraf 423 vd..

<sup>113</sup> 17.03.2006, Kısmi Karar-UNCITRAL, Karar için bkz., <[http://www.investmentclaims.com/subscriber\\_awards\\_by\\_investor?letter=S&pageno=2](http://www.investmentclaims.com/subscriber_awards_by_investor?letter=S&pageno=2)> (erişim tarihi: 20.04.2009), AUGUST REINISCH (3), (dn. 71).

<sup>114</sup> Dava paragraf 255.

<sup>115</sup> Dava paragraf 257, 259-260.

<sup>116</sup> NAFTA, Dava için bkz., <<http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>> (erişim tarihi: 20.04.2009).

rası örf ve adet kuralı olduğu belirtilmiştir<sup>117</sup>. Ayrıca uluslararası hukukta polis kudreti kapsamında ve düzenleyici yetkiler kapsamında kabul edilen ve tazminat ödenmesi gerekmeyen düzenlemelerin tanımlanmadığına dikkat çekilmiştir<sup>118</sup>.

*Telenor v. Macaristan*<sup>119</sup> kararında yine *ADC Affiliate Limited v. Macaristan*<sup>120</sup> kararına benzer devletin kamu yararı için düzenlemeler yapabileceği ancak bu hakkın sınırlarının olduğu belirtilmiştir<sup>121</sup>. Örneğin, vergi veya benzer kesintilerle devletin yetkilerini kullanması, işlemin kamulaştırma sayılması için yeterli olmayacaktır. Bu durumda olumsuz ekonomik etki veya hakkın kullanımına ilişkin başka testler de yapılması gerekecektir.

*Compania de Aguas Del Aconquija S.a. and Vivendi Universal S.A. v. Arjantin*<sup>122</sup> kararında, öncelikle yapılan işlemin kamulaştırma olup olmadığına karar verilmesi gerektiği, daha sonra ise işlemin belirli şartları örneğin, kamu yararı, ayırım yapmama, tazminat ödenmesi gibi, taşıyıp taşımadığına bakılması gerektiği belirtilmiştir. Uyuşmazlıkta taraflar kamu yararı olduğu için kamulaştırma işleminin olmadığını savunmuştur. Hakem mahkemesi ise eğer bu görüş kabul edilirse kamu yararı için yapılan işlemlerin kamulaştırma sayılmayacağını ve hiçbir durumda tazminat ödenmesinin sözkonusu olmayacağı oysa *Santa Elena*<sup>123</sup> davasına atıf yaparak yapılan işlemin amacının işlemin karakterini değiştiremeyeceğini belirtmiştir. Sonuç olarak ilk tespit edilmesi gereken işlemin kamulaştırma olup olmadığı konusudur.

En son incelenen davalardan birisi ise *Glamis Gold v. Amerika Birleşik Devletleri* davasıdır<sup>124</sup>. Uyuşmazlık altın madeni işletme haklarına ilişkindir. Sözkonusu uyuşmazlıkta madenin işletilmesinin ve geliştirilmesi yerel kültürün ve dini mekanların korunması sebebiyle durdurulmuştur. Kanadalı yatırımcı Glamis, Kuzey Amerika Serbest Ticaret

<sup>117</sup> Dava paragraf 263.

<sup>118</sup> Dava paragraf 263.

<sup>119</sup> ICSID ARB 04/15, 13.09.2006.

<sup>120</sup> ICSID ARB 03/16, 02.10.2006.

<sup>121</sup> Dava paragraf 64-65.

<sup>122</sup> ICSID ARB/97/3, 20.08.2007.

<sup>123</sup> ICSID ARB/96/1, 17.02.2000.

<sup>124</sup> NAFTA 11.Bölüme dayanılarak UNCITRAL'de devam eden davas, ALLAN INGELSON ve LINCOLN MITCHELL, *The Glamis regulatory takings claim and compensation under NAFTA*, Journal of World Energy Law & Business, 2009, V.2, N.1, 68-89.

Antlaşması ve devletin kamulaştırmaya ilişkin ulusal düzenlemesi kapsamında Amerika Birleşik Devletleri aleyhine dava açmıştır. Uyuşmazlıkta özellikle dolaylı kamulaştırma ve düzenleyici yetkiler konusu gündeme gelmiştir. Amerika Birleşik Devletleri yapılan işlem ile ilgili olarak çevrenin ve yerel Amerikan kültürünün korunması konusundaki gerekliliği ve kamu yararını ileri sürmüştür. Maden geliştiricisi ise, hem sözkonusu işlemin ayırım yaptığını hem de yapılan işleme rağmen tazminat ödenmediğini ileri sürmüştür. Bu dava bu konudaki yaklaşımın bundan sonra nasıl olacağını göstermesi açısından önemlidir<sup>125</sup>.

Sonuç olarak, dolaylı kamulaştırma ile tazminat ödenmeyecek düzenleyici işlem arasındaki çizgi çok belirgin değildir. Açıkça ifade edilse bile, ne zaman uygulanacağı konusu açık değildir. Yukarıdaki davalarda da görüldüğü gibi, bu konuda tek bir yaklaşım bulunmamaktadır. Her olay kendi içinde ayrı incelenmelidir. Ancak uyuşmazlıklar incelenirken belirli kriterler olduğu söylenebilir. İnceleme yapılırken öncelikle işlemin niteliğine ve amacına bakılmalı, daha sonra müdahalenin derecesine, sonra yapılan işlemin ekonomik etkisi ve meşru beklentilere bakılmalıdır<sup>126</sup>. Genelde günümüzde bu belirsizlik örneğin yukarıda ele alınan Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada model iki taraflı yatırım antlaşmalarında olduğu gibi detaylı model iki taraflı yatırım antlaşmaları düzenlemeleri ile çözülmeye çalışılmaktadır.

Devletin düzenleyici yetkileri ve polis kudretine dayanarak ayırım yapmadan kamu yararı için yapacağı işlemlerde tazminat ödenmeyeceği kabul edilse bile, bu yetkinin sınırları ne şekilde olacaktır? Doktrinde Dünya Ticaret Örgütü'nün "Sağlık ve Bitki Sağlığı Önlemlerinin Uygulanmasına İlişkin Anlaşması'nın" (*The Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures-* "SPS Agreement") veya temeli benzer kuralların kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmüştür<sup>127</sup>.

<sup>125</sup> ALLAN INGELSON ve LINCOLN MITCHELL, (dn. 124), 68-89.

<sup>126</sup> CATHERINE YANNACA-SMALL, (dn. 89), 22. Ayrıca ANDREW NEWCOMBE, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Vol. 20, No. 1, 2005.

<sup>127</sup> STEVEN R. RATNER, *Regulatory Takings in Institutional Context. Beyond the fear of fragmented international law*, American Journal of International Law, July 2008 (102 A.J.I.L. 475). Ayrıca ANDREW NEWCOMBE, (dn. 126). <<http://www.dtm.gov.tr/dtmweb/index.cfm?action=detay&yayinID=202&icerikID=301&dil=TR>>(erişim tarihi: 20.04.2009), <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/sps\\_e/spsund\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsund_e.htm)>(erişim tarihi: 20.04.2009).

Dünya Ticaret Örgütü kapsamında devletler gıda güvenliğini sağlamak için hayvan ve bitki sağlığıyla ilgili her türlü tedbiri alabilirler. Ancak bu antlaşma ile bu özgürlüğün sınırlarını belirlemiştir. Yapılan işlemler diğer ülkelere karşı haksız, ayrımcı ve korumacı bir şekilde uygulanamazlar. Antlaşma uyarınca alınacak tedbirler insan, hayvan ve bitki yaşam ve sağlığını korumak için gerekli olduğu ölçüde uygulanmalı, tedbirler bilimsel verilere dayandırılmalı, uluslararası ticarette keyfi, ayırım gözeten, gizli veya haksız engel oluşturmamalıdır.

Ayrıca düzenleyici yetkiler konusu “uluslararası asgari standartlar” (*international minimum standart*) ilkesi ile birlikte değerlendirilmelidir. Çünkü düzenleyici yetkilerde tazminat ödenmeyeceği kabul edilse bile yine “uluslararası asgari standartlar” kuralına uyulması zorunludur<sup>128</sup>. Bu konuda çok fazla dava bulunmamasının sebebi de bu konudaki davaların başka standartlara dayandırılarak çözümlenme yoluna gidilmesi olabilir. Örneğin bazı davalarda “uluslararası asgari standartlar”a ek olarak “adil ve hakkaniyetli muamele” kaydına dayandırılarak değerlendirme yapılmıştır<sup>129</sup>.

## Sonuç

Günümüzde birçok uyuşmazlığa konu olan kamulaştırma konusu önemini korumaktadır. Ancak mevcut uyuşmazlıklar daha çok dolaylı kamulaştırmalara ilişkindir. Bu tip kamulaştırmalarda yapılan işlem doğrudan kamulaştırma olmamakla birlikte devletin yaptığı işlemin etkisi hakkı o kadar etkilemektedir ki hak kullanılamaz hale gelmekte ve sonuç olarak da doğrudan kamulaştırmaya benzer şekilde mülkiyet hakkını almadan hakkın kullanımını etkilemektedir. Ancak hangi işlemlerin tazminat ödenmesini gerektirecek dolaylı kamulaştırma sayılacağı konusu açık değildir. Aynı zamanda devletin düzen-

<sup>128</sup> ANDREW NEWCOMBE, (dn. 126).

<sup>129</sup> DOLZER RUDOLF ve CHRISTOPH SCHREUER, (dn. 20), 93, ANNE K. HOFFMANN, (dn. 40), 167. Örneğin *PSEG v. Türkiye*, ICSID 2007’da karar “adil ve hakkaniyetli” davranış yükümlülüğü kapsamında incelenmiştir, bkz., SÜLEYMAN DOST, *Adil ve Hakkaniyetli davranış yükümlülüğü bağlamında PSEG/Konya İlgin Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID)*, İstanbul Barosu Dergisi, 2007 (3), <<http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20073/ibd20073112.pdf>> (erişim tarihi: 20.04.2009). SÜLEYMAN DOST, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Asil Yayın Dağıtım, 2006, 209-212.



leyici yetkiler ve "polis kudretine" dayanarak yapacağı işlemlerin kamulaştırma sayılıp sayılmayacağı konusu da gündeme gelecektir. Birçok ekonomik ve sosyal aktivite örneğinin, çevreye ilişkin düzenlemeler, asgari ücrete ilişkin kurallar, sağlık güvenlik standartları devletin düzenleyici yetkileri kapsamında düşünülebilir. Sonuç itibarıyla ne tür işlemlerin devletin tazminat ödemesini gerektirmeyecek düzenlemesi olduğunun ayrıştırılması oldukça önem taşımaktadır.

Uyuşmazlıklarda yeknesak bir yaklaşım olmadığı için ve bu konuda benimsenmiş örf ve adet kuralı bulunmadığından en iyi çözüm, antlaşmaları detaylandırmak ve antlaşmaları mümkün olduğunca açık ve kapsamlı düzenlemektir. Antlaşmalarda detaylı olarak kamulaştırma kavramı, kapsamı ve dolaylı kamulaştırma kavramları açıklanırsa çıkabilecek uyuşmazlıklar azalabilecektir. Yapılacak düzenlemelerde kamulaştırma sayılmayacak düzenleyici işlemlerin belirlenmesi konusunda çok önemlidir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri Model İki Taraflı Yatırım Antlaşması bu modeli benimsemiştir ve hangi konuların düzenleyici işlem sayılacağını belirlemiştir. Tartışıldığı üzere devletin kamu yararı için yapacağı ve ayırım yapmadan uygulacağı düzenleyici işlemlerin sayılması özellikle tazminat konusu gündeme geldiğinde önem kazanacaktır. Devletler benzer düzenlemeleri yaptıkça uluslararası hukukta bu kuralların benimsenmesi kolay olacaktır.

Uluslararası yatırım hukukunda, özellikle uluslararası tahkim sonucunda verilen hakem kararları gözönüne alındığında dolaylı kamulaştırma kavramının detaylı incelenmesi ve yapılacak iki taraflı yatırım antlaşmalarında ve model iki taraflı yatırım antlaşmalarında düzenlenmesi isabetli olacaktır.