



# Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 04.06.2021  
Revizyon Talebi: 25.06.2021  
Son Revizyon: 14.07.2021  
Kabul: 03.08.2021  
Online Yayın: 22.11.2021

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Milletlerarası Yatırım Hukukunda Kültürel Mirasın Korunması

### The Protection of Cultural Heritage in International Investment Law

Hümeyra Zeynep Nalçacıoğlu Erden\*

#### Öz

Kültürel mirasın korunmasının milletlerarası yatırım hukukunda yer bulması, yatırımcının yatırım üzerindeki menfaatleri ile ev sahibi devletin kültürel mirasın korunmasındaki menfaatlerinin çakışması sonucunda ortaya çıkmıştır. Ancak ev sahibi devletin düzenleyici yetkisine dayanarak kamu yararı amacıyla kültürel mirasın korunması yönünde uygulayacağı tedbirlerin, yatırımcının yatırımdan doğan haklarına etki etmesi durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine dair milletlerarası yatırım hukukunda temel bir düzenleme yoktur. Kaldı ki milletlerarası yatırım hukukunun temel amacı, yabancı yatırımın ev sahibi devlette korunmasıdır; yoksa yatırım hukukunun varlık sebepleri arasında, ev sahibi devlette yer alan kültürel mirasın korunması amacı yer almamaktadır. Yatırım tahkimi içerisinde, ev sahibi devletlerin giderek artan sayıda, kültürel mirasın korunması amacıyla düzenleyici yetkilerini kullanarak yatırıma etki eden tasarrufları sonucunda, milletlerarası yatırım hukukunda kültürel mirasın korunmasına dair düzenlemelere yer verilip verilmeyeceği ve yer verme gerekliliğinin incelenmesi lüzumu doğmuştur. Bu amaçla çalışmada, kültürel mirasa dair uluslararası düzenlemelere yer verildikten sonra kültürel mirasın konu edildiği yatırım tahkimine dair kararlar, milletlerarası yatırım anlaşmalarındaki ilgili bazı koruma ilkelerinin incelenmesi suretiyle ele alınacak ve son tahlilde güncel yatırım anlaşmalarındaki mevcut düzenlemelere yer verilerek durum tespiti yapılacaktır.

#### Anahtar Kelimeler

Milletlerarası yatırım hukuku, uluslararası yatırım hukuku, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme, UNESCO Dünya Kültür ve Doğal Mirasını Koruma Konvansiyonu, Dünya Miras Sözleşmesi, kültürel miras, milletlerarası yatırım anlaşmaları, devletin düzenleyici yetkisi

#### Abstract

Protecting cultural heritage has arisen as an aspect of international investment law as a result of conflicts between the legitimate interests of foreign investors and those of host states. However, there are no international investment law regulations to govern when measures a host state takes to protect its cultural heritage for the public interest affect the rights of a foreign investor. Moreover, the main aim of international investment law is to protect the foreign investments in host states, and protecting the cultural heritage of the host state is not a priority. It is necessary to examine whether international investment law encompasses regulations on protecting the cultural heritage when a host state takes protective measures that affect foreign investments. Therefore, this study entails analyzing first the international regulations on cultural heritage and then awards related to cultural heritage in investment law; relevant international standards of investment protection principles are examined and discussed in the context of current regulations in current investment treaties.

#### Keywords

International investment law, The World Cultural Heritage Convention, cultural heritage, international investment treaties, the regulatory powers of the host state

\* **Sorumlu Yazar:** Hümeyra Zeynep Nalçacıoğlu Erden (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: hzerden@29mayis.edu.tr ORCID: 0000-0002-3144-4259

**Atf:** Nalcacioglu Erden HZ, "Milletlerarası Yatırım Hukukunda Kültürel Mirasın Korunması" (2021) 41(2) PPIL 827.  
<https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.947833>



### **Extended Summary**

With increasing numbers of investment treaties, more intersections have come between international investment law and other fields of international law. Host state obligations that arise from international investment law can negatively affect foreign investment; this can happen when a host state's policies and its non-investment obligations arising from international agreements restricts or invalidates foreign investors' rights. Protecting cultural heritage relates to international investment law because of the relationship between a host state's cultural and economic interests.

The UN Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage is the fundamental regulation for safeguarding cultural heritage. According to the Convention, the responsibility of protecting the cultural heritages within the state borders belongs to all states of the world, not just the host state, because cultural heritage belongs to all humanity. The Convention mainly protects the cultural heritages registered on the World Heritage List.

There is no uniform application in awards on claims related to cultural heritage. In *Glamis Gold v USA*, although the relevant cultural heritage is not on the World Heritage List, the Convention is invoked because of the heritage's importance. The ruling in *Santa Elena v Costa Rica* emphasized that a legal expropriation for environmental and public health reasons does not invalidate the liability of compensation and that "the international source of the obligation to protect the environment makes no difference"; it can be argued that the arbitral tribunal did not consider the non-investment obligations that arise from protecting cultural heritages. In *SPP v Egypt*, the most remarkable point is that after the cultural heritage was included on the World Heritage List, it was ruled that the host state does not have liability of compensation when it takes measures related to investments and cultural heritage. The arbitral tribunal of *Grand River v the USA* excluded the international resources arising from non-investment obligations, ruling that this exceeded its authority. The ruling in *Parkerings v Lithuania* never mentions the Convention in determining whether the most favored nation principle is violated, preferring instead to implicitly state that the host state had acted in accordance with its contractual liabilities arising from the Convention while infringing the rights of investors.

In the expropriation articles of some investment treaties, the preference is to list public interests such as public health and environmental protection in a non-limiting manner. Because matters related to the public interest are not restrictive, a host state's measures to protect its cultural heritages can fall within this scope because such measures are intended to protect both the natural value to the state and the cultural heritage with outstanding universal value to all humanity under the Convention.

The general exception articles of some new investment treaties state that no provision in the agreement will prevent host states from implementing measures to

protect national treasures with historical, cultural, and archaeological value without discrimination and in good faith, which can affect and even restrict<sup>investment</sup>.

These new regulations allow host states to protect their cultural heritage sites by stipulating that claims of violations of international standards of investment are not valid when a host state takes measures to protect cultural heritage without discrimination and in good faith within the scope of its regulatory authority.

Free trade agreements stipulate that host states may take the required actions for protecting cultural heritage contrary to the general obligations included in the agreements. The general exceptions article of the Trans-Pacific Strategic Economic Partnership, unlike the agreements examined within the scope of this study, includes regulations on both tangible and intangible cultural heritages. The fact that tangible and intangible cultural assets are protected ensures that deterrent factors that will affect states' use of their regulatory powers are eliminated.

That is, protecting cultural heritage can be added to the public interest purposes listed in the articles of indirect expropriation of an investment treaty. However, to cover all international standards of protection principles in investment treaties, it would be more appropriate to include clear protections for cultural heritages by adding a general exceptions article instead of an article only against a specific standard. Following criticisms, regulations that protect both tangible and intangible cultural heritage assets are now more inclusive. For indirect expropriation, the differences between a state's regulatory measures and indirect expropriation will also be more clearly expressed in investment treaties, ensuring that states have broader mobility to protect cultural heritage.

## Milletlerarası Yatırım Hukukunda Kültürel Mirasın Korunması

### I. Giriş

Ev sahibi devlet tarafından verilen taahhütler veya vaat ettiği güvenceler dolayısıyla yatırımın yapılmasını teşvik eden ve milletlerarası yatırım anlaşmalarındaki koruma ilkelerinden doğan yatırıma dair hakların ihlâli durumunda uğranılan zararın tazminini güvence altına altına alan milletlerarası yatırım hukuku, yabancı yatırımcı ile yatırımın yapıldığı devlet arasındaki ilişkileri düzenlemektedir.

Yatırıma dair uygun şartların oluşturulmasından sonra, ev sahibi devletin düzenleyici yetkisine dayanarak yatırıma etki eden, yatırımdan amaçlanan kârı azaltan ya da yatırımı tamamen ortadan kaldıran tasarruflarındaki sınır, yatırım anlaşmaları tarafından çizilmektedir. Milletlerarası yatırım anlaşmaları, ev sahibi devletin egemenlik yetkisine dayanarak düzenleyici yetkisine istinaden toplum sağlığının veya çevrenin korunması gibi alanlarda kamu yararı gerekçeleriyle uyguladığı yatırım üzerinde etki yaratan düzenleyici tasarruflarına bir noktaya kadar izin vermektedir. Ne var ki, ev sahibi devletin bu nitelikteki tasarruflarının ne zaman tazmin yükümlülüğü doğuracağına dair milletlerarası yatırım hukukunda bir belirsizlik söz konusudur.

Milletlerarası yatırım hukuku ile kesişen kültürel mirasın korunması da ev sahibi devletin tüm insanlığa ait mirasın korunması amacıyla uygulanan ev sahibi devlete ait tasarrufları kapsamaktadır. Ev sahibi devlet, hem kendi iç hukukundan doğan ulusal yükümlülükleri hem de tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan uluslararası yükümlülükleri dolayısıyla kültürel mirasın korunması amacıyla çeşitli tedbirler almak zorundadır. Ev sahibi devletin topraklarında bulunan kültürel mirasın korunması amacıyla zorunlu olarak uyguladığı tedbirlerin, yatırıma etki etmesi durumunda ise ortaya çıkan uyuşmazlığın nasıl çözümleneceği ya da ev sahibi devletin uluslararası sorumluluğunun doğup doğmayacağı, milletlerarası yatırım hukukunda pek de üzerinde çalışılmayan konular arasında yer almaktadır. İşbu çalışmanın amacı da bu alandaki boşluğu doldurmaktır.

Ev sahibi devletin tarafı olduğu kültürel mirasın korunmasına dair uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükleri ile milletlerarası yatırım hukukundan doğan yükümlülüklerinin arasındaki ilişki açık değildir. İki sorumluluğunun çakışmasından doğan uyuşmazlık sayılarının artması, bu alanda bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç olduğunu göstermektedir. Açıklanması gereken, devletin düzenleyici yetkisine dayanarak kültürel mirasın korunması amacıyla uyguladığı tedbirlerin, yabancı yatırıma etki etmesi durumunda, bunun tazmin edilebilir bir tasarruf olup olmayacağıdır. Somut olayın koşullarına göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bu durum için çalışmada öncelikli olarak kültürel miras kavramı ve bu kavramın yer aldığı en temel düzenleme

olan Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme<sup>1</sup> kapsamında kültürel mirasın korunması incelenecektir. Ardından milletlerarası yatırım hukukunda kültürel mirasın korunmasına yer verilen kararlar, ilgili kararlarda özellikle öne çıkan uluslararası koruma ilkeleri kapsamında değerlendirilmek suretiyle ele alınacaktır. Son bölümde ise güncel yatırım anlaşmalarında kültürel mirasın korunmasına dair düzenlemelerin yeterliliği incelenecektir.

## II. Genel Olarak Kültürel Miras Kavramı

Kültürel miras kavramı, “tarihi, sanatsal, arkeolojik, bilimsel ya da kültürel açıdan gerek bütün insanlık gerekse sadece bir ulus ya da grup için büyük öneme sahip nesnelere<sup>2</sup>” olarak tanımlanan “kültür varlığı<sup>3</sup>” kavramını da içerecek şekilde çok daha geniş kapsamlı ve görece çok daha yeni bir kavramdır<sup>4</sup>. Kültürel miras, “belirli bir milletin veya topluluğun önceki nesillerden öğrenme süreçleri yoluyla devraldığı ve kimlik duygusunun sonraki nesillere aktarılmasını sağlayan kültürel nesnelere, geleneklerin, bilgi ve becerilerin toplamı<sup>5</sup>” olarak tanımlanmaktadır.

“İnsanlığın ortak mirası” kavramının uluslararası toplumda kabulünün yükselişe geçmesiyle beraber kültür varlığı (*cultural property*) kavramının yerine kültürel miras (*cultural heritage*) kavramı kullanılmaya başlanmıştır. Bu durum, korunması gereken özellikli unsurların, tek bir devlete ait olmalarının yanında tüm insanlık için ayrı bir önem taşıdıklarına işaret etmektedir. Dolayısıyla insanlığın ortak mirasını teşkil eden bu unsurların korunmasıyla ilgili olarak herkesin hem hak sahibi olduğunun hem de bu unsurların gelecek nesillere aktarımı hususunda sorumluluğunun bulunduğu kabulü gerekmektedir<sup>6</sup>.

1 Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme (1972) için bkz RG 14.02.1983/17959. İngilizce metni için bkz UNESCO, Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (1972) <<https://whc.unesco.org/en/conventiontext/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021. Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme, çalışmada bundan sonra büyük harfle başlayacak şekilde “Sözleşme” olarak da anılacaktır.

2 Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması* (Alkım Yayınları 1998) 24. Ayrıca bkz Sibel Özel, ‘Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti’ (2018) 24(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi 215, 217-219.

3 Kültür varlıkları, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nda “tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklar” (m 3/1) olarak tanımlanmıştır; Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu: 2863, Kabul Tarihi: 21.07.1983, RG 23.07.1983/18113. Kültür varlığı kavramı, birçok uluslararası düzenlenmede de tanımlanmıştır; 1954 tarihli Silahlı Bir Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunmasına Dair La Haye Konvansiyonu (m 1); 1970 tarihli Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili UNESCO Konvansiyonu (m 1); 1978 tarihli Taşınır Kültür Varlıklarının Korunması Hakkında UNESCO Tavsiye Kararı (m 1) gibi.

4 Doktrinde, kültür varlığı ile kültürel miras kavramları arasındaki ilişki ve farklılıklara sıklıkla yer verilmiştir, örneğin bkz Janet Blake, ‘On Defining the Cultural Heritage’ (2000) 49 International and Comparative Law Quarterly 61-84; Lyndel V. Prott, Patrick J. O’Keefe, ‘Cultural Heritage or Cultural Property?’ (1997) 1(2) International Journal of Cultural Property 307-320; Gael M. Graham, ‘Protection and Reversion of Cultural Property: Issues of Definition and Justification’ (1987) 21(3) International Lawyer 755, 775-776.

5 Federico Francioni, ‘Culture, Heritage and Human Rights: An Introduction’ in Federico Francioni (ed), *Cultural Human Rights* (Martinus Nijhoff 2008) 8.

6 Serap Akipek, ‘Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme’nin Değerlendirilmesi’ (2001) 50(4) Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 13.

Kültürel miras kavramı; resim, çizim, heykel, seramik ve dokuma gibi her çeşit sanat eserini, tarihte iz bırakan önemli kişilere ait nesnelere insan ve hayvan fosilleri gibi arkeolojik nesnelere, mutfak eşyaları, takı, giysi ve silah gibi geçmiş toplumların günlük yaşantısına ışık tutan nesnelere taşınmaz maddi varlıkları; doğal alanlar, tarih öncesi yaşama dair izler bulunan mağaralar, tarihi önemi haiz göl, nehir, dağ, kayalık alan gibi yerler ile dini törenlerin yapıldığı yerler, parklar, anıtlar, binalar ve antik kent kalıntıları gibi taşınmaz maddi varlıkları; kültürel yaşamın geleneksel yönlerini içeren bilgi ve davranışları, bir başka deyişle sözlü gelenek ve anlatımlar (destanlar, efsaneler, halk hikâyeleri, atasözleri, masallar, fıkralar vb.), gösteri sanatları (Türkiye’de Karagöz, meddah ve kukla gösterileri, İngiltere’de Shakespeare’in oyunları vb.), toplumsal uygulamalar, ritüeller ve şöenler (nişan, düğün, doğum, nevruz gibi kutlamalar, Japonya’da çay seromonisi gibi), doğa ve evrenle ilgili bilgi ve uygulamalar (geleneksel yemekler, halk hekimliği, halk takvimi vb.), el sanatları geleneği (Japonya’da samurai kılıcının yapımı, Türkiye’de dokumacılık, nazar boncuğu, telkârî, bakırcılık yapımı gibi) ile müzik ve dans türleri gibi somut olmayan unsurları da kapsamaktadır<sup>7</sup>.

Kültürel miras, kendisini diğer kavramlardan ayıran iki temel özelliği ihtiva etmektedir; somut kültür değerlerinin yanında somut olmayan kültür değerlerini de kapsaması ve kapsadığı bu değerlerin salt tek bir toplum açısından değil tüm dünya ulusları açısından ortak miras olarak korunması gerekliliğidir. Dolayısıyla kültürel miras, geçmişte var olan ve gelecek nesillere aktarımı ile paylaşılan bağı, tek bir ulus özelinde değil dünya mirası olacak şekilde uluslararası ortak sorumluluk, dayanışma ve aidiyet üçgeni içerisinde konumlandırmaktadır<sup>8</sup>.

### III. Kültürel Mirasın Korunmasına Dair En Temel Düzenleme: Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme

Uluslararası kültürel mirasın korunması hukuku (*international cultural law*, *international cultural heritage law*), kültürel mirasın, kültürün ve kültürel hakların korunduğu uluslararası hukuk kurallarının yer aldığı bir hukuk dalıdır<sup>9</sup>. Uluslararası kültürel mirasın korunması hukukunun temeli, yaşanan savaşlar sonucunda zarar gören

7 Protte and O’Keefe (n 4) 307-308. Örnekler için bkz T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Eğitim ve Araştırma Genel Müdürlüğü, Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi Hakkında <<https://aregemktb.govtr/TR-50837/somut-olmayan-kulturel-mirasin-korunmasi-sozlesmesi-hak-.html>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.

8 Nitekim kültürel mirasın korunmasına ilişkin olarak uluslararası toplumu harekete geçiren ilk olay, antik Mısır uygarlığına ait Abu Simbel Tapınakları’nın bulunduğu vadinin, Mısır’da Aswan Barajı’nın inşa edilmesi kararı nedeniyle sular altında kalma tehlikesi olmuştur. UNESCO, su altında kalma tehlikesiyle karşı karşıya kalan Abu Simbel Tapınakları’nın korunması için Mısır ve Sudan’ın 1959 yılında yaptığı başvuru sonrasında bir kampanyaya başlatmıştır. Başvuru ile beraber su altında kalacak alanlardaki arkeolojik kazı çalışmaları hızlanmış ve Abu Simbel tapınakları sökülerek, kuru bir alana taşınmış ve parçalar yeniden bir araya getirilmiştir. Kampanya sonucunda toplam 50 ülke yardımda bulunmuş ve 80 milyon dolar yardım toplanmıştır. Bkz ‘47th Anniversary of the World Heritage Convention’ (2019) <<https://whc.unesco.org/en/news/2056>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.

9 Genel olarak bkz J. Nafziger, ‘The Development of International Cultural Law’ (2006) 100 American Society of International Law, Proceedings of the Annual Meeting 317-323.

kültürel varlıkların korunması amacına dayanmaktadır<sup>10</sup>. Zamanla bu amaç<sup>11</sup>, kültürel varlıkların yasa dışı ticaretinin önlenmesi<sup>12</sup>, dünya kültürel mirasının korunması, sualıtı kültürel mirasının korunması<sup>13</sup>, somut olmayan kültürel mirasın korunması<sup>14</sup> ve kültürel ifadelerin çeşitliliğinin korunması ve geliştirilmesi<sup>15</sup> şeklinde genişleyerek değişime uğramıştır.

Kültürel mirasın korunmasıyla ilgili ilk ve en önemli uluslararası düzenleme, UNESCO<sup>16</sup> tarafından hazırlanan 1972 tarihli Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'dir. Sözleşme, istisnai evrensel değerdeki<sup>17</sup> (*outstanding universal value*) kültürel mirasın ve doğal mirasın ulusal ve uluslararası hukukta korunmasını konu edinmektedir (m 4-6). Sözleşme, devletlerin sınırları içerisinde yer alan istisnai evrensel değerdeki kültürel mirasın korunmasının, salt o devlete değil, tüm insanlığa ait bir görev olduğunun bu anlamda korumaya iştirakin hem bir sorumluluk hem de kültürel mirasın tüm insanlığa ait olması nedeniyle adeta bir hak olduğunu belirtmekte ve tüm devletleri kültürel mirasın korunması hususunda işbirliği içerisinde olmaya davet etmektedir.

Sözleşmenin birinci maddesinde kültürel miras,

“Anıtlar: Tarih, sanat veya bilim açısından istisnai evrensel değerdeki mimari eserler, heykel ve resim alanındaki şaheserler, arkeolojik nitelikte eleman veya yapılar, kitabeler, mağaralar ve eleman birleşimleri.

Yapı toplulukları: Mimarileri, uyumlulukları veya arazi üzerindeki yerleri nedeniyle tarih, sanat veya bilim açısından istisnai evrensel değere sahip ayrı veya birleşik yapı toplulukları.

Sitler: Tarihsel, estetik, etnolojik veya antropolojik bakımlardan istisnai evrensel değeri olan insan ürünü eserler veya doğa ve insanın ortak eserleri ve arkeolojik siteleri kapsayan alanlar.”

10 Genel olarak bkz Graham (n 4) 755-794.

11 Bu amaçla hazırlanan Silahlı Bir Çatışma Halinde Kültür Mallarının Korunmasına Dair Sözleşme (1954) için bkz RG 12145/08.11.1965.

12 Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili Sözleşme (1970) için bkz RG 17232/26.01.1981.

13 UNESCO, Sualtı Kültürel Mirasının Korunması Sözleşmesi (2001) <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/underwater-cultural-heritage/2001-convention/official-text/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.

14 Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi (2003) için bkz RG 11.03.2006-26105.

15 Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi (2005) için bkz RG 27.08.2017-30167.

16 Merkezi Paris'te bulunan ve Türkçesi, “Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Kurumu” olan UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) tüm dünya genelinde barışın hâkim olmasını amaçlamakta ve bu yönde eğitim, doğa bilimleri, sosyal ve beşeri bilimler, kültür, bilgi ve iletişim aracılığıyla çalışmalar yapmaktadır. Türkiye, UNESCO Sözleşmesi'ni 20 Mayıs 1946 tarihli ve 4895 sayılı Kanunla onamıştır. Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Kurumu Sözleşmesinin onanması hakkında Kanun: 4895, RG 25.05.1946/4895. UNESCO hakkında detaylı bilgi için bkz <https://en.unesco.org/> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.

17 UNESCO Dünya Mirası Konvansiyonunun Uygulanmasına Yönelik İşlevsel İfelere göre istisnai evrensel değer, “ulusal sınırları aşan ve tüm insanlığın bugünkü ve gelecek nesilleri için ortak öneme haiz istisnai bir kültürel ve/veya doğal önemi ifade etmektedir” (para 49), bkz UNESCO, ‘Dünya Miras Sözleşmesi Uygulama Rehberi’ (2017) <<http://www.alanbaskanligi.gov.tr/evrak/document-57-11.pdf>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021; İngilizce metin için bkz UNESCO, Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention (2019) <<https://whc.unesco.org/en/guidelines/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.



şeklinde tanımlanmıştır. Bu doğrultuda denebilir ki Sözleşme yalnızca taşınmaz nitelikteki mal varlıklarını kültürel miras olarak kabul etmiştir.

Sözleşme, korunması gereken kültürel mirasın tayininde istisnai evrensel niteliği dikkate almakta ve esas itibarıyla Dünya Kültür Mirası Listesi<sup>18</sup> adı verilen listede kayıtlı olan kültürel mirasları korumaktadır (m 11).<sup>19</sup> Dünya Kültür Mirası Listesi'ne, önemi, bulunduğu ülkenin sınırlarını aşacak kadar istisnai olan ve tüm insanlığın bugünü ve yarını için ortak öneme sahip olan değerler girebilecektir<sup>20</sup>. Sözleşme, adı geçen listede yer alan varlıkların korunmasını, muhafazasını, teşhirini veya yenilenmesini temin etmektedir (m 13). Kültürel mirasa ait varlığın Dünya Mirası Komitesi tarafından Listeye alınmasıyla beraber tüm insanlık namına korunması söz konusudur. Bu anlamda âkit devlet, kültürel mirasa ait varlığın korunması, muhafazası, teşhiri ve gelecek kuşaklara iletilmesinin sağlanmasını, bu doğrultuda yatırımlardan doğan faaliyetler<sup>21</sup> de dahil olmak üzere kültürel mirası konu edinen, doğrudan ya da dolaylı etkilemek suretiyle bütünlüğüne zarar veren ya da zarar verme tehlikesi içeren her türlü faaliyete karşı tedbirlerini almak, bu mirasın korunmasını kapsamlı planlama programlarına dahil etmeyi amaçlayan genel bir politika benimsemek; devletin kültürel ve doğal mirasını tehdit eden tehlikelere karşı harekete geçmesine olanak sağlayacak müdahale yöntemlerini geliştirmek; bu mirasın saptanması, korunması, muhafazası, teşhiri, yenileştirilmesi için gerekli olan uygun yasal, bilimsel, teknik, idarî ve malî önlemleri almak gibi çabaları göstermekle mükelleftir (m 5).

#### IV. Milletlerarası Yatırım Hukuku ve Kültürel Miras Arasındaki İlişki

##### A. Genel Olarak

Milletlerarası yatırım hukuku, yatırımın yapıldığı ev sahibi devletin egemenlik hakları çerçevesinde, yabancı yatırım faaliyetlerini, yabancı yatırımcıların ev sahibi devlete karşı sahip olduğu hak ve yükümlülükleri ve ev sahibi devletin ülkesinde bulunan yatırımcılara uygulayacakları muameleleri konu edinmektedir<sup>22</sup>. Bu çerçevede akdedilen yatırım anlaşmaları ise, milletlerarası yatırım hukukuna özgü koruma

18 Dünya Kültür Mirası Listesi, çalışmada bundan sonra büyük harfle başlayacak şekilde "Liste" olarak da anılacaktır.

19 Sözleşmenin kural olarak sadece Dünya Kültür Mirası Listesi'nde yer alan değerleri koruması öğretide elitist bir yaklaşım olarak değerlendirilerek eleştirilmektedir. Her ne kadar Sözleşme'nin 12. maddesinde, taraf devletlerin listede yer almayan kültürel değerleri de korumakla yükümlü olduğu ifade edilse de maddenin, işlevsel bir uygulamasının olmadığı iddia edilmektedir, bkz Valentina Sara Vadi, 'Culture, Development and International Law: The Linkage Between Investment Rules and the Protection of Cultural Heritage' in S. Borelli and F. Lenzerini (eds), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law* (Brill 2012) 415, dipnot 14 ve 15'teki yazarlar. Aynı yönde bkz Valentina Vadi, 'The World Heritage and Foreign Direct Investment' in *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2014) 101-102.

20 UNESCO, Dünya Mirası Konvansiyonunun Uygulanmasına Yönelik İşlevsel İlkeler (2019) para 49.

21 Federico Lenzerini, 'Property Protection and Protection of Cultural Heritage' in Stephan W. Schill (ed), *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press 2010) 550.

22 Milletlerarası yatırım hukuku için genel olarak bkz M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (3rd edn, Cambridge University Press 2010); Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012).



ilkeleri aracılığıyla yabancı yatırımların teşviki ve korunmasını, uyuşmazlık çıkması durumunda ise hem ev sahibi devletin hem de yabancı yatırımcının doğrudan tahkime gidebilme imkânını, bu anlamda ilgili ilkelerin ihlâli dolayısıyla uğranılan zararın tazminini düzenlemektedir<sup>23</sup>.

Özellikle, ikili yatırım anlaşmalarının sayısının artmasıyla beraber yatırım hukuku ile uluslararası hukukunun diğer alanları arasındaki kesişimlerin sayısı da artmaktadır. Zira ev sahibi devletin uluslararası ticaret hukukuna dair veyahut çevrenin, kamu sağlığının ya da insan haklarının korunması gibi uluslararası nitelikteki yatırım dışı sorumlulukları sebebiyle düzenleyici yetkisine dayanarak uyguladığı tasarrufların, yatırım hukukunda ortaya çıkardığı sonuçlar farklı olabilmektedir. Bu anlamda, ev sahibi devletin milletlerarası yatırım hukukundan doğan sorumlulukları ile yine uluslararası nitelikteki yatırım dışı sorumlulukları zaman zaman çakışabilmekte ve yabancı yatırımı olumsuz olarak etkileyebilmektedir<sup>24</sup>.

Bu doğrultuda milletlerarası yatırım hukukunun insan hakları hukuku, çevrenin korunması, kamu sağlığının korunması veya uluslararası ticaret hukuku ile meydana gelen kesişimleri sebebiyle ortaya çıkan yatırım ihtilaflarının sayısının hızla arttığı rahatlıkla söylenebilir<sup>25</sup>. Bu duruma elbette devletin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan yatırım dışı sorumlulukları nedeniyle izlediği ya da izlemek zorunda olduğu politikalar, yatırıma etki ederek yatırımdan doğan hakları kısıtlayabilmekte ya da tamamen ortadan kaldırılabilmektedir. Ev sahibi devletin kültürel menfaatleri ile ekonomik menfaatleri arasındaki ilişki nedeniyle milletlerarası yatırım hukuku ile etkileşime giren kültürel mirasın korunması amacı da ev sahibi devletin uluslararası nitelikteki yatırım dışı sorumluluklarından doğmakta ve bu açıdan yatırım hukuku ile etkileşim içine girmektedir.

23 İkili yatırım anlaşmaları hakkında özellikle bkz Bilgin Tiryakioglu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayınarlı 2003) 160-186; Rudolf Dolzer and Margrate Stevens, *Bilateral Investment Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers 1995); Esen Akıntürk and Pınar Baklaci, 'İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme' (2009) 25(5) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 477-536.

24 Ev sahibi devletin milletlerarası yatırım hukukundan doğan sorumlulukları ile yatırım dışı sorumlulukları arasındaki ilişkiyi inceleyen bazı eserler için bkz Moshe Hirsch, 'Interactions between Investment and Non-investment Obligations' in Peter Muchlinski, Federico Ortino ve Christoph Schreuer (eds), *the Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press 2008) 154-181; Vid Prisljan, 'Non-investment Obligations in Investment Treaty Arbitration: Towards a Greater Role for States?' in F. Baetens (ed), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives* (Cambridge University Press 2013) 450-481; M. Sornarajah, 'The Clash of Globalizations and the International Law on Foreign Investment' (2003) 10(2) Canadian Foreign Policy Journal 1-20; M. Houde and K. Yannaca-Small, 'Relationships between International Investment Agreements' (2004) (2004/1) OECD Working Papers on International Investment 1-22.

25 Örneğin insan hakları hukuku ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına dayanılarak nihai kararın gerekçelendirildiği *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v The United Mexican States*, ICSID Case No (ARB) AF/00/2, Award (29 May 2003), para 116, 122 veya *Siemens AG v Argentina Republic*, ICSID Case No ARB/02/08, Award (6 February 2007), para 241, 346, 354 veya *El Paso Energy International Company v The Argentina Republic*, ICSID Case No ARB/03/15, Award (31 October 2011), para 598, 639 veya *Azurix Corp v The Argentina Republic*, ICSID Case No ARB/01/12, Award (14 July 2006), para 311; kamu sağlığının korunmasıyla ilgili olarak örneğin bkz *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products SA and ABAL Hermanos v Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No ARB/10/7, Award (8 July 2016); çevrenin korunması ile ilgili olarak örneğin bkz *Ethyl Corporation v The Government of Canada*, UNCITRAL Award on Jurisdiction (24 June 1998); uluslararası ticaret hukuku ile ilgili olarak *Philip Morris Asia Limited v the Commonwealth of Australia*, PCA Case No 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility (17 December 2015).

## B. Ev Sahibi Ülkenin Kültürel Mirastaki Menfaatleri, Özellikle Ekonomik Menfaatleri

Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'ye 31 Ocak 2017 tarihi itibarıyla 194 ülke taraftır<sup>26</sup>. Sözleşmeye dünya genelinde bu kadar geniş katılım olmasının en önemli sebeplerinden biri, kültürel mirasın Listeye kaydı ile beraber uluslararası anlamda bilinirliğinin ve görünürlüğünün artması<sup>27</sup>; bir anlamda ev sahibi devletin salt ulusal değil evrensel anlamda uluslararası bir sembolü haline gelmesi dolayısıyla âkit devlete sunmuş olduğu sosyal ve kültürel menfaatlerin yanı sıra ev sahibi devlete özellikle politik ve ekonomik menfaatler temin etmesidir<sup>28</sup>.

Listeye giren değer, kazandığı kültür mirası etiketiyle, ulusal ve uluslararası platformlarda görünürlüğü artar; ekonomik bir sermayeye dönüşür ve ulusal ve uluslararası kültür turizmini destekler ve canlandırır<sup>29</sup>.<sup>30</sup> Kültürel miras olarak Listeye giren varlık, o ülkede ulusal ve uluslararası turizmin canlanmasına katkıda bulunur ve buna dayalı olarak ekonomik gelirin artmasını sağlar ve yeni iş imkânlarının doğmasına vesile olur. Yine kültürel mirasın bulunduğu bölgede gayrimenkullerin değerleri de artmakta; özellikle tarihi yapıların restorasyonları dolayısıyla da yerel halka istihdam oluşturularak ekonomiye katkı sağlanmaktadır<sup>31</sup>.

Ayrıca Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme, istisnai evrensel değeri olan dünya kültürel ve doğal mirasını korumak için Dünya Mirası Fonu adı altında bir Fon kurmuştur (m 15).<sup>32</sup> Fon, kültürel mirasın korunması, muhafazası, teşhiri ve iyileştirilmesiyle ilgili olarak taraf devletlere çeşitli yardım imkânları

26 States Parties Ratification Status <<https://whc.unesco.org/en/statesparties/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021

27 Akipek (n 6) 16; Vadi, "Foreign Direct Investment" (n 19) 97.

28 Edward J Goodwin, "The World Heritage Convention, the Environment and Compliance", (2009) 20(2) Colorado Journal of International Environmental Law and Policy 157, 167-169; Vadi, "Foreign Direct Investment" (n 19) 96-98.

29 Alexandra Kowalski, "When Cultural Capitalization Became Global Practice" in N Bandelj, F F Wherry (eds), *The Cultural Wealth of Nations* (Stanford University Press 2011) 87 <<http://archive.ceu.hu/sites/default/files/publications/kowalski-culturalcapitalizationwhs2011.pdf>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021. Ayrıca bkz John P Given, 'Malaysia Historical Salvors Sdn, Bhd v Malaysia: An End to the Liberal Definition of Investment in ICSID Arbitrations' (2009) 31(3-4) Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 467, 495, 496.

30 Diğer yandan, bir değer Dünya Kültür Mirası Listesi'ne girmesi, o değer daimi olarak Listeye yer alacağı anlamına gelmemektedir. Nitekin bugüne değin Sözleşme, istisnai evrensel değere sahip olması nedeniyle koruma altında aldığı iki değeri, üzerinde gerçekleştirilen yatırım faaliyetlerinin, kültürel mirasın bütünlüğüne zarar verdiği/vereceği gerekçesiyle Listeden çıkarmıştır. Sözleşme, 1994 yılında Umman Krallığı'nın Arap Antilobu Koruma Bölgesi adı verilen koruma alanını, Dünya Kültür Mirası Listesi'ne almış; ancak bölgeyi, 2007 yılında hidrokarbon arama faaliyetleri için bölgenin yüzde 90 oranında küçültülmesi sonucunda bölgenin bütünlüğünün ve değerinin zarar göreceği gerekçesiyle Listeden çıkarmıştır. Bkz 'Oman's Arabian Oryx Sanctuary: first site ever to be deleted from UNESCO's World Heritage List' (2007) i <<https://whc.unesco.org/en/news/362>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021. Sözleşme yine Liste içerisine aldığı Almanya Dresden'de yer alan 18. ve 19. yüzyıllardan kalma tarihi eserlerin yer aldığı yaklaşık 18 km boyunca uzanan Elbe Vadisi'ni, Elbe Nehri üzerine yapılan çelik köprünün tamamlandığında vadinin genel görünümünü bozacağı gerekçesiyle 2009 yılında Listeden çıkarmıştır. Bkz 'Dresden is deleted from UNESCO's World Heritage List' (2009) <<https://whc.unesco.org/en/news/522/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.

31 Erdem Eryazıcıoğlu, Hüseyin Cengiz, 'İnsan Hakları Odaklı Bir Kültürel Miras Sistemi İçin Değerlendirme Modeli' (2018) 13(4) Megaron Journal 636, 640.

32 Dünya Mirası Fonu'nda UNESCO tarafından temin edilen kaynakların yanı sıra, taraf devletler için zorunlu ve gönüllü olmak üzere iki tür katkı sistemi öngörülmüştür (m 15/3/a); UNESCO'nun genel bütçesine iki yılda bir verilen payın %1'nin fona verilmesini öngören zorunlu katkı sistemi (m 16/1) ile en az iki yılda bir olmak üzere ve zorunlu katkı sisteminde öngörülen paydan az olmamak üzere katkıda bulunulmayı öngören gönüllü katkı sistemi (m 16/4).

sunmaktadır. Fon aracılığıyla, taraf devletlerde kültürel mirasın korunmasına yönelik tedbirlerin uygulanması sırasında yaşanabilecek muhtemel mali sıkıntılardan dolayı korumaya dair yükümlülüklerin gerçekleştirilememesinin önüne geçilerek ekonomik kaynak ihtiyacının giderilmesi sağlanmaktadır.<sup>33</sup>

Esas itibarıyla kültürel miras özelinde yatırım hukukunda son dönemde ortaya çıkan ihtilaflar, yatırımcının hakları ile yatırımın gerçekleştiği ya da etki doğurduğu kültürel miras üzerinde ev sahibi devletin izlemiş olduğu politikaların çakışması durumunda nasıl bir yol izleneceğine ilişkindir<sup>34</sup>. Bu nedendir ki, ev sahibi devletin ülkesinde bulunan kültürel mirasa ilişkin menfaatleri ile yabancı yatırımcının yatırımdan doğan haklarının çakışması durumunda, bu menfaatlerin nasıl dengelenmesi gerektiğinin ele alınması zarureti hasıl olmuştur. İşbu çalışmanın esas kaleme alınma amacı da budur.

Yabancı yatırımcılar, kültürel miras dolayısıyla yatırımdan doğan haklarının ihlâl edildiği iddiasında bulunmaktan ziyade ev sahibi devletin uyguladığı düzenleyici tedbirlerin, yatırım anlaşmalarındaki koruma ilkelerini ihlâl ettiği iddiasında bulunmuşlardır. Bu doğrultuda konuyla ilgili yatırım tahkimine dair kararlar, kültürel miras öğelerini içermekle beraber esas itibarıyla yatırım hukukuna dair koruma ilkelerinin ihlâli iddialarını içerecek şekilde tahkim davalarına konu edilmiştir.

### **C. Milletlerarası Yatırım Hukukunda Kültürel Mirasın Korunmasına İlişkin Kararların Uluslararası Koruma İlkeleri Özelinde İncelenmesi**

Milletlerarası yatırım hukukunda yabancı yatırımların korunması, milletlerarası yatırım anlaşmalarında yer alan uluslararası koruma ilkeleri vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Ev sahibi devletin yatırıma etki eden tasarrufları, aynı anda birden fazla koruma ilkesine veya yalnızca tek bir koruma ilkesine de aykırılık teşkil edebilecektir. Haksız kamulaştırmanın önlenmesi ilkesi olarak da zikredilebilecek dolaylı kamulaştırma, yatırımcıların haklı beklentilerini ve adil bir şekilde yargılanmasını güvence altına alan, ev sahibi devletin istikrarlı, öngörülebilir ve şeffaf yasal ve idari düzenlemelere sahip olmasını temin eden adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü, ev sahibi devletin yabancı yatırımı koruma ve bunun için gerekli önlemleri alma yükümlülüğünü içeren tam koruma ve güvenlik esası; yabancı yatırıma karşı keyfi ve ayrımcı muamelede bulunmama ilkesi, milli muamele ilkesi ile en çok gözetilen ulus kaydı ilkeleri, milletlerarası yatırım hukukunda yatırımın korunmasına yönelik öne çıkan uluslararası koruma ilkeleridir. Çalışmada ev sahibi devletin kültürel mirasın korunması amacıyla aldığı tedbirlerin anılan uluslararası

33 Detaylı bilgi için bkz Akipek (n 6) 33-37.

34 Genel olarak bkz Valentina Vadi, 'When Cultures Collide: Cultural Heritage and Foreign Direct Investment' in *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2014) 87-236; Yannick Radi, 'The 'Culture of Balancing' of International Investment Law - Cultural Interests and Investors' Interests in International Investment Treaties and Arbitration' (2013) 10(5) *Transnational Dispute Management* < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2355923](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2355923) Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021; Valentina Vadi, 'Culture Clash? World Heritage and Investors' Rights in International Investment Law and Arbitration' (2013) 28(1) *ICSID Review* 123-143.

koruma ilkelerine aykırılıklarını konu edinen yatırım tahkimine ilişkin kararlar ele alınacaktır.

Milletlerarası yatırım hukuku ile kültürel mirasın korunmasının kesişim noktasında yer alan ilgili hakem kararları incelenmeden önce, öncelikli olarak, milletlerarası yatırım hukukunda, “yatırım” tanımının, kültürel mirasın ortaya çıkarılmasına, korunmasına veya iyileştirilmesine ilişkin faaliyetleri kapsayıp kapsamadığı incelenmelidir<sup>35</sup>; zira ortada bir yatırımın mevcut olması gereklidir ki yatırım uyumsuzluğundan bahsedilebilsin<sup>36</sup>.

İkili yatırım anlaşmalarında birbirine benzer yatırım tanımlarına yer verilirken<sup>37</sup>, milletlerarası yatırım hukukuna dair en önemli anlaşma olan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma<sup>38</sup>’da (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States-ICSID*), özellikle yatırım tanımı yapılmaktan kaçınılmıştır. Böylece zaman içerisinde sürekli olarak değişen ve yeni ekonomik şekillere bürünebilen yatırım kavramı, dar ve sabit kalıplara sokulmamak suretiyle açık uçlu bırakılmıştır<sup>39,40</sup>.

Kültürel miras öğelerini konu edinen ve ICSID tahkim mahkemesinde açılan *Malaysian Historical Salvors*<sup>41</sup> davasına konu olan uyumsuzlukta, gemi enkazlarının kurtarılması üzerine uzmanlaşmış İngiltere menşeli MHS şirketi ile Malezya devleti arasında, Malezya karasuları içerisinde yer alan 1817 yılında batmış Diana isimli bir geminin enkazının kurtarılması konusunda bir kurtarma sözleşmesi imzalanmıştır. Anılan sözleşmeye göre, enkazdan çıkan, doğrudan Malezya tarih ve kültürüne ait olan arkeolojik eserler, Malezya Ulusal Müzesi’nde sergilenecek, kalanları ise gelirin

35 Vadi, ‘Linkage between Investment and World Heritage’ (n 19) 418-420; Valentina Sara Vadi, ‘Fragmentation or Cohesion? Investment versus Cultural Protection Rules’ (2009) 10(4) The Journal of World Investment and Trade 573 581-585.

36 Süleyman Dost, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi* (Asil Yayın Dağıtım 2006) 156-158.

37 Örneğin bkz Türkiye-Ukrayna İkili Yatırım Anlaşması (1996) m 1/2; Belarus Cumhuriyeti-Macaristan İkili Yatırım Anlaşması (2019) m 1; Kore Cumhuriyeti-Ermenistan İkili Yatırım Anlaşması (2018) m 1.

38 RG 06.12.1988/20011.

39 Yusuf Çalışkan, ‘ICSID Jurisdiction: Whose Dictionary will be Used for the Definition of Investment and the Scope of Consent’ in Ceyda Süral and Ekin Ömeroğlu Foreign (eds), *Foreign Investment Law*, (Seçkin Yayınları 2016) 102.

40 Böyle olmakla beraber ICSID hakemleri, yatırım tanımı için (i) yatırımın ev sahibi devlete katkısı, (ii) yatırımın aşgari bir süre boyunca yapılmış olması, (iii) yatırımcının ev sahibi devletin ülkesinde yapacağı yatırım kapsamında bir risk taşıyor olması, ve (iv) yatırımın ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlaması şeklinde objektif kriterler belirlemiştir. Milletlerarası yatırım hukukunda “yatırım” tanımı için bkz Rudolf Dolzer, ‘The Notion of Investment in Recent Practice’ in S. Charnovitz, D. Steger, P. Van den Bossche (eds), *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano* (Cambridge 2005) 261-275; Sebastien Manciaux, ‘The Notion of Investment: New Controversies’ (2008) 9(6) The Journal of World Investment and Trade 1-24; Melis Avşar, ‘ICSID Konvansiyonu’na göre Yatırım Tanımı’ (2017) 37(2) Public and Private International Law Bulletin 95-140; Lale Ayhan İzmirli, ‘Uluslararası Yatırım Hukukunda Yatırım Kavramı’ (2018) 8(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-131; Berk Demirkol, ‘The Notion of Investment’ (2015) 1(1) Turkish Commercial Law Review 41-50.

41 *Malaysian Historical Salvors SDB, BHD v The Government of Malaysia*, ICSID Case No ARB/05/10, Award on Jurisdiction (17 May 2007).

belli bir oranı MHS'ye ait olmak üzere Amsterdam'daki müzayedede satılacaktır<sup>42</sup>. Uyuşmazlık, MHS'nin, müzayedede satılan eserlerden kendisine verilen oranın, sözleşmede kararlaştırılan orana aykırı olduğu iddiasıyla ortaya çıkmıştır. MHS, Malezya ile Birleşik Krallık arasındaki ikili yatırım anlaşmasının ihlali nedeniyle ICSID tahkim yargılamasına başvurmuştur. Malezya devleti ise, kurtarma sözleşmesinin yatırım teşkil edemeyeceği gerekçesiyle yargılamaya itiraz etmiştir. Tek hakem tarafından karara bağlanan davada, davacı MHS'nin kurtarma sözleşmesi uyarınca yaptığı faaliyetlerin, ticari nitelikte olduğu tespit edilmiştir<sup>43</sup>. Kararda, kurtarma sözleşmesinin, ev sahibi devlete sadece tarihi ve kültürel bir katkısının söz konusu olduğu; nitekim bu katkıların da ev sahibi devletin ekonomik gelişimine önemli bir katkı olarak nitelendirilemeyeceği<sup>44</sup>, dolayısıyla uyuşmazlıkta ICSID Anlaşması m. 25(1)<sup>45</sup> anlamında bir yatırımdan bahsedilemeyeceğinden bahisle ICSID'in yargı yetkisinin olmadığına karar verilmiştir<sup>46</sup>.

ICSID'in *Malaysian Historical Salvors* kararı, zaten uygulamada ve öğretilerde tartışmalı olan yatırım kavramının içeriğine dair tartışmaları tekrar alevlendirmiştir. Öğretilerde ağırlıklı görüş, *Malaysian Historical Salvors* kararının, yatırım kavramını mutlaka ev sahibi devletin ekonomisine önemli bir katkı ölçütü üzerinden değerlendirmesi dolayısıyla yatırım kavramının son derece dar yorumlandığı şeklindedir<sup>47</sup>. Nitekim, kararın iptaline dair verilen kararda<sup>48</sup>, ev sahibi devletin geliştirilmesine yönelik küçük katkıların ve hakeza kültürel ve tarihi katkıların hariç tutulmak suretiyle salt ICSID Konvansiyonu anlamında yatırım tanımına dayalı olarak kararın verilmesi, ancak iki taraf arasındaki yatırım anlaşmasındaki yatırım tanımının dikkate alınmaması; Konvansiyonun hazırlık çalışmaları esnasında yatırım kavramının kasıtlı olarak tanımlanmaması ve bu tanımlamanın taraf iradelerine bırakılmak suretiyle yatırımın belirlenmesine dair bir alt sınırın özellikle belirtilmemesi şeklindeki gerekçeler nedeniyle kararın iptaline karar verilmiştir<sup>49</sup>.

Bu noktada özellikle belirtmek isteriz ki, bu çalışmanın amacı, milletlerarası yatırım hukukunda yatırım kavramını incelemek değildir. Dolayısıyla, milletlerarası

42 *Malaysian Historical Salvors*, para 8.

43 *Malaysian Historical Salvors*, para 109.

44 *Malaysian Historical Salvors*, para 132.

45 ICSID Anlaşması m 25'e göre; "Merkezin yargılama yetkisi, âkit ülkeler ile uyumsuzluk haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer âkit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyumsuzlukları kapsayacaktır." Buna göre Merkeze başvuru için; (i) ev sahibi devlet ile yatırımcının mensubu olduğu devlet ICSID Anlaşması'na taraf olmalı, (ii) uyumsuzluğun ICSID tahkiminde görülmesinde tarafların rızası olmalı, ve (iii) uyumsuzluk, bir yatırımdan kaynaklanmış olmalıdır; detaylı bilgi için bkz Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 576 vd; Dost (n 36) 155-163.

46 *Malaysian Historical Salvors*, para 146.

47 Örneğin bkz Yulia Andreeva, 'The Tribunal in *Malaysian Historical Salvors v Malaysia* Adopts a Restrictive Interpretation of the Term Investment' (2008) 25(4) *Journal of International Arbitration* 503-506.

48 *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v The Government of Malaysia*, ICSID Case No ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment (16 April 2009).

49 *Malaysian Historical Salvors*, Annulment, para 80.

yatırım hukukunda yatırım kavramına dair tartışmaları bir kenara bırakarak<sup>50</sup>, salt konumuz ile özellikle kesişen; kültürel miras öğelerini konu eden sözleşmelerin “ev sahibi devletin ekonomik gelişimine önemli bir katkı”da bulunup bulunamayacağını tartışmak istemekteyiz<sup>51</sup>. *Malaysian Historical Salvors* kararında hakemin, tarihi ve kültürel öğelerin, devletin ekonomik gelişimine olan katkısını dikkate almaması düşündürücüdür. Zira, bir devletin tarihi ve kültürel öğelerinin özellikle turizm faaliyetlerini canlandırması, yeni istihdam alanları açması gibi ekonomisine olan katkısının yadsınamayacağı açıktır. Davacı, sözleşmenin ifası dolayısıyla Malezya müzelerinin içerik olarak zenginleştiğini, bu durumun da Malezya’nın tarihi, kültürel ve arkeolojik özellikleri nedeniyle tercih edilen ve dikkat çeken bir ülke konumuna gelerek uluslararası profilinin kalkınmasına katkıda bulunduğunu iddia etmiştir<sup>52</sup>. Öğretide de kültürel öğelerin ve sualtındaki arkeolojik alanların korunmasının, turizm sektörünün ve buna dayalı ekonomik faaliyetlerin gelişmesiyle doğrudan ilişkili olduğu özellikle vurgulanmaktadır<sup>53</sup>. Öyle ki turizm sektörünün, 21. yüzyılın en büyük ekonomik faaliyeti olacağı ve deniz-kum-güneş eksenindeki klasik anlamdaki turizm anlayışının, insanların eğitim düzeylerinin artması, yaşam ilkelerinin yükselmesi ve turizm bilincinin de gelişmesiyle tarihi ve kültürel bakış açısıyla şekillendiği ve diğer gelir kaynaklarının yerini aldığı ifade edilmektedir<sup>54</sup>. Bu anlamda kanaatimizce, tarihi ve kültürel öğeleri kapsayan faaliyetlerin, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı ve da önemli bir katkı olarak nitelendirilmemesi söz konusu değildir.

Uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklandığının tespitinden sonra aşağıda yatırım anlaşmalarında yer alan koruma ilkelerinin incelenmesi aşamasına geçilerek davacının iddia ettiği gibi gerçekten bir ihlâl olup olmadığı değerlendirilecektir.

## 1. Dolaylı Kamulaştırma

Milletlerarası yatırım hukukuna dair neredeyse her uyuşmazlıkta ihlâl edildiği öne sürülen dolaylı kamulaştırma ölçütü, kültürel mirası konu edinen yatırım ihtilaflarında da öne çıkmaktadır. Ev sahibi devletin kültürel miras ögesini korumak amacıyla, doğrudan yatırım üzerinde ya da yatırıma etki edecek şekilde uyguladığı düzenleyici

50 Detaylı bilgi için bkz yukarıda dn 40.

51 *Malaysian Historical Salvors* kararındaki yatırım tanımının detaylı analiz ve eleştirisi için özellikle bkz Valentina Vadi, ‘The Challenge of Reconciling Underwater Cultural Heritage and Foreign Direct Investment: A Case Study’, (2007) 17(1) *The Italian Yearbook of International Law* 143, 146-149; Valentina Vadi, ‘Underwater Cultural Heritage and Foreign Direct Investment’ in *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2014) 148-155.

52 *Malaysian Historical Salvors*, Award, para 133.

53 Syed Abdul Haris Bin Syed Mustapa, ‘Showcasing Maritime Heritage Artefacts for the Benefit of the Tourist Industry in Malaysia’ (2005) 34(2) *International Journal of Nautical Archaeology* 211-215. Yazar genel olarak Malezya’nın sualtı arkeolojisinin esas itibarıyla batık gemi enkazlarına dayandığını; ülkenin konumu dolayısıyla Çin, İngiltere ve Portekiz’e ait ulaşılabilen çok sayıda gemi enkazına ev sahipliği yaptığını ve ülkenin turizm gelirlerinin esas itibarıyla gemi enkazlarına dayandığını ifade etmektedir.

54 Yüksek Göğebakan, ‘Dünya Üzerindeki Kültürel Varlıkların Turizme ve Ekonomiye Katkısı’, (2015) 5(2) *Anadolu Üniversitesi Sanat ve Tasarım Dergisi* 48, 54, 76. Aynı yönde bkz Durmuş Tezcan, ‘Arkeolojik Kültür Varlıklarının Korunması ve Milletlerarası Ceza Hukuku’ (1996) 50(1) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 425, 430.



tedbirlerinin, dolaylı kamulaştırma ya da kamulaştırmaya eş etkili tasarruf teşkil edip etmeyeceği, yatırım uyumsuzluğına ilişkin birçok karara konu olmuştur.

Dolaylı kamulaştırma genel olarak, yatırıma açık bir el atma olmamasına ve yatırımcının yatırımından doğan haklarını muhafaza etmesine rağmen yatırımcıyı, yatırımını kullanma ve ondan yararlanma haklarından yoksun bırakacak etkilere sahip olan ev sahibi devlet tasarruflarına verilen addır. Dolaylı kamulaştırmada, yatırımdan doğan hak veya malvarlığı değerlerine dokunulmamakla beraber yatırımın ekonomik değerinin azalması veya yatırım üzerindeki kontrolün kaybına sebep olacak mahiyetteki tasarruflar sonucunda, doğrudan kamulaştırmaya eş etkili sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bir diğer deyişle, dolaylı kamulaştırmada mülkiyet hakkı yatırımcıda kalmasına rağmen bu hak dolayısıyla malikin sahip olduğu kullanma ve yararlanma yetkileri, ev sahibi devletin uyguladığı düzenleyici tasarruflar nedeniyle engellenmekte veya adeta hak ortadan kalkmışcasına kısıtlanmaktadır<sup>55</sup>.

Ev sahibi devlet tarafından yabancı yatırımcıya daha önceden verilen lisans ya da izinlerin reddedilmesi, yenilenmemesi veya iptal edilmesi veyahut yatırımın başlangıç aşamasında ev sahibi devlet tarafından yatırım faaliyetleri esnasında verileceğine dair güvence verilen lisans ya da izinlerin verilmemesi, ya da yatırımın başlangıç aşamasında elverişli koşullar mevcut iken ev sahibi devletin sonradan yaptığı mevzuat değişiklikleri ile şartların değişikliğe uğraması sonucunda yatırımın dolaylı olarak kamulaştırıldığı sonucu ortaya çıkabilmektedir Bu kapsamda, kùltürel miras öğelerinin korunması amacıyla ev sahibi devletin yabancı yatırıma müdahale eden meşru nitelikteki düzenlemeleri nedeniyle yatırımdan doğan hakların ihlâl edilmesi durumunda, söz konusu tasarrufun tazmin yükümlölüğu doğurmayan meşru bir egemenlik tasarrufu mu olduğu yoksa tazmin yükümlölüğu doğuran kamulaştırma mı olduğunun ayırt edilebilmesi önem arz etmektedir.

Devletin düzenleyici yetkisi<sup>56</sup> dolayısıyla, kamu yararı amacıyla, ayırım yapmadan ve usul kurallarına riayet ederek yatırım üzerinde uyguladığı ve yatırımcının yatırımına ilişkin kullanma ve yararlanmaya dair yetkilerini kısıtlayan ya da ortadan kaldıran tasarrufları nedeniyle dolaylı kamulaştırmadan doğan tazminat sorumluluğunun olup olmadığı açık değildir. Ev sahibi devletin özellikle kamu düzeni ve refahının sağlanması ve korunması; çevrenin ve kamu sağlığının korunması ya da tüketici ya da işçi haklarının korunması amacıyla almış olduğu tedbirlerin, tazmin yükümlölüğu doğurmayan düzenleyici işlemlerinden olduğu kabul edilmektedir. Ne var ki, devletin tazmin yükümlölüğu doğurmayan düzenleyici işlemleri ile tazmin yükümlölüğu doğuran dolaylı kamulaştırma teşkil eden tasarrufları arasındaki sınır çok da belirgin

55 H. Zeynep Nalçacıoğlu Erden, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 50 vd.

56 Polis yetkisi olarak da adlandırılan devletin düzenleyici yetkisi, yatırım üzerinde tazmin edilebilir bir mahrumiyet oluşturan düzenlemelerin, bu yetki nedeniyle tazmin edilmemesini haklı kılan sebebi belirtmek üzere kullanılmaktadır, bkz Nalçacıoğlu Erden (n 55) 330 vd.



değildir<sup>57</sup>; “Dolaylı kamulaştırma” ile “devletin düzenleyici yetkisine dayanarak yatırım üzerinde uyguladığı tasarruflar”ın, yatırım üzerindeki etkileri aynı olmakla beraber, dolaylı kamulaştırma sonucunda ev sahibi devlet uygun bir tazminat öderken düzenleyici yetki sonucunda alınan tedbirleri nedeniyle ise, ev sahibi devletin herhangi bir tazminat yükümlülüğü doğmamaktadır. Bu anlamda öğretide, ev sahibi devletin çevrenin ve kamu sağlığının korunması gibi kamu yararı amacıyla alacağı tedbirlerin yatırımdan doğan yetkileri kısıtlaması ya da ortadan kaldırması durumunda, devlete tazminat ödeme yükümlülüğünün dayatılmasının, bu nitelikteki tedbirlerin alınmasında ev sahibi devlet üzerinde caydırıcı etki oluşturacağı ve egemen devletin polis yetkisini kısıtlayacağı ifade edilmektedir<sup>58</sup>. Ancak yatırım tahkimine dair kararlarda bu konuda bir birlik söz konusu değildir. *Saluka v Czech Republic* kararında, devletin düzenleyici yetkisi kapsamında kamu refahının sağlanması ve korunması amacıyla uyguladığı ayrımcı nitelikte olmayan iyi niyetli düzenlemelerinin tazmin yükümlülüğü doğurmayacağına dair karar verilirken<sup>59</sup>, *Santa Elena v Costa Rica* kararında ise çevrenin korunması gibi kamu yararı amacıyla gerçekleştirilen kamulaştırmaların, ev sahibi devletin tazminat ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı, bu anlamda kamulaştırmanın çevresel nedenlerle yapılmış olmasının, karşılığında uygun bir tazminatın ödenmesi gereken kamulaştırma tasarrufunun niteliğini değiştirmeyeceğine hükmedilerek ev sahibi devletin tazminat ödemesine karar verilmiştir<sup>60</sup>.

Çalışma açısından önem arz eden husus, acaba kültürel mirasın korunması amacıyla ev sahibi devletin düzenleyici yetkisine dayanarak yatırıma etki eden, yatırıma dair kullanma ve tasarruf etme yetkilerini sınırlandıran ya da sona erdiren tedbirleri uygulamasının bir sonucu olarak yatırımın kullanılamaz hale gelmesi durumunda, ev sahibi devletin tazminat ödeme yükümlülüğünün olup olmayacağıdır. Bu noktada amacımız kültürel mirasın korunmasına yönelik tedbirlerin uygulanması nedeniyle dolaylı kamulaştırmanın gerçekleştiğine dair iddiaların yer aldığı yatırım ihtilaflarının incelenmesi suretiyle bu soruya cevap verebilmektir.

Ev sahibi devletin doğal çevre güzelliklerini, kültürel miras öğelerini ve kutsal mekânlarını korumak için yatırım üzerinde uyguladığı düzenleyici işlemleri konu edinen yatırım ihtilaflarına dair önemli kararlardan biri, *Glamis Gold v the United States of America* kararıdır<sup>61</sup>. Altın madeni işletmeciliği yapan davacının, kazı yapmayı planladığı ve bu nedenle açık altın madeni işletme izni talep ettiği bölge, doğal güzelliklerinin yanı sıra the *Quechan Indian Tribe* adı verilen yerel Amerikan halkının

57 Allen S. Weiner, ‘Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of Legitimate Regulatory Purposes’ (2003) 5(3) International Law Forum Du Droit International 176-187.

58 Nałçacıoğlu Erden (n 55) 343, 356.

59 *Saluka Investments BV v Czech Republic*, Partial Award, Permanent Court of Arbitration (17 March 2006) para 254, 255, 262.

60 *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, SA v The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No ARB/96/1, Final Award (17 February 2000) para 71, 72.

61 *Glamis Gold Ltd. v United States of America*, UNCITRAL Award (8 June 2009).

kutsal olarak kabul ettiği ve dini ritüellerini sergiledikleri alanı da kapsamaktadır. Yatırımcı, Federal Hükümetin talep ettiği yasal yükümlülüklerini yerine getirerek projenin onaylanmasını beklerken, Federal Hükümet, projenin üzerinde bulunduğu arazinin kazı sonrasında tamamen doldurulsa dahi yerel Amerikan kùltürü ve o alanda bulunan kùltürel anıtlar üzerinde kaçınılmaz ve geri döndürülmesi mümkün olmayan etkilerinin olacağı gerekçesiyle projeyi reddetmiştir<sup>62</sup>. Federal Hükümet yönetiminin değişmesinden sonra, red kararı iptal edilirken<sup>63</sup> projenin onaylanması da askıda bırakılmıştır<sup>64</sup>. Projenin yer aldığı *California* eyalet yönetimi ise, Amerikan yerel kùltürüne ait kutsal değerlerin korunması amacıyla bu kùltür değerlerini etkileyen kazıların, kazı sonrası doldurulmasını zorunlu kılan yeni bir yasal düzenlemeyi yürürlüğe koymuştur<sup>65</sup>. Bunun üzerine davacı yatırımcı, proje onayının askıda bırakılmasının ve yeni yasal düzenlemenin öngördüğu kazıların geri doldurulma zorunluluğunun, projenin gerçekteşmesini ekonomik olarak anlamsız kılacağı gerekçesiyle maden işletmeciliğinden doğan haklarının kamulaştırıldığını iddia ederek tahkim davası açmıştır<sup>66</sup>. Davacı, kùltürel değerlerin korunması amacıyla kazı alanlarının geri doldurulmasını zorunlu kılan yasanın, gerçek anlamda bu amaca hizmet etmediğini, zira kùltürel değerlerin bulunduğu alanın bir kere kazılmış olmasıyla zaten zarara uğrayacağını, tekrar doldurulmasının ise çevreyi korumayacağını, aksine daha fazla harap edeceğini iddia etmiştir<sup>67</sup>. Heyet, kamulaştırmanın gerçekteştiğinin tespiti için, hukuka aykırı olduğu iddia edilen fiillerin yatırım üzerindeki ekonomik etkisini değerlendirerek ev sahibi devlet işlemlerinin yatırımcıyı gerçekten yatırıma, kullanma, ondan yararlanma, yatırımı üzerinde tasarrufta bulunma ve onu kontrol etme gibi ekonomik haklarından mahrum bırakıp bırakmadığını tespit etmeye çalışmıştır<sup>68</sup>. Bu nedenle heyet, hukuka aykırı olduğu iddia edilen işlemlerin yatırım üzerindeki ekonomik etkisini incelemek amacıyla yatırımın geri doldurma sonucundaki ekonomik değerini hesaplamıştır<sup>69</sup>. Heyet kararında, ev sahibi devlet tarafından doğal çevre güzelliğinin, kùltürel değerlerin ve kutsal alanların korunması amacıyla uygulanan tasarrufların, yatırım üzerinde, onun kamulaştırıldığını sonucunu ortaya çıkaracak nitelikte bir ekonomik etkiye sahip olmadığını sonucuna ulaşmıştır<sup>70</sup>. Heyet, uygulanan tasarrufların ekonomik etkisini yadsımamakla beraber yatırımcının kâr etmeye devam etmesi nedeniyle kamulaştırmanın gerçekteşmediğine karar vermiştir<sup>71</sup>.

62 Glamis Gold v United States of America, para 153-155.

63 Glamis Gold v United States of America, para 158-159.

64 Glamis Gold v United States of America, para 163-165.

65 Glamis Gold v United States of America, para 166.

66 Glamis Gold v United States of America, para 11.

67 Glamis Gold v United States of America, para 687-688.

68 Glamis Gold v United States of America, para 357.

69 Glamis Gold v United States of America, para 367-536.

70 Glamis Gold v United States of America, para 536.

71 Heyet, davacının tüm iddialarını reddetmiştir, bkz Glamis Gold v United States of America, para 830-831.

*Glamis Gold v United States of America* davasında heyet, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'ye yer vermekle beraber sadece, kültürel alanların tahrip edilmesinin, dünyadaki tüm ulusların mirasına zarar vermek anlamına geleceğini belirtmiş; bu anlamda Sözleşmeye taraf her devletin kültürel ve doğal mirasa, toplumun yaşamında bir işlev vermeyi ve bu mirasın korunmasını kapsamlı planlama programlarına dahil etmeyi amaçlayan genel bir politika benimsemekle yükümlü olduğunu belirten ilgili maddesine yer vermeyi tercih etmiştir (m. 5). Dolayısıyla hakem heyeti, dolaylı kamulaştırmanın tespitinde hâkim iki ilkedden biri olan tasarrufun amacı ilkesini, dolaylı kamulaştırmanın tespitinde esas almayarak salt tasarrufun etkisi ilkesi ekseninde değerlendirmesini yapmıştır. Hatta heyet, davalı ev sahibi devletin 2004 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Model İkili Yatırım Anlaşması'na dayanarak, devletin müdahale teşkil eden işlemlerinin amacına ve karakterine bakılması gerektiği, bu anlamda alınan önlemlerin gerekli olduğu ve kamu yararı amacı taşıdığı şeklindeki savunmalarını dikkate almamıştır<sup>72</sup>. Diğer yandan yatırım tahkimine dair bir kararda, Dünya Kültür Mirası Listesi'nde yer almamasına rağmen, uyuşmazlık konusu kültürel miras ögesinin taşıdığı kültürel değer ve önem sebebiyle<sup>73</sup> doğrudan Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme kapsamında değerlendirilmesi gözden kaçırılmamalıdır<sup>74</sup>.

Dolaylı kamulaştırmanın tespitinde tasarrufun amacı ilkesi, ev sahibi devlet tarafından yatırım üzerinde uygulanan tasarrufların ekonomik etkisini değil; ev sahibi devletin o işlemi uygulamasına sebep olan amacı dikkate almaktadır<sup>75</sup>. Nitekim, devletin düzenleyici yetkisi kapsamında kamu düzeni ve refahının temini, çevrenin ve kamu sağlığının korunması gibi üstün kamu yararının bulunduğu durumlarda, yatırıma etki eden ev sahibi devlet tasarruflarının tazmin yükümlülüğü doğurup doğurmayacağı milletlerarası yatırım hukukundaki tartışmalı konulardan bir diğeridir<sup>76</sup>.

Milletlerarası yatırım hukukunda kültürel mirasın korunmasında, ev sahibi devlet tasarrufunun amacının kamu yararı olduğu açıktır<sup>77</sup>. Hatta denebilir ki, ev sahibi devletin kültürel ve doğal mirasın korunması amacıyla yatırıma etki ederek uyguladığı tasarruflar, esas itibarıyla tüm dünya milletlerinin mirasının korunması amacıyla uygulanmaktadır. Öyle ki, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'ye taraf olan devletler, zaten Sözleşmeye taraf olmakla beraber kültürel ve

72 *Glamis Gold v United States of America*, para 356. İlgili model anlaşmaya göre, dolaylı kamulaştırmanın tespitinde ((i) devlet işleminin ekonomik etkisi; ancak taraflardan birinin bir işleminin veya bir dizi işleminin yatırımın ekonomik değeri üzerinde olumsuz bir etki oluşturması, tek başına, dolaylı kamulaştırmanın meydana geldiğini göstermez; (ii) devlet işleminin ayrı ve makul şekilde yatırımdan destek alan beklentilere ne ölçüde müdahale ettiği; (iii) devlet işleminin niteliği dikkate alınır. Ancak nadir durumlar haricinde, meşru kamu refahını koruma amacıyla yapılan ve ayrımcı olmayan kamu sağlığı, güvenliği ve çevreye ilişkin işlemler gibi düzenleyici işlemler dolaylı kamulaştırma teşkil etmez, bkz Amerika Birleşik Devletleri Model İkili Yatırım Anlaşması (2012) Annex B, m 4.

73 Kararda dini ritüellerin sergilendiği alanın, ilgili kabile için Mekke ya da Kudüs gibi önemi haiz olduğu ifade edilmektedir, bkz *Glamis Gold v United States of America*, para 111.

74 *Glamis Gold v United States of America*, para 84; dn 194.

75 Tasarrufun amacı ilkesi hakkında bkz Nalçacıoğlu Erden (n 55) 321 vd.

76 Detaylı bilgi için bkz Nalçacıoğlu Erden (n 55) 337 vd.

77 Aynı yönde bkz Valentina Vadi, 'International Investment Law' in *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2014) 65-66.

doğal mirasın korunması ve muhafazasına dair yükümlülüklerini yerine getirmekle sorumlu iken, Sözleşme’de, bir kültürel veya doğal miras ögesinin, Dünya Kültür Mirası Listesi’nde yer almamasının, onun, istisnai evrensel değere sahip olmadığı anlamına gelemeyeceği de açıkça ifade edilmiştir (m 12).

Kültürel ve doğal mirasın korunmasını konu edinen yatırım ihtilafına dair bir diğer önemli karar, *Unglaube v Costa Rica* kararıdır<sup>78</sup>. Davaya konu uyuşmazlığın esası, nesli tükenmek üzere olan bir cins su kaplumbağa türünün yumurtalarını bıraktığı alan üzerinde yer alan eko-turistik otel tesisinin genişletilmesine dair verilen iznin iptal edilmesi ve daha sonradan alınan kamulaştırma kararının uygulanmamasından doğmuştur. Davacıların otellerinin de bulunduğu alanın, su kaplumbağalarının neslinin korunması amacıyla milli parka dönüştürüleceği ve ilgili alan üzerinde kamulaştırmaların yapılacağı ilan edilmesine rağmen ev sahibi devlet, on yılı aşkın bir sürenin geçmesine rağmen kamulaştırma kararının uygulanmasını sağlayacak süreci sona erdirmemiştir. Davacılar, iyi niyetlerini, ilgili projeyi alınan yeni kararlara göre revize etmek gibi çeşitli şekillerde gösterdiklerini iddia ederek sürecin akamete uğratılması nedeniyle ICSID tahkim yargılamasına başvurmuşlardır. Ev sahibi devlet, milli park ilan edilecek alan üzerindeki tasarruflarının, egemen devletin kamu yararı amacıyla uyguladığı iyi niyetli tasarruflar olduğunu ifade ederek tüm iddiaları reddetmiştir<sup>79</sup>. Hakem heyeti, uyuşmazlık konusu alanın, nesli tükenmekte olan kaplumbağaların dünyadaki en önemli yuvalama alanlarından biri olduğunu vurgulayarak<sup>80</sup>, ev sahibi devletin ayrımcı ve keyfi olmamak kaydıyla usuli prosedürlere uyarak karşılığında uygun bir tazminat vermek suretiyle kamulaştırma hakkını haiz olduğunu belirtmiştir<sup>81</sup>. Heyet, ev sahibi devletin kamulaştırma için gerekli olan düzenlemeleri vaktinde yapmayarak yatırımcının yatırımdan doğan haklarını ağır bir şekilde etkilediği sonucuna vararak<sup>82</sup> uyuşmazlık konusu alanın dolaylı olarak kamulaştırıldığına hükmetmiştir<sup>83</sup>.

Yatırımcının tesislerinin üzerinde bulunduğu doğal alanın, kültürel mirasa dahil olması<sup>84</sup> nedeniyle incelenen *Unglaube v Costa Rica* kararında hakem heyeti, ilgili ikili yatırım anlaşmasına göre, ev sahibi devletin kamu yararı amacıyla kamulaştırma tasarrufunu uygulayabileceğini belirtmiş ancak yine aynı anlaşmaya göre, bu tasarruflar sonucunda yatırımcının uğramış olduğu kaybın esas alınarak karşılığında uygun bir tazminatın ödenmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>85</sup>. Dolayısıyla karardan, kültürel mirası

78 *Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v Republic of Costa Rica*, ICSID Case No ARB/08/1 and ARB/09/20, Award (16 May 2012).

79 *Unglaube v Costa Rica*, para 103.

80 *Unglaube v Costa Rica*, para 163.

81 *Unglaube v Costa Rica*, para 205.

82 *Unglaube v Costa Rica*, para 220.

83 *Unglaube v Costa Rica*, para 209.

84 Nitekim dava konusu uyuşmazlığın yer aldığı Guanacaste bölgesi, UNESCO tarafından 1999 yılında Dünya Kültür Mirası Listesi’ne girerek koruma altına alınmıştır; ‘Area de Conservación Guanacaste’ <<https://whc.unesco.org/en/list/928/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.

85 *Unglaube v Costa Rica*, para 203, 304.

konu edinen bir yatırımın varlığı halinde, kamulaştırmanın mümkün olabileceği, ancak yapılacak olan bu kamulaştırmanın, kamu yararı amacıyla, usul kurallarına uygun olarak, ayırım yapılmaksızın ve karşılığında uygun bir tazminatın verilmesi kaydıyla hukuka uygun olabileceği sonucu çıkarılabilecektir<sup>86</sup>.

Yine aynı bölgede yer alan, son derece uzun bir sahil şeridinin yanı sıra içerisinde çok sayıda nehir, vadi, kaynak, orman ve dağ içeren; coğrafi ve jeolojik özelliklerinin yanında, o bölgeye özgü nadir bulunan bitki türlerine ve kendine has bitki örtüsüne sahip olan *Santa Elena* arazisi<sup>87</sup>, bir başka ICSID tahkim yargılamasına daha konu olmuştur<sup>88</sup>. Turistik otel tesisi inşa etmek amacıyla Amerikalı yatırımcılar tarafından satın alınan ancak bölgedeki özellikli fauna ve floranın korunması amacıyla kamulaştırılan arazi için yatırımcılar, çevresel sebeplerle gerçekleştirilen bu kamulaştırma işlemine karşı çıkmamakla beraber ev sahibi devletin takdir ettiği kamulaştırma bedeline itiraz etmiştir<sup>89</sup>. Davaya bakan hakem heyeti, uyuşmazlık konusu eşsiz ekolojik güzelliklere sahip olan *Santa Elena* arazisinin korunmasının, uluslararası yükümlülüklerinden doğduğunu detaylı bir şekilde belgelendiren ev sahibi devletin sunmuş olduğu dökümanları, incelemeksizin doğrudan reddetmiştir<sup>90</sup>. Zira davaya bakan hakem heyeti, çevresel saikler ile gerçekleştirilen bir kamulaştırmanın hukuka uygun olması ve kamu yararı amacı taşıması halinde dahi bu amacın, tazminat ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağını belirtirken özellikle “çevrenin korunmasına ilişkin milli ya da milletlerarası yükümlülüklerinin dahi yatırımcıya tazminat ödenmesine engel teşkil etmeyeceğini” vurgulamıştır<sup>91</sup>.

Sonuç olarak *Santa Elena v Costa Rica* kararında hakem heyetinin kararını verirken, ev sahibi devletin, milletlerarası yatırım hukuku kapsamı dışındaki diğer yükümlülüklerini, bir başka deyişle kültürel değerlerini koruma şeklindeki yatırım dışı sorumluluklarından doğan uluslararası yükümlülüklerini dikkate almadığı açıkça söylenebilir<sup>92</sup>. Buradaki soru, heyetin ev sahibi devletin UNESCO tarafından koruma

86 Kamulaştırma tasarrufu, kamu yararı amacıyla, ayırım yapmadan, usul kurallarına uygun olarak ve karşılığında bir tazminatın ödenmesi koşuluyla esas itibarıyla meşru niteliktedir. Milletlerarası yatırım hukukunda hukuka uygun kamulaştırmanın şartları için bkz Nalçacıoğlu Erden (n 55) 450 vd. Milletlerarası yatırım hukukunda hukuka aykırı olan dolaylı kamulaştırma durumunda ise, hem öğretilerde hem de uygulamada ödenecek olan tazminatın miktarının haklı olarak daha farklı olması gerektiği görüşü hâkimdir. Detaylı bilgi için genel olarak bkz Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2nd edn, Beta 2013); Sergey Ripinsky and Kevin Williams, *Damages in International Law* (British Institute of International and Comparative Law 2008).

87 *Santa Elena* arazisi, 2004 yılında, Dünya Mirası Komitesi tarafından, Dünya Kültür Mirası Listesi'nde yer alan Guanacaste bölgesine eklenerek koruma altına alınmıştır. Dünya Kültür Mirası Komitesi, 'Decisions Adopted At The 28th Session Of The World Heritage Committee' (2004) WHC-04/28.COM/26 sayılı karar <<https://whc.unesco.org/archive/2004/whc04-28com-26e.pdf>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.

88 *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, SA v The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No ARB/96/1, Final Award (17 February 2000).

89 *Santa Elena v Costa Rica*, para 19.

90 *Santa Elena v Costa Rica*, para 71, dn 32.

91 *Santa Elena v Costa Rica*, para 72.

92 Moshe Hirsch, 'Interactions between Investment and Non-investment Obligations' in Peter Muchlinski, Federico Ortino ve Christoph Schreuer (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press 2008) 169, 174. Bu noktada *Santa v Elena* kararındaki yaklaşımın ileride incelenecek olan *SPP v Egypt* kararından farklı olduğu ifade edilmelidir; *SPP v Egypt* kararı için bkz ileride s 26.

altına alınan bir bölgesindeki yatırımı kamulaştırması durumunda hangi çizgide bir karar alacağıdır. Tabii bu noktada, “yatırımcı ile yatırım sözleşmesi imzalanmadan önce ev sahibi devletin koruma altına alınma talebinde bulunması ve akabinde yatırım sözleşmesi imzalandıktan sonra Dünya Kültür Mirası Listesi’ne girilmesi” ile “yatırımcı ile yatırım sözleşmesi imzalandıktan sonra Listeye girilmesi” farklı şekilde değerlendirilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki *Santa Elena v Costa Rica* kararında hakemler, esas itibarıyla uyuşmazlığa tek bir pencereden bakmayı tercih ederek salt yatırım hukuku perspektifinden değerlendirme yapmayı uygun bulmuşlar; ev sahibi devletin diğer uluslararası yükümlülüklerini kararı değerlendirme aşamasında dikkate almamışlardır. Milletlerarası yatırım hukukunda kültürel mirasın korunmasındaki amaç ise, ev sahibi devletin ülkesinde bulunan kültürel mirasa ilişkin menfaatleri, ki bu menfaatler sadece ev sahibi devlete değil, tüm dünya milletlerine ait olup milletlerarası diğer yükümlülüklerinden doğabilir, ile yabancı yatırımcının yatırımdan doğan haklarının dengelenmesidir. Bu anlamda ortaya çıkan zarar ile uygulanan tedbir arasında makul bir ilişkinin olması aranmaktadır. Bu minvalde öğretilde, yatırım yapıldıktan sonra Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme’ye taraf olunması durumunda, yatırımcının ev sahibi devletin gelecek zamanda yer alan kültürel mirasın korunması şeklindeki uluslararası yükümlülüğünü bilemeyeceğinden haklı beklentisinin korunması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>93</sup>. Bu noktada aksi sav olarak, özen yükümlülüğüne sahip yatırımcının, yatırımını gerçekleştireceği sahanın yeryüzü ve yeraltı incelemesini yapması gerektiği ve o bölgede muhtemel bir kültürel mirasın varlığını araştırması yükümlülüğü olduğu zira ilgili kültürel miras ögesinin, bir anda dünyadaki tüm uluslar için istisnai evrensel değer haline gelemeyeceğinin de iddia edilebilir olduğu kanaatindeyiz.

Yatırımcıya yatırım üzerinde tasarrufta bulunması, onu kullanması ve ondan yararlanması için önceden izin verilmiş olsa dahi, daha sonradan, kamu yararı amacıyla, yatırımın etki ettiği kültürel miras ögesi üzerinde uygulanmak üzere kısıtlayıcı tedbirlerin alınabileceği kabul edilmekte; örneğin ev sahibi devlet tarafından, daha önceden izin verilip verilmediği dikkate alınmaksızın, kültürel mirasın yapısına etki edecek değişikliklerin yasaklanması veya konumunun değiştirilmesine izin verilmemesi şeklinde sınırlandırıcı tedbirlerin meşru olarak nitelendirilebileceği ileri sürülmektedir<sup>94</sup>. Diğer yandan, bu kısıtlayıcı tedbirler nedeniyle yatırımcının yatırımdan doğan haklarının tamamını veya büyük bir kısmını kullanamamasının dolaylı kamulaştırmaya vücut vermesi de olasıdır. Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme’nin tatbiki bu açıdan önem arz etmektedir. Dünya kültür mirasının korunması, muhafazası, teşhiri ve gelecek kuşaklara iletilmesi amacıyla, ev sahibi devlet tarafından yatırımdan doğan hakların kısıtlanması, adeta bu hakların ortadan kaldırılması durumunda, tedbirlerin ayırımcı olmayacak şekilde, yabancı ve yerli yatırımcılara eş etkili olacak şekilde uygulanması halinde, keyfi bir uygulamadan

93 Hirsch (n 92) 176-177.

94 Genel olarak bkz Lenzerini (n 21) 555.



söz edilemeyecektir. Bu durumda, alınan tedbirler ile yatırıma etki eden kısıtlamalar (zarar) arasında ölçülü bir ilişki olması aranmaktadır<sup>95</sup>. Bu noktada önem arz eden husus ise, yerli ve yabancı yatırımcılara eş etkili olarak uygulanan kamulaştırma sonucunda takdir edilecek tazminatın miktarıdır.

Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'ye doğrudan ve geniş bir şekilde yer veren; aynı zamanda milletlerarası yatırım hukuku kapsamında doğan sorumluluklar çerçevesinde uyumsuzluğu ele alan yatırım tahkimine dair önemli kararlardan bir diğeri *SPP v Egypt* davasına ilişkin karardır<sup>96</sup>. Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında Gize Piramitleri bölgesinde turistik bir otel tesisinin inşaatı için yatırım sözleşmesi imzalandıktan sonra kazı esnasında tarihi eserlerin bulunması nedeniyle verilen inşaat izni iptal edilmiştir. Yatırımcı, ev sahibi devletin kendi egemenlik sınırları içerisinde yer alan tarihi eserlerin korunması gibi üstün kamu yararı amaçları dolayısıyla daha önceden verilen inşaat izinlerini iptal etme işlemi için değil, iznin iptali dolayısıyla sözleşmeden doğan haklarının dolaylı olarak kamulaştırılması nedeniyle uğranılan zararın tazmini talebiyle dava açmıştır. Kronolojik bir inceleme yapan heyet<sup>97</sup>, 1974 yılında ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında yatırım sözleşmesinin imzalandığını, yine aynı yıl Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'nin onaylandığını; Sözleşmenin 1975 yılında yürürlüğe girdiğini; 1976-1977 yılları arasında inşaat için yetkili makamlardan gerekli izin ve onayların alındığını; 1977 yılında inşaatın başladığını ve bölgede yer alan tarihi buluntuların zarar görme ihtimali nedeniyle projeye ilgili olarak politik eleştiri ve baskıların yer aldığını; 1978 yılında ise inşaat izninin iptal edildiğini; 1979 yılında ise Gize Piramitleri bölgesi için Dünya Kültür Mirası Listesi'ne adaylık başvurusunda bulunulduğunu ve bir yıl sonra da adaylık başvurusunun Komite tarafından kabul edildiğini sıralayarak Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'nin tek başına projenin iptalini haklı kılmadığını, ilgili bölgenin adaylığının kabulünden sonra ev sahibi devletin koruma ve muhafaza yükümlülüğünün başladığını ifade ederek yatırımcının sözleşmeden doğan haklarının dolaylı olarak kamulaştırıldığına karar vermiştir<sup>98</sup>.

*SPP v Egypt* kararında, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'ye uygulanacak hukuk kapsamında yer verilmiştir; zira ev sahibi devletin onaylamasıyla milletlerarası sözleşme, ev sahibi devlet hukukunun bir parçası haline gelmektedir<sup>99</sup>. Uyuşmazlıkta, inşaat izninin iptali, ilgili bölgenin adaylık başvurusunun kabulünden önce gerçekleşmiştir. Davada ev sahibi devlet, Sözleşmenin 4. ve 5. maddelerine dayanarak, Sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle

95 Lenzerini (n 21) 565.

96 *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/84/3, Award (20 May 1992).

97 *SPP v Egypt*, para 58-158.

98 *SPP v Egypt*, para 165.

99 *SPP v Egypt*, para 76.



beraber projeyi iptal etme yükümlülüğünün doğduğunu iddia etmiştir<sup>100</sup>. Kararda ise, ev sahibi devletin uluslararası hukuk çerçevesinde inşaat iznini iptal etme yetkisini haiz olduğu<sup>101</sup> kabul edilmekle beraber Sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ilgili bölgenin Listeye girmesi ile başladığı belirtilerek inşaattan doğan faaliyetlerin ancak adaylığın kabulünden sonra hukuka aykırı hale geleceği belirtilmiştir<sup>102</sup>. Buna göre, ilgili bölgenin Listeye girmesinden sonra uğranılan zarar, tazmin edilebilir nitelikte değildir<sup>103</sup>. Dolayısıyla karara göre Listeye girdikten sonra, koruma altında bulunan kültürel miras ögesi nedeniyle yatırım üzerinde gerçekleşen tedbirlerin yatırıma etki etmesi durumunda ev sahibi devletin tazmin yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Kararda özellikle dikkat çeken, ev sahibi devletin koruma ve muhafaza yükümlülüğünün başladığı tarihin, Sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihin olmadığını vurgulanması ve bu yükümlülüğün ancak Listeye girilme ile başlanacağını belirtilmesidir. Öğretide, ev sahibi devletin Sözleşmeden doğan koruma ve muhafaza yükümlülüklerinin ancak Listeye girilmesi ile başlayacağını kabulü eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme elbette taraf devletler için bağlayıcı yükümlülükler taşımaktadır. Ancak *SPP v Egypt* davasında hüküm altına alınan ‘Sözleşmeden doğan sorumlulukların ancak Listeye girilmesiyle başlayacağı’ şeklindeki kayıt, yanlış bir içtihatın oluşmasına sebep olabileceğinden endişe verici bulunmaktadır. Esasen Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme’den doğan kültürel mirasın korunması, muhafazası, teşhiri ve gelecek kuşaklara iletilmesi şeklindeki yükümlülükler, Sözleşmenin âkit devlette yürürlüğe girmesi ile başlamaktadır. Bu doğrultuda ilgili görüş, taraf devlette yer alan istisnai evrensel değere sahip kültürel mirasın korunması ve muhafazasının Listede yer alıp almadıklarına bağlı olmadığını ileri sürmektedir<sup>104</sup>. Nitekim, Sözleşmenin 12. maddesine göre, Listede yer alıp almadıklarından bağımsız olarak, her âkit devlet, kendi ülkesinde yer alan kültürel ve doğal mirasa ait varlıkları korumakla yükümlüdür<sup>105</sup>. Aynı şekilde, *Glamis Gold v United States of America* kararında da, Sözleşmenin

100 SPP v Egypt, para 150.

101 SPP v Egypt, para 158.

102 SPP v Egypt, para 154.

103 SPP v Egypt, para 190-191.

104 P. J. O’Keefe, ‘Foreign Investment and the World Heritage Convention’ (1994) 3(2) International Journal of Cultural Property 259, 264-265. Yazar bu görüşünü Avusturya Yüksek Mahkemesi’nin Richardson v Forestry Commission ve Queensland v Commonwealth kararları ile desteklemiştir. Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme’nin uygulama alanının tartışıldığı kararlarda, kültürel mirasın korunması yükümlülüğünün, bizzatihi âkit devletin ülkesinde yer alan kültürel mirasın istisnai evrensel değere sahip olduğu şeklindeki tanımlamasına bağlı olduğu yönündeki görüş eleştirilmiş ve istisnai evrensel değere sahip olmanın, kültürel mirasın kendi uhdesinde olduğu ve âkit devletin veya Dünya Miras Komitesi’nin değerlendirmesine tâbi olmadığı belirtilmiştir. Kültürel bir değer Listeye girmemiş olması, onun istisnai evrensel bir değer taşımadığı anlamına gelmemektedir. *Richardson v Forestry Commission* HCA 10; 164 CLR 261 (10 March 1988) <<https://jade.io/article/67410>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021; *Queensland v The Commonwealth* HCA 36; 167 CLR 232 (30 June 1989) <<https://jade.io/article/67509>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.

105 L.J. de Germigny, ‘Considerations Before Investing Near a UNESCO World Heritage Site’ (2013) 10(5) Transnational Dispute Management 1, 1, 3; Akipek (n 6) 27-28. Sözleşmenin 12. maddesi şu şekildedir: “Kültürel ve doğal mirasa ait olan bir varlığın 11. maddenin 2. ve 4. paragraflarında sözü edilen her iki listeye de dahil edilmemiş olması hiçbir şekilde onun bu listelere dahil edilme sonucu olanlar dışındaki amaçlar için istisnai değeri olmadığı anlamına gelmeyecektir”.

yine bu maddesine atıfta bulunularak, uyuşmazlık konusu kültürel mirasın Listede yer almamasına rağmen sahip olduğu istisnai evrensel değer nedeniyle korunması gerekliliği özellikle vurgulanmıştır<sup>106</sup>.

Aslında tüm bu davalar incelendiğinde varılacak sonuç şudur ki ev sahibi devlet, istisnai evrensel değere sahip kültürel mirasın korunması amacıyla egemenlik yetkisine dayanarak yatırımı etki eden, yatırımın kullanılmasını sınırlandıran hatta ortadan kaldıran tedbirleri alabilir. Bu nitelikte kamu yararı amacıyla uygulanan tedbirlerin meşru olduğu kabul edilmektedir. Ancak kamulaştırmanın bu şekilde, kamu yararı amacıyla ve milletlerarası yükümlülükler nedeniyle uygulanmasında dahi, karşılığında uygun bir tazminatın ödenmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırıp kaldırmayacağı ve tazminatın ödenmesi durumunda ise üstün kamu yararı amacının hükmedilecek tazminat miktarının azalmasına sebebiyet verip vermeyeceği soruları cevaplandırılmalıdır. *Santa Elena v Costa Rica* davasında kamulaştırma sonucunda ödenecek olan tazminatın miktarı, yatırımın maddi değeri ve yoksun kalınan kâr üzerinden hesaplanırken<sup>107</sup>, *SPP v Egypt* davasında Sözleşmenin de dikkate alınmasıyla tam tazminat değeri hesaplanarak tazminata hükmedilmiştir<sup>108</sup>. Buna göre *SPP v Egypt* davasında kamulaştırma sonucunda ödenecek olan tazminatın miktarı için sadece yatırımın maddi değeri esas alınmış ancak yoksun kalınan kâr dikkate alınmamıştır zira uyuşmazlık konusu alanın Listeye girmesinden sonraki zararın tazmin edilemeyeceği belirtilmiştir.

## 2. Adil ve Hakkaniyetli Davranma Yükümlülüğü

Milletlerarası yatırım hukukunda uygulama alanı en geniş olan uluslararası koruma ilkelerinden biri, ev sahibi devletin adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğüdür. Adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğünün kapsamına ilişkin olarak sınırlandırıcı bir yaklaşımdan ziyade ilkenin, geniş bir çerçevede yorumlanması tercih edilerek diğer koruma ilkelerinin dışında kalan alanları da kapsamı ve böylece yatırımcıya daha geniş bir korumanın sağlanması amaçlanmaktadır. İlkenin yatırımcının haklı beklentisinin korunması, ev sahibi devlette istikrarlı, şeffaf ve öngörülebilir hukuki ve idari bir yapının oluşturulması, yabancı yatırımcıya iyi niyetli yaklaşım, yatırımcının ev sahibi devlette cebir ve saldırıya karşı korunması; adil yargılanma hakkı ile usul kurallarına riayet edilmesi, keyfi ve ayırıcı muamelede bulunmama ile ölçülü muameleyi kapsadığı kabul edilmektedir<sup>109</sup>.

106 Bkz yukarıda dn 74.

107 *Santa Elena v Costa Rica*, para 70 vd.

108 *SPP v Egypt*, para 190.

109 Milletlerarası yatırım hukukunda adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü ile ilgili olarak bkz Rudolf Dolzer, 'Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties' (2005) 39(1) *The International Lawyer* 87-106; Rumeysa Partalı, 'Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen "Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü"' (2017) 36(2) 131-162.

Yabancı yatırımcının korunması ile kültürel mirasın korunması menfaatleri; özellikle, ev sahibi devletin yatırım öncesi görüşmelerde yatırımcıya verdiği taahhütler veya vaat ettiği güvenceler nedeniyle yatırımcıda oluşan haklı beklentilerin karşılıksız bırakılması sonucunda çakışmaktadır. Ev sahibi devletin yatırım yapılmadan önce yatırımcıya açık veya örtülü olarak yaptığı sözlü açıklamalar ya da taahhütler aracılığı ile yatırımın o devlette yapılmasının güvenilir olduğu izleniminin verildiği durumlarda yatırımcının haklı beklentisi meşru kabul edilmektedir<sup>110</sup>. Dolayısıyla, ev sahibi devletin yatırımcıya karşı üstlendiği garanti ve taahhütleri ihlâl etmiş olması durumunda sorumluluğunun doğacağı açıktır.

Bu noktada vurgulanması gereken husus ise, yatırımcının, ev sahibi devletin kendisine vermiş olduğu taahhüt, söz ve güvencelerin, devletin idari ve yasal mevzuatı ile uyumunu araştırma yükümlülüğünün de olduğudur. Kendi yasal mevzuatına aykırı olmasına rağmen ev sahibi devletin yatırıma dair gerekli izinleri vermiş olması, yatırımcıda oluşan beklentileri haklı kılmakla beraber bu durum, yatırımcının özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması nedeniyle hükmedilecek olan tazminat miktarının azalmasına sebep olabilecektir<sup>111</sup>.

Elbette yatırımın yapıldığı sırada ev sahibi devletteki mevcut elverişli hukuki iklimin, değişen şartlar nedeniyle değişime uğraması her zaman ihtimal dahilindedir. Nitekim egemen olan devletin, ulusal ya da uluslararası yükümlülükleri nedeniyle yatırımın yapıldığı sırada yürürlükte olan idari ve yasal düzenlemelerinde daha sonradan hiçbir şekilde değişiklik yapmayacaklarına dair bir beklenti yerinde bulunmamaktadır<sup>112</sup>. Devlet pek tabiidir ki takdir hakkını kullanmak suretiyle mevzuatında değişiklikler yapabilme gücünü haizdir. Bu nedenle ev sahibi devletin yatırım gerçekleştikten sonra hukuki ve idari mevzuatında kamu yararı amacıyla, hakkaniyete uygun olarak yapacağı makul nitelikteki değişikliklerin adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğünü ihlâl ettiği söylenemez. Fakat bu değişikliklerin yatırımcı aleyhine doğurduğu sonuçlarının kabulü, ancak kamu yararı amacıyla, ayırmıcılık yapmadan, iyi niyet kurallarına uygun olmak ve ölçülü olması koşuluyla ve pek tabii karşılığında uygun bir tazminatın verilmesi koşuluyla kabul edilebilir. Zira yatırımcı, yatırımın yapıldığı sırada mevcut olan idari ve hukuki koşullara güvenerek, hukuki istikrar ve öngörülebilirliği dikkate alarak o devlette yatırım yapmaktadır. Kaldı ki uygulanacak hukuk ve idari mevzuatın sürekli değiştirilmesi nedeniyle ortaya çıkan ev sahibi devlete ait tutarsız ve öngörülemeyen nitelikteki tasarrufların yatırımcının haklı beklentisini ihlâl ettiği kabul edilmektedir<sup>113</sup>. Dolayısıyla her iki taraf da kendi penceresinden haklılık payına

110 *Parkerings-Compagniet AS v Republic of Lithuania*, ICSID Case No ARB/05/8, Award (11 September 2007), para 331-334.

111 *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Republic of Chile*, ICSID Case No ARB/01/07, Award (25 May 2004), para 167, 242, 243.

112 *Impregilo SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/17, (21 June 2011), para 291.

113 *PSEG Global Inc and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB/02/5, Award (19 January 2007), para 245-246.

sahip olmakla beraber koşulların değişmesinin bir sonucu olarak çatışır duruma gelen yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlete ait menfaatlerin dengelenmesi ve karşılıklı verilen taahhüt ve güvencelerin, adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü ilkesi çerçevesinde yeni koşullara uyarlanması gerekmektedir<sup>114</sup>.

Bu doğrultuda çalışma açısından cevaplandırılması gereken soru, ev sahibi devletin istisnai evrensel değere sahip kültürel mirasın korunması ve muhafazası amacıyla uyguladığı tedbirlerin, yatırımcının yatırım üzerindeki haklı beklentilerini ihlâl etmesi durumunda nasıl bir yol izleneceğidir.

Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme, âkit her devletin, toprakları üzerinde bulunan ve istisnai evrensel değere sahip her kültürel mirası, Listede yer alsın almasın, belirlenmesi, korunması, muhafazası, teşhiri ve gelecek nesillere iletilmesinde öncelikli görevin kendisine ait olduğunu, bunun için kaynaklarını sonuna kadar kullanmakla yükümlü olduğunu hüküm altına almıştır (m. 4). Sözleşme, âkit her devletin topraklarındaki kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve teşhiri amacıyla etkili ve faal önlemlerin alınmasını sağlamak için, gerekli olan uygun yasal ve idari önlemleri almak için çaba göstermekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir (m. 5/d)<sup>115</sup>.

Öğretide, son dönemlerde Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'den doğan yükümlülükleri nedeniyle ev sahibi devletlerin yatırımları kısıtlayan ya da ortadan kaldıran tasarrufları nedeniyle, yatırımcıların, belli bir ülkede yatırım faaliyetlerine başlamadan önce, ev sahibi devletin Sözleşmeye taraf olup olmadığını; yatırım yapacakları bölgede Dünya Kültür Mirası Listesi'nde yer alan bir kültür ögesinin olup olmadığını; var ise, yatırım yapılacak olan bölgeye göre konununun araştırılmasının gerektiği ifade edilmekte; ayrıca, yine yatırım yapılacak

114 Abdullah Gürsu, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi* (Astana Yayınları 2018) 65.

115 Sözleşmenin 4. maddesi şu şekildedir: "Bu Sözleşmeye taraf olan devletlerden her biri 1. ve 2. maddelerde sözü edilen ve topraklarında bulunan kültürel ve doğal mirasın saptanması, korunması, muhafazası, teşhiri ve gelecek kuşaklara iletilmesinin sağlanması görevinin öncelikle kendisine ait olduğunu kabul eder. Bunun için kaynaklarını sonuna kadar kullanarak ve uygun olduğunda özellikle mali, sanatsal, bilimsel ve teknik alanlarda her türlü uluslararası yardım ve işbirliği sağlayarak elinden geleni yapacaktır".

Sözleşmenin 5. maddesi şu şekildedir: "Bu Sözleşmeye taraf olan her Devlet topraklarındaki kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve teşhiri amacıyla etkili ve faal önlemlerin alınmasını sağlamak için, mümkün olduğunca her ülkenin kendi koşullarına uygun biçimde şu çabaları gösterecektir:

- Kültürel ve doğal mirasa, toplumun yaşamında bir işlev vermeyi ve bu mirasın korunmasını kapsamlı planlama programlarına dâhil etmeyi amaçlayan genel bir politika benimsemek;
- Kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve teşhiri için, halen mevcut değilse, topraklarında bir veya daha fazla hizmet kurumunu, işlevlerini ifaya yeterli olacak görevli ve araçlarla kurmak;
- Bilimsel ve teknik çalışma ve araştırmaları geliştirmek ve Devletin kültürel ve doğal mirasını tehdit eden tehlikelere karşı harekete geçmesine olanak sağlayacak müdahale yöntemlerini mükemmelleştirmek;
- Bu mirasın saptanması, korunması, muhafazası, teşhiri, yenileştirilmesi için gerekli olan uygun yasal, bilimsel, teknik, idari ve malî önlemleri almak; ve
- Kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve teşhiri konularında eğitim yapan ulusal veya bölgesel merkezlerin kurulmasını veya geliştirilmesini desteklemek ve bu alandaki bilimsel araştırmaları teşvik etmek".

olan bölgede, Listede yer almamasına rağmen istisnai evrensel değere sahip kültür öğelerinin olup olmadığının araştırılarak Listeye girmeye aday olabilecek kültür öğelerinin varlığının da dikkate alınması önerilmektedir<sup>116</sup>.

Dolayısıyla, artan milletlerarası yatırım hukuku ve kültürel mirasın korunmasına dair uyuşmazlıklar karşısında, (nasıl ki yatırım öncesi öngörülebilir ve muhtemel tüm risk analizlerini yapmak suretiyle o devlette yapılacak yatırımın ekonomik, mali, teknik ve hukuki açılardan değerlendirilmesi gerçekleştirilerek fizibilite çalışması yapılıyorsa), yatırımın yapıldığı ev sahibi devletin Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'ye taraf olup olmadığının araştırılarak bu Sözleşmeye taraf olmanın olası sonuçlarının da dikkate alınması yükümlülüğünün, yatırımcıların haklı beklentilerinin çerçevesinin belirlenmesinde rol alacağı açıktır. Aynı şekilde, ev sahibi devletin yatırımcıya verdiği açık veya zımni güvencelerin, ev sahibi devletin yasal ve idari mevzuatı ile uyumlu olup olmadığını incelemek, dolayısıyla salt ev sahibi devletin sundukları ile yetinmeksizin özen yükümlülüğünü yerine getirmek de yatırımcının haklı beklentisinin yerindeliğinin tespitinde önem arz etmektedir. Diğer yandan, ev sahibi devletin istikrarlı, öngörülebilir ve tutarlı hukuki ve idari mevzuatının olması gerekliliğinin de adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğünün kapsamında olduğu hatırlanmalıdır.

Yatırım yapıldığı devletin, yatırım faaliyetlerinin başlamasından önce Sözleşmeye taraf olması ile yatırım faaliyetlerinin başlamasında sonra Sözleşmeye taraf olması durumunda, yatırımcının haklı beklentisinin kapsamı da farklı olacaktır. Zira yatırım yapılmadan önce ev sahibi devletin Sözleşmeye halihazırda taraf olması durumunda, ev sahibi devlet esasen Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini gerçekleştirmek amacıyla yine tarafı olduğu yatırım anlaşmasından doğan yükümlülüklerini ihlâl etmektedir. Bu nedenledir ki yatırım anlaşmaları ile diğer uluslararası nitelikteki anlaşmalar arasındaki ilişkinin daha belirgin çizgilerle belirlenmesine ihtiyaç vardır.

Yatırım faaliyetleri başlamadan önce Sözleşmeye taraf olma durumu yok ise, yatırımcı, yatırım görüşmelerine ve faaliyetlerine başlarken, o anda ev sahibi devletin yürürlükte olan hukuki ve idari mevzuatı ile ev sahibi devletin vaad ettiği güvence ve taahhütlere güvenerek yatırımını gerçekleştirmektedir. Bir diğer deyişle esasında yatırımcıda oluşan haklı beklenti, ev sahibi devletin mevcut uygulama ve taahhütlerinin sonucu olarak ortaya çıkmakta<sup>117</sup>; hatta ev sahibi devletin yatırımcıya açık ya da zımni olarak yapmış olduğu sözlü açıklamalar ya da taahhütler aracılığıyla yatırımın o devlette yapılmasının güvenilir olduğu izleniminin verildiği durumlarda,

116 *Germiny* (n 105) 5. Aynı yönde bkz *Natasha Affolder*, 'The Market for Treaties' (2010) 11(1) *Chicago Journal of International Law* 159, 173. Öyle ki yeni dönem uluslararası yatırım projelerinde Dünya Kültür Mirası Listesi, risk analizlerinde dikkate alınmaktadır.

117 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v The Argentina Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Liability (30 July 2010), para 226.

yatırımcının beklenti içine girmesi haklı bulunmaktadır<sup>118</sup>. Peki, ev sahibi devletin düzenleyici yetkisi ile yatırımcının haklı beklentisinin çakışması durumunda ne olacaktır? Yabancı yatırımcı ev sahibi devletin, kamu yararı amacıyla uygulayacağı düzenleyici işlemlerden doğacak olan riski üstlenerek yatırımını yapmaktadır. Ev sahibi devlet de, düzenleyici yetkisine dayanarak iyi niyetli bir şekilde kamu yararı için gerekli olan değişiklikleri keyfi olmayacak şekilde yapma hakkını haizdir. Ne var ki, yabancı yatırımcının bu riski göze alarak yatırımı yapıyor olması, ev sahibi devletin düzenleyici yetkisinin sınırlarının olmadığı anlamına gelmemektedir<sup>119</sup>. Nitekim yabancı yatırımcı, bu riski, karşılığında uygun bir tazminatın verileceğine dair duyduğu güvenle üstlenmektedir. Ancak ev sahibi devletin yatırım faaliyetlerinin başlamasından önce Sözleşmeye halihazırda taraf olması durumunda, yatırımcının adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla haklı beklentisinin ihlâl edildiği şeklinde bir iddiada bulunması, samimi olamayacaktır.

Yatırım tahkimine dair uyuşmazlıklarda, adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü ilkesinin, yatırımcılar tarafından ev sahibi devlet tarafından ihlâl edildiği iddia edilen en yaygın ilkelerden biri olduğu vakidir. Öyle ki Bolivya, Venezuela gibi bazı Latin Amerika ülkelerinin, ICSID Konvansiyonu’ndan çekilme gerekçeleri olarak, hakemlerin, adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü ilkesini, yabancı yatırımcı lehine olacak şekilde, son derece geniş yorumlamalarını işaret etmeleri<sup>120</sup>, yatırımcı ile ev sahibi devletin çatışan menfaatlerinin dengelenmesinin ciddiyetini tekrar düşündürmektedir.

Devletler arasında akdedilen iki veya çok taraflı anlaşmalar, Anlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi’ne (“Viyana Sözleşmesi”) göre yorumlanacaktır (m 31-33)<sup>121</sup>. Viyana Sözleşmesi, anlaşmaların yorumlanmasında veya hükümlerinin uygulanmasında, daha sonra akdedilen anlaşmaların dikkate alınacağını hüküm altına almıştır (m. 31/3/a). Bu durumda acaba ev sahibi devletin Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme’ye yatırım faaliyetlerinin başlamasından sonra taraf olması durumunda, yatırıma etki eden iyi niyetli tasarrufların, ev sahibi devletin yatırım anlaşmasından doğan adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğünü ihlâl ettiği ileri sürülebilir mi? Şöyle ki, Kanada’dan Amerika’ya yapılan tütün ihracatını konu edinen *Grand River v United States of America* davasında, *Six Nations of Native Americans*’a mensup davacılar tarafından NAFTA’nın ilgili hükümlerinin ev sahibi devlet tarafından ihlâl edildiği iddiasıyla açılan tahkim davasında, davacı yerli

118 *Azurix Corp v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (14 July 2006), para 318; *Methanex Corporation v United States of America*, UNCITRAL Final Award (7 August 2005), Part IV, Chapter D, para 8-10.

119 *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v The Republic of Hungary*, ICSID Case No ARB/03/16, Award (2 October 2006), para 423-424.

120 Surya Subedi, *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle* (Hart Publishing 2008) 174-175.

121 Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk Cilt I* (5th edn, Seçkin Yayınevi 2019) 147 vd.



yatırımcılar<sup>122</sup>, tütün ihracatının geleneksel faaliyetleri olduğunu ifade ederek davanın, ev sahibi devletin, geleneklerine, faaliyetlerine ve yaşam alanlarına yönelik ayırıcı tasarruflarından doğduğunu iddia ederek somut olmayan kültürel mirasın uluslararası hukuktan doğan sorumluluk nedeniyle korunması gerekliliğini vurgulamışlardır<sup>123</sup>. Davaya bakan hakem heyeti ise, -Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'ye doğrudan yer vermemekle beraber- Viyana Sözleşmesi'nin devletlere, uluslararası hukukun diğer kurallarının da dikkate alınacağına dair bir yükümlülük yüklediğini, ancak bu yükümlülüğün, diğer anlaşmalardan, NAFTA'ya yeni hükümler transfer etme veyahut yerleşik yorumlamaların değiştirilmesi yönünde bir yükümlülük meydana getirmediğini ifade ederek hakem heyetinin, sınırlı yetkiye sahip olduğunu ve NAFTA dışındaki anlaşmalara dayalı iddialar hakkında karar verme gücünü haiz olmadığına karar vererek davalıların tüm iddialarını reddetmiştir<sup>124</sup>. Dolayısıyla hakem heyeti, yatırım hukuku kapsamı dışındaki diğer uluslararası nitelikteki kaynakları, yetkisini aştığını ifade ederek davanın yorumlanmasında hariç tutmayı tercih etmiştir<sup>125</sup>. Aslında *Grand River v United States of America* davasındaki bu yaklaşım, yukarıda incelenen *Santa Elena v Costa Rica* kararı ile uyumludur. *Santa Elena v Costa Rica* kararında hakem heyeti kararını verirken, ev sahibi devletin, milletlerarası yatırım hukuku kapsamı dışındaki diğer yükümlülüklerini, bir başka deyişle kültürel değerlerini koruma şeklindeki yatırım dışı sorumluluklarından doğan uluslararası yükümlülüklerine yer vermeden nihai kararını vermiştir.

Diğer yandan öğretide bir görüş, Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi<sup>126</sup> gibi uluslararası yükümlülüklerden doğan kamu sağlığının korunması gibi amaçlarla ev sahibi devletin iyi niyetli ve keyfi olmayarak uyguladığı ve yatırıma olumsuz anlamda etki eden tedbirlerin, adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğünü ihlâl etmediğine dair verilen yatırım tahkimine dair kararların<sup>127</sup> emsal teşkil ederek, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'den doğan yükümlülüklerin tatbiki amacıyla yatırıma etki eden iyi niyetli ve keyfi olmayan ev sahibi devlete ait tasarrufların uygulanmasının haklılığını da gösterebileceği düşüncesindedir<sup>128</sup>. Benzer şekilde, Dünya Sağlık Örgütü'nün bağlayıcı anlaşmaları ve bağlayıcı olmayan tavsiye kararlarının olduğu; âkit devletlerin, tavsiye kararlar

122 Davacılar, İrokoa Konfederasyonu'na (Kızılderili Birliği) ait 6 Ulus grubu mensubudurlar, bkz *Grand River Enterprises Six Nations Ltd et al v United States of America*, Statement of Claim (30 June 2005), para 2.

123 *Grand River v United States of America*, Statement of Claim, para 139.

124 *Grand River Enterprises Six Nations Ltd. et al. v United States of America*, Award (12 January 2011), para 71, 213, 219.

125 Giulia Bigi, 'The Protection of Cultural Rights and Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration' in Tullio Treves, Francesco Seatzu and Seline Trevisanot (eds), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns* (Routledge 2013) 280, 294-296.

126 FCTC, 'The WHO Framework Convention on Tobacco Control: An Overview' (2021) < <https://fctc.who.int/publications/m/item/the-who-framework-convention-on-tobacco-control-an-overview> > Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.

127 Örneğin bkz *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products SA and ABAL Hermanos v Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No ARB/10/7, Award (8 July 2016), para 306.

128 Minh Huong Mai, *The Issue of Cultural Heritage Protection in International Investment in the Mining and Construction Sectors*, pHD Thesis (University of Glasgow School of Law 2019) 132.



doğrultusunda dahi ulusal düzenlemelerinde mutlaka değişiklik yapmalarının gerekebileceği, bu durumda, değişikliklerin ancak uluslararası düzenlemelerin imkânları dahilinde yapılması gerekliliği ifade edilerek uluslararası düzenlemelerin, devletin ulusal düzenlemelerinin çerçevesini belirlediği ifade edilmiştir<sup>129</sup>. Bu bakımdan ev sahibi devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasını engelleyecek şekilde uluslararası yükümlülüklerini de dikkate alarak hukuki ve idari mevzuatlarında değişiklik yapması önerilmektedir.

Esasında ev sahibi devletin, yatırım faaliyetlerinden sonra Sözleşmeye taraf olması durumunda, yatırımın değişen idari ve hukuki mevzuattan etkilenmemesi için yatırım sözleşmelerinde istikrar kayıtlarına yer verilebilir. İstikrar kayıtları, yabancı yatırımın tâbi olduğu ev sahibi devletteki idari ve hukuki mevzuatın, yatırım sözleşmesinin imzalandığı tarihte yürürlükte olan kurallar ile sabitlenmesi olarak ifade edilebilir. İstikrar klostları ile, ev sahibi devletin yatırımın ilerleyen aşamalarında, düzenleyici yetkisine dayanarak yatırıma etki edecek şekilde mevzuatında değişiklikler yapması durumunda, yatırımın bu değişikliklere tâbi olmaması ve yatırımın, yatırım sözleşmesinin akdedildiği tarihte yürürlükte olan kurallara tâbi olmaya devam etmesi sağlanır. Ev sahibi devletin düzenleyici yetkisini istikrar kayıtları ile açıkça sınırlandırmaması durumunda ise, yatırıma etki eden kurallarda değişiklik yapılabileceği kabul edilmektedir<sup>130</sup>. Yatırımın istikrar kayıtlarına rağmen mevzuat değişikliklerine tâbi olması durumunda ise, yatırımcının uğradığı zarar tazmin edilir. Ne var ki, birçok yatırım sözleşmesinde istikrar kayıtlarına yer verilmemekte; yatırımcının meşru beklentisinin korunmasında adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğüne başvurulmaktadır<sup>131</sup>.

### 3. En Çok Gözetilen Ulus Kaydı

Milletlerarası yatırım hukukunda ayrımcılık yapmama ilkesi şemsiyesi altında yer alan en çok gözetilen ulus kaydı ilkesi, farklı tâbiyete sahip yatırımcılar arasında ayrımcı muamelenin uygulanmasına engel olarak eşit şartlarda rekabet edilebilmesine imkân tanımaktadır. En çok gözetilen ulus kaydı ilkesi, ev sahibi devletin, yatırımcının mensubu olduğu ülke dışında bir başka devlet vatandaşı yatırımcıya ya da kendi vatandaşlarına tanımış olduğu daha elverişli muamelenin, diğer yatırımcılara da tanınması şeklinde tanımlanabilir<sup>132</sup>. Bir başka deyişle, yatırımcının mensup olduğu devletin tarafı olmadığı, ev sahibi devletin üçüncü bir devletle akdetmiş olduğu yatırım anlaşmasında yatırımcılara tanınan daha elverişli hak ve menfaatler, en çok gözetilen

129 Pınar Karacan, 'Uluslararası Ticaret Hukuku ve Uluslararası Yatırım Hukuku Etkileşimi: Devletin Sağlık Sebebiyle Düzenleme Getirme Hakkı' 2015 3(2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 77, 89-92.

130 *Parkerings v Lithuania*, para 332-337.

131 Moshe Hirsch, 'Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law' (2011) 12(6) *Journal of World Investment and Trade* 783, 787-788.

132 Dolzer and Stevens (n 23) 65.

ulus kaydı ilkesi sayesinde o yatırım anlaşmasının tarafı olmayan diğer yatırımcılara da tanınmış olmaktadır.

Kültürel mirasın korunmasına dair menfaatler ile yabancı yatırımcının menfaatlerinin çakıştığı ve en çok gözetilen ulus kaydı ilkesinin ihlâli iddiasını da içeren *Parkerings v Lithuania* davasındaki uyuşmazlık, ev sahibi devletin, UNESCO Dünya Kültür Mirası Listesi’nde yer alan tarihi Vilnus şehrinde otopark inşası ve işletimini içeren sözleşmeyi, tarihi çevrenin zarar göreceği gerekçesiyle iptal etmesinden doğmuştur. Fakat ev sahibi devlet, Norveçli *Parkerings* şirketi ile olan sözleşmeyi iptal etmesine rağmen, aynı bölgede yine otopark inşası ve işletimini içeren bir başka sözleşmeyi Hollandalı bir şirket ile akdetmiştir. Davacı *Parkerings*, diğer ihlâllerin yanında, Hollandalı yatırımcıdan daha elverişsiz bir muameleye maruz kalmak suretiyle ev sahibi devletin en çok gözetilen ulus kaydı ilkesini ihlâl ettiğini iddia etmiştir. Hakem heyetine göre, en çok gözetilen ulus kaydı ilkesinin ihlâli için, aynı durumda bulunan yatırımcılar arasında, farklı bir muamelenin varlığı gerekmektedir ki *Parkerings* ile Hollandalı yatırımcıların durumu aynı değildir. Her ne kadar her iki proje şehrin tarihi kısmında yer alsın da *Parkerings*’in projesi, tarihi kısımda çok daha fazla alan kaplamakta ve tarihi eserlerin bulunduğu bölgeye çok daha yakın konumda yer almaktadır. Ayrıca, *Parkerings*’in projesi, tarihi alan altında yapılacak kazı çalışmalarını da ihtiva etmektedir<sup>133</sup>. Hakem heyeti, kültürel mirasın tarihi, arkeolojik ve çevresel sebepler kapsamında kamu yararı amacıyla korunmasının, iki yabancı yatırımcı arasındaki farklı muameleyi haklı kılan gerekçeler olduğunu belirterek davacının tüm iddialarını reddetmiştir<sup>134</sup>.

Kararda Sözleşmenin hiç anılmaması dikkat çekicidir. En çok gözetilen ulus kaydı ilkesinin ihlâl edilip edilmediği belirlenirken, projelerin konumlandırıldığı alanın Dünya Kültür Mirası Listesi’nde yer aldığı ve kültürel miras olarak UNESCO tarafından korunduğu dikkate alınarak<sup>135</sup> ev sahibi devletin Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme’den doğan yükümlülükleriyle uyumlu davrandığının örtülü olarak ifade edilmesi tercih edilmiştir. Nitekim öğretilde, yatırım tahkimine dair bu kararda, doğrudan Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme’ye yer verilmediği, ancak, “tarihi, arkeolojik ve çevresel koruma” gibi yatırım tahkiminin klasikleşen kamu yararı amaçları sebebiyle korumanın haklı bulunduğu ifade edilmektedir<sup>136</sup>. Bu durumda yatırım tahkimine dair bir kararda Sözleşmeye özellikle yer verilmediği düşünülebilir ancak sonuçta kararda, kültürel mirasın korunması amacının dikkate alındığı ve bu nedenle daha elverişli bir muamelenin mevcut olmadığı sonucuna varıldığı unutulmamalıdır. Diğer yandan, her iki projenin de otopark inşası ve işletimini içerdiğinden benzer şartlara sahip

133 *Parkerings v Lithuania*, para 392.

134 *Parkerings v Lithuania*, para 396.

135 *Parkerings v Lithuania*, para 381, 382, 385, 392.

136 Bigi (n 125) 288-290.

oldukları düşünülebilse de, esasında aynı konuya sahip bir başka projenin kabul edilmiş olması, ev sahibi devletin şehrin tarihi kısmında bir projenin yapımına tamamen engel olmaktan ziyade kültürel mirasın korunması amacını dikkate alacak şekilde daha özelliikli ve düşünceli bir projeyi amaçladığı da düşünülebilir<sup>137</sup>.

Sonuç olarak, yatırımcının menfaatleri ile kültürel mirasın korunmasına dair menfaatlerin çakıştığı kararlar dikkate alındığında yeknesak bir uygulamanın olmadığı ortaya çıkmaktadır. Bu durum, yatırım anlaşmaları ile diğer uluslararası nitelikteki düzenlemeler arasındaki ilişkinin düzenlenmesinde bir boşluğun olduğuna işaret etmektedir. Yatırım tahkimi içerisinde, ev sahibi devletlerin giderek artan sayıda olacak şekilde, kültürel mirasın korunması nedeniyle düzenleyici yetkilerini kullanarak yatırıma etki eden tasarruflar uyguladıklarını iddia etmeleri karşısında ise, yatırım anlaşmalarında kültürel mirasın korunmasına dair düzenlemelere yer verilip verilmediği ve yer verme gerekliliğinin incelenmesi yerinde olacaktır.

#### **D. Milletlerarası Yatırım Anlaşmalarında Kültürel Mirasın Korunması**

Milletlerarası yatırım hukukunda yabancı yatırımın ev sahibi devlet tasarruflarına karşı korunması milletlerarası yatırım anlaşmaları aracılığıyla olmaktadır. Yabancı yatırımın korunması ve teşviki amacıyla akdedilen iki veya çok taraflı yatırım anlaşmaları bir yandan ev sahibi devletin yatırıma etki edecek olası haksız tasarrufları üzerinde caydırıcı etki oluşturmakta ve yatırım faaliyetlerini engelleyen ya da ortadan kaldıran tasarrufların sonucunda tahkime gidebilme ve tazminat talep edebilme amacını temin etmekte, diğer yandan ev sahibi devletin de devlet olması dolayısıyla sahip olduğu düzenleyici yetkisinin varlığını korumaktadır. Çalışma açısından yatırım anlaşmalarının önemi ise, kültürel mirasın korunmasına ilişkin olarak ev sahibi devlete düzenleyici yetkisi kapsamında etkin ve yeterli bir koruma hakkı sunup sunmadığıdır.

Milletlerarası yatırım anlaşmaları esas itibarıyla birbirlerine benzer şekillerde kaleme alınmakla birlikte yeni tarihli yatırım anlaşmalarında, özellikle, ev sahibi devletin kamu sağlığı, kamu güvenliği ve çevrenin korunması gibi amaçları korumak ve geliştirmek amacıyla yatırıma etki eden, yatırımdan doğan hakları kısıtlayan ya da ortadan kaldıran, yatırımdan beklenen kârı azaltan ya da tamamen ortadan kaldıran tasarruflarına karşı özel düzenlemeler yer almaktadır<sup>138</sup>. Bu düzenlemelerde ev sahibi devletin özellikle dolaylı kamulaştırma teşkil edecek tasarruflarına karşı yatırımın korunması amaçlanmaktadır<sup>139</sup>.

137 Benzer şekilde bkz Roberto Claros, 'Striking a Balance between the Protection of Foreign Investment and the Safeguard of Cultural Heritage in International Investment Agreements: Can General Exceptions Make a Difference?' (2015) (2015/08) World Trade Institute Working Paper 1, 8. Ayrıca bkz Vadi, 'Foreign Direct Investment' (n 19) 127.

138 Yatırım anlaşmalarındaki ilgili düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz Nalçacıoğlu Erden (n 55) 179-200.

139 Örneğin Kolombiya-Birleşik Krallık İkili Yatırım Anlaşması'nın (2010) ilgili hükmü bu şekilde kaleme alınmıştır: "Âkit Tarafların kamu sağlığı, güvenliği ve çevrenin korunması gibi amaçlar da dahil olmak üzere kamu yararı veya (kamu yararı ile uyumlu bir anlama sahip olan) sosyal çıkar amacıyla iyi niyetli olarak aldığı, keyfi olmayan ve amacı göz önünde tutulduğunda nispetsiz olmayan ayrımcı olmayan işlemler, dolaylı kamulaştırma teşkil etmezler" (m 6/2/c).

Bazı yatırım anlaşmalarının kamulaştırmaya ilişkin maddelerinde ise, genel olarak kamu sağlığı, uluslararası barış, milli güvenlik veya çevrenin korunması gibi kamu yararı amaçlarının sınırlandırıcı olmayacak şekilde sayılması tercih edilmiştir<sup>140</sup>. Kamu yararı amaçlarının esas itibarıyla öncelikli olarak kamu sağlığı, uluslararası barış, milli güvenlik ve çevrenin korunması olarak telakki edildiği anlaşılmaktadır. Fakat yine de kamu yararı amaçlarının sınırlandırıcı olarak sayılmaması nedeniyle, kültürel mirasın korunmasının, anlaşmada özellikle belirtilmese de kamu yararı amacıyla alınacak tedbirler arasında evveliyetle yer alması gerektiği savunulabilir. Zira devletin düzenleyici yetkisine dayanarak kendi topraklarında bulunan kültürel miras ögesinin korunması ve muhafazası amacıyla alacağı tedbirler, devletin hem kendi milli değerlerinin hem de Sözleşme dolayısıyla tüm insanlığa ait istisnai evrensel değere sahip kültürel mirasın korunması amacıyla uygulanmaktadır. Yine de anlaşmada açıkça kültürel mirasın korunması amacının ifade edilmesinin daha etkin bir koruma sağlayacağı açıktır.

Yatırım anlaşmalarında ayrıca bizatihi yatırım anlaşmasında yer alan hiçbir hükmün, âkit devletlerin kendi ülkesinde kamu sağlığının, uluslararası barışın, milli güvenliğin veya çevrenin korunması gibi kamu düzenini temin maksadıyla uygulaması gereken işlemlere engel oluşturmayacağı, anlaşmanın “genel istisnalar” başlığı altında düzenlenmektedir<sup>141</sup>. Böylece bir yandan yatırımcının sahip olduğu haklar korunurken, diğer yandan ev sahibi devletin düzenleyici rolünün yoğun olduğu bu hassas alanlardaki kamu çıkarlarını korumak amacıyla sınırlı kalmak kaydıyla ev sahibi devletin düzenleme yetkisine sahip olduğu da açıkça vurgulanmaktadır.

Yeni tarihli bazı yatırım anlaşmalarının genel istisna maddelerinde ise, anlaşmadaki hiçbir hükmün, ev sahibi devletin milli hazineleri veya tarihi, kültürel ve arkeolojik değer taşıyan anıtlarının korunması amacıyla ayırım yapmadan ve iyi niyetli olarak uygulayacağı ve yatırıma etki eden, onu kısıtlayan tasarrufları uygulamasına engel olamayacağı<sup>142</sup>; ev sahibi devletin yatırıma etki eden bu nitelikteki tasarrufunun gerekliliğini ve bu tasarrufuna nazaran daha az kısıtlayıcı tedbirlerin olup olmadığını

140 Örneğin Amerika Birleşik Devletleri Model İkili Yatırım Anlaşması (2012) Annex B (m 4/b); Letonya-Hindistan İkili Yatırım Anlaşması (2010) Protocol, Add Article 5/4/c; Ruanda-Amerika Birleşik Devletleri İkili Yatırım Anlaşması (2008) Annex B, (m 4/b).

141 Örneğin Morityus-Singapur İkili Yatırım Anlaşması'nın (2000) ilgili hükmü için bkz “Bu Anlaşmanın hükümleri, herhangi bir şekilde, Âkit Taraflardan birinin, temel milli güvenlik çıkarlarını korunmasına veya kamu sağlığının korunmasına veya hayvanlarda veya bitkilerde hastalıkların önlenmesine yönelik olarak alacağı herhangi bir yasaklama veya kısıtlama kararını uygulama veya başka herhangi bir eylemde bulunma hakkını kısıtlayamaz” (m 11).

142 Macaristan-Japonya İkili Yatırım Anlaşması (2021) (m 15/d): “... Subject to the requirement that such measures are not applied by a Contracting Party in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against, or a disguised restriction on investors of the other Contracting Party and their investments in the Territory of the former Contracting Party, nothing in this Agreement shall be construed so as to prevent the former Contracting Party from adopting or enforcing measures: ... d. imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value ...”. Benzer hükümler için bkz Brezilya-Hindistan İkili Yatırım Anlaşması (2020) (m 23.1/e); Avustralya-Uruguay İkili Yatırım Anlaşması (2019) (m 15/1/d); Singapur-Ruanda İkili Yatırım Anlaşması (2018) (m 27/d); Japonya-Lao Demokratik Halk Cumhuriyeti İkili Yatırım Anlaşması (2008) (m 18/1/e); Ürdün-Singapur İkili Yatırım Anlaşması (2004) (m 18/d).

hakem mahkemesinin inceleyeceği ifade edilmektedir<sup>143</sup>,<sup>144</sup>. Yeni tarihli yatırım anlaşmalarında yer alan bu düzenlemeler, ev sahibi devlette yer alan kültürel mirasın korunmasında, ev sahibi devlete hareket alanı tanımakta ve düzenleyici yetkisi kapsamında uygulayacağı iyi niyetli ve ayırıcı olmayan tasarrufların yatırıma etki etmesi durumunda ise, anlaşmadaki koruma ilkelerine aykırılık iddiasında bulunulamayacağı ev sahibi devlet lehine düzenlemektedir.

Bazı yatırım anlaşmalarında ise, anlaşmada açıkça belirtilen alanlarda, anlaşmada yer alan bazı koruma ilkelerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmektedir. Örneğin Japonya ve Kamboçya arasındaki ikili yatırım anlaşmasında (2020), ormancılık sektörüyle sınırlı olarak Kamboçya devletinin, kültürel mirasın ve biyolojik çeşitliliğinin korunmasını da içerecek şekilde ormanların sosyal, ekonomik ve çevresel sebeplerle yönetiminde uygulayacağı yeni ya da kısıtlayıcı tasarruflarına milli muamele ilkesinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir (m. 7/2). Dolayısıyla bu istisnai hüküm sebebiyle, ormancılık sektörü ile ilgili olarak uygulanan ve yatırıma etki eden tasarrufların, milli muamele ilkesine aykırılığı iddia edilemeyecektir. Ne var ki, bu tip düzenlemeler kültürel mirasın ancak anlaşmada yer alan belli koruma ilkeleri açısından ve sadece belli bir sektörle sınırlı olarak korunmasını tesis edebilmektedir.

Bazı yatırım anlaşmalarının genel istisna maddelerinde ise, film, müzik, video, kitap, dergi üretimi, dağıtımı, satışı ve gösterimi ile radyo, televizyon, uydu sistemleri gibi iletişim araçlarının kullanımı, kültürel sektörler (*cultural industries*) içinde değerlendirilerek yatırım anlaşmaları kapsamından tamamen çıkarılmıştır<sup>145</sup>. Bazı yatırım anlaşmalarında ise, belirli bir azınlık grubun, yatırım anlaşmasındaki hükümlere tâbi olmayacağı şeklinde istisnai düzenlemelere yer verilmektedir<sup>146</sup>.

Öte yandan, yabancı yatırımın korunmasını ele alan yatırım anlaşmaları karşısında, bugün, yatırımı da kapsayacak şekilde hem yatırım hem de ticaret konusunu ele alan, yatırım anlaşmalarına göre daha geniş kapsamlı olan serbest ticaret anlaşmalarına

143 Beyaz Rusya-Hindistan İkili Yatırım Anlaşması (2018) (m 32). Benzer bir düzenleme için bkz Arjantin-Birleşik Arap Emirlikleri İkili Yatırım Anlaşması (2018) (m 18). Yine bu anlaşmada, düzenleyici yetki başlığı altında düzenlenen maddede, ev sahibi devletin, kendi toprakları üzerinde, kamu yararı amacıyla kültürel çeşitliliğin (*cultural diversity*) korunması ve teşvikinde düzenleyici yetkiye sahip olduğu ifade edilmiştir (m 11).

144 Çalışma sırasında yapılan incelemelerde toplam 29 adet ikili yatırım anlaşmasının genel istisnalar başlıklı maddesinde, “ev sahibi devletin milli hazineleri veya tarihi, kültürel ve arkeolojik değer taşıyan anıtları” ifadesinin yer aldığı tespit edilmiştir, bkz Investment Policy Hub <<https://investmentpolicy.unctad.org/>> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021. En eski tarihli Kanada ile Tayland arasında 1997 yılında akdedilen ikili yatırım anlaşmasıdır (m XVII/3/d). 2018 yılından itibaren daha sık bir şekilde yatırım anlaşmalarında yer alan bu ifadenin, özellikle Japonya'nın tarafı olduğu ikili yatırım anlaşmalarında sıklıkla kullanıldığı tespit edilmiştir (29 anlaşmanın 15'i, Japonya'nın taraf olduğu anlaşmalardandır).

145 Bu tip anlaşma maddelerine özellikle Kanada devletinin tarafı olduğu yatırım anlaşmalarında rastlanmaktadır. Örneğin bkz Kanada-Bali İkili Yatırım Anlaşması (2014) (m 17/7); Kanada-Benin İkili Yatırım Anlaşması (2013) (m 20/7); Kanada-Çin İkili Yatırım Anlaşması (2012) (m 33).

146 Yeni Zelanda'nın tarafı olduğu yatırım anlaşmalarında, Yeni Zelanda'nın, yerli halk olan Maori topluluğuna, diğer âkit devlet kişilerine karşı keyfi ve ayırıcı olmamak kaydıyla, daha uygun muamelede bulunacağı ayrı maddede belirtilmiştir. Örneğin bkz Yeni Zelanda-Avustralya Yatırım Protokolü (2011) (m 23); Yeni Zelanda-Hong Kong Ekonomik İşbirliği Hakkında Sözleşme (2010) (19. Bölüm, m 3).

yer verilmesi tercih edilmektedir<sup>147</sup>. Ticaret anlaşmalarına yatırım başlığı altında eklenen hükümler, ikili yatırım anlaşmalarında yer alan hükümler ile benzerlik teşkil etmektedir<sup>148</sup>.

Serbest ticaret anlaşmalarında taraf devletlere, belli konularda anlaşmalarda yer alan genel yükümlülüklerden ayrılarak kültürel mirasın korunması amacıyla gerekli tedbirlerin alınabileceği düzenlenmektedir. Örneğin, Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması<sup>149</sup>'nın (GATT) Genel İstisnalar başlıklı XX/f. maddesinde, anlaşmadaki hiçbir hükmün, keyfi ve gerekçesiz olmamak kaydıyla, “sanat, tarih veya arkeoloji bakımından kıymeti haiz servetlerin korunması maksadıyla” uygulanan tedbirlerin tatbikine engel olacağı şeklinde yorumlanamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla GATT’a göre, kültürel mirasın korunmasını amaçlayan ilgili milli düzenleme bu istisna kapsamına giriyor ise, taraf devletin, GATT’dan doğan yükümlülüklerini terk etmesi, hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir<sup>150</sup>. Benzer şekilde birçok serbest ticaret anlaşmasında, anlaşmadaki hiçbir hükmün, taraf devletlerin milli hazineleri veya tarihi, kültürel ve arkeolojik değer taşıyan anıtlarının korunması amacıyla ayırım yapmadan ve iyi niyetli olarak uygulayacağı ve yatırıma etki eden, onu kısıtlayan tasarrufları uygulamasına engel olamayacağı, genel istisnalar maddesinde ifade edilmiştir<sup>151</sup>. Anılan ifadede kültürel miras kavramı tam olarak yer almasa da bu ifadenin, Sözleşmede kültürel mirasın tanımlanmasında geçen “tarihsel, estetik, etnolojik veya antropolojik bakımlardan istisnaî evrensel değeri olan insan ürünü eserler veya .... arkeolojik siteleri kapsayan alanlar”ı (m. 1) kapsayacağı, dolayısıyla yatırım anlaşması kapsamında korunduğu ileri sürülmektedir<sup>152</sup>. Ne var ki, serbest ticaret anlaşmalarında geçen bu ifade, somut olmayan kültürel mirası kapsamadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>153</sup>.

147 Serbest ticaret anlaşmaları ile yatırım anlaşmaları arasındaki yakın ilişki için bkz Chang-fa Lo, ‘A Comparison of BIT and the Investment Chapter of Free Trade Agreement from Policy Perspective’ (2008) 3(1) Asian Journal of WTO and International Health Law 147-170.

148 Bunun en güzel örneği, NAFTA (North American Free Trade Agreement- NAFTA Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Anlaşması)’dır. Anlaşmanın Yatırım başlıklı 11. Bölümünde, klasik yatırım anlaşmalarında yer alan milli muamele, en çok gözetilen ulus kaydı, uluslararası asgari standart, kamulaştırma ve tazminat gibi uluslararası koruma ilkelerine yer verilmesinin yanı sıra yatırım uyumsuzluklarının çözümü için tahkim başta olmak üzere yatırım anlaşmalarındaki benzer uyumsuzluk çözüm yollarına başvurulması öngörülmüştür. Nitekim NAFTA’ya üye devletler arasındaki yatırım uyumsuzlukları için NAFTA’ya aykırılık dolayısıyla sıklıkla ICSID tahkimine başvurulmaktadır.

149 RG 31.12.1953/8597.

150 Öğretide GATT m XX/f’ye benzer bir düzenlemeye yatırım anlaşmalarında da yer verilip verilemeyeceği incelenmiştir. Bazı yatırım anlaşmalarında benzer hükümlerin yer aldığı tespit edilmiştir. Ancak yatırım hukukunda devletin düzenleyici yetkisi ile esas itibarıyla kamu düzeni, ahlakı ve sağlığının korunmasının amaçlandığı, oysa GATT’taki düzenlemenin bitki ve hayvan yaşamlarının korunmasını da içerecek şekilde çok daha geniş kapsamlı olduğu, koruma ilkeleri açısından da uyum sorunu yaşanacağı belirtilerek ilgili hükme yatırım anlaşmalarında yer verilmesinin uygun olamayacağı ileri sürülmüştür, bkz Barton Legum, Iona Petculescu, ‘GATT Article XX and International Investment Law’ in R. Ehandi and P. Sauvé Prospects (eds), *International Investment Law and Policy: World Trade Forum* (Cambridge University Press, 2013) 340-362.

151 Örneğin bkz Birleşik Krallık-Moldova Ticaret ve İşbirliği Anlaşması (2020) (m 233/2/d); Avustralya-Çin Halk Cumhuriyeti Serbest Ticaret Anlaşması (2015) (m 9.8/1/c).

152 Germiny (n 105) 10.

153 Claros (n 137) 13; Mai (n 128) 77.

Yine, GATT m. XX/b’de ve birçok yatırım anlaşmasında<sup>154</sup> geçen, Anlaşmanın hiçbir hükmünün “insan, hayvan veya bitki hayatı veya sağlığının veya çevrenin korunması için düzenlenen ve uygulanan” ayrımcı olmayan herhangi bir hukuki önlemi almasına engel olacak şekilde yorumlanamayacağı kayıt altına alınmıştır. Bu ifadenin, Sözleşmede doğal mirasın tanımlarken kullanılan “bilim veya muhafaza açısından istisnaî evrensel değeri olan jeolojik ve fizyografik oluşumlar ve tükenme tehdidi altındaki hayvan ve bitki türlerinin yetiştiği kesinlikle belirlenmiş alanlar”ı (m. 2) da kapsadığı, dolayısıyla yatırım anlaşması kapsamında korunduğu da yine aynı görüş tarafından ileri sürülmektedir<sup>155</sup>.

Dünyanın en önemli serbest ticaret anlaşması olarak anılan Japonya dahil olmak üzere 11 Pasifik Bölgesi ülkesi arasında akdedilen Trans-Pasifik Ortaklığı<sup>156</sup>’nda (TPP) ise, anlaşmanın giriş bölümünde ticaretin ve yatırımın, yurt içinde ve yurt dışında kültürel kimliğin ve çeşitliliğin zenginleştirilmesinde yeni fırsatlar oluşturabileceğinden bahisle taraf devletlerin kültürel kimliğin ve çeşitliliğin önemini tanıyacağı ifade edildikten sonra, Yatırım Bölümünün Ek 9/B Bölümü’nde, kamu sağlığı, güvenliği ve çevrenin korunması gibi kamu yararı amaçlarıyla uygulanan ve yatırıma etki eden tedbirlerin dolaylı kamulaştırma teşkil etmeyeceği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, kamu sağlığından ne anlaşılması gerektiği dipnotta özellikle açıklanmıştır. Bu açıklamanın, *Philip Morris v Uruguay* kararının etkisiyle olduğu düşünülmekte<sup>157</sup>, öyle ki, anlaşmanın İstisnalar ve Genel Hükümler (m. 29) başlıklı bölümünde yer alan Tütün Ürünlerinin Kontrolüne Yönelik Tedbirler başlıklı maddesinde, taraf devletlere, tütün ürünleri ile ilgili olarak (i) yatırımcıların öne sürebilecekleri itirazları önleme hakkı tanınmakta ve (ii) yatırımcıların uyuşmazlık çözüm metodlarının yer aldığı ilgili maddelere başvuru imkânlarını kabul etmeme hakkı tanınmaktadır (m. 29/5). Yine anlaşmanın Yatırım Bölümünde, taraf devletlerin, kendi topraklarındaki yatırım faaliyetlerinin, çevre, sağlık veya benzer diğer amaçlara uyumunun sağlanması amacıyla yatırıma etki edecek yeni düzenlemeler getirmesinin engellenemeyeceği ifade edilmiştir. Bu durumda, tütün ürünlerinin kontrolü ile ilgili olarak ev sahibi devletin yatırıma etki eden tasarruflarını uygulamasının sonucunda, yatırımcının, anlaşmada yer alan uluslararası koruma ilkelerine aykırılık iddiasında bulunamayacağı sonucuna ulaşılabilir<sup>158</sup>. Öğretide, sadece belli başlı ürünler için özel muafiyetler getirilmesi, salt bu ürünlerin açıkça anlaşma kapsamı dışında tutulması eleştirilmiş ve genel istisnalar maddesi ile yetinmenin yabancı yatırımın teşviki amacına daha uygun olacağı ileri sürülmüştür<sup>159</sup>.

154 Litvanya-Türkiye İkili Yatırım Anlaşması (2018) (m 6/1/b); Japonya-Ermenistan İkili Yatırım Anlaşması (2018) (m 16/1/a)

155 Germiny (n 105) 11.

156 TPP’nin metni için bkz ‘Text of the Trans-Pacific Partnership’ <[https://www.mofa.go.jp/ila/et/page25e\\_000073.html](https://www.mofa.go.jp/ila/et/page25e_000073.html)> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.

157 Sergio Puig and Gregory Shaffer, ‘A Breakthrough with the TPP: The Tobacco Carve-out’ (2016) 16(2) Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics 327-333.

158 Karacan (n 129) 93.

159 Andrew D. Mitchell, Tania Voon and Devon Whittle, ‘Public Health and Trans-Pasific Partnership Agreement’ (2015) 5(2) Asian Journal of International Law 279, 292-293.



Açıkçası, öğretide sıklıkla ev sahibi devletlerin çevrenin, kamu sağlığının ve refahının korunması gibi kamu yararının bulunduğu alanlarda düzenleyici yetkilerine dayanarak uyguladıkları yatırıma etki eden tasarruflarının sonucunda özellikle dolaylı kamulaştırmanın gerçekleşmesi ya da adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü ilkesinin ihlâli nedeniyle yüksek meblağlı tazminatlar ödenmesinin, devletlerin kamu menfaati için gerekli olan tedbirleri uygulamasında caydırıcı etkiye sahip olacağı sıklıkla ifade edilmektedir<sup>160</sup>. Yatırım anlaşmalarının esas itibarıyla yatırımı çekmek ve yatırımın teşviki amacıyla kaleme alındığı düşünüldüğünde, özellikle gelişmekte olan devletlerin, gerekli tedbirleri uygulamakta çekinik kalacağı düşünülebilir. Nitekim ICSID tahkiminde 2015 yılından beri görülmekte olan *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v Romania* davasında, Kanadalı maden şirketi Gabriel Resources, Romanya'nın *Rosia Montana* bölgesinde yer alan ve Avrupa'nın en büyük açık altın madeni işletmesi olacak açık altın madeni projesinin, *Rosia Montana* köyündeki Antik Roma İmparatorluğu'ndan kalma maden ocaklarının yok olacağı ve çıkarılacak olan siyanürün çevreye zarar vereceği gerekçesiyle şiddetli protestoların gerçekleşmesi sonucunda, Romanya devletinin projeden desteğini çekmesi neticesinde, uğradığı 5.7 milyar ABD Doları tutarında zararın tazmini amacıyla tahkim davası açmıştır. Talep edilen tazminat miktarının, tek başına, neredeyse Romanya ekonomisinin %3'lük kısmına denk geldiği ileri sürülmektedir. Çeşitli sivil toplum kuruluşlarının da dahil olduğu dava devam etmektedir. Yaşanan bu uzun süreçte, Romanya devletinin uyuşmazlığın yer aldığı *Rosia Montana* Bölgesi'nin Dünya Kültür Mirası Listesi'ne girmesi için yapmış olduğu başvuruyu geri çekmiş olması dikkat çekicidir. Zira ilgili bölgenin, Listede yer almasının, hakemlerin kararını etkileyeceği düşünülmektedir. Romanya devletinin bu hareketinin temelinde, ICSID'de görülmekte olan yüksek meblağlı tazminat davasının caydırıcı etkisinin olduğu ve bu tavrının, davacı yatırımcı ile uzlaşma yolu için atılmış olumlu bir adım olduğu ileri sürülmektedir<sup>161</sup>.

Yeni Zelanda, Brunei Darussalam, Şili ve Singapur arasında akdedilen ve ilk defa Asya, Pasifik ve Amerika kıtaları arasında imzalanan serbest ticaret anlaşması niteliğine sahip Trans-Pasifik Stratejik Ekonomik Ortaklığı<sup>162</sup>'nin genel istisnalar maddesinde ise, şu ana kadar incelenen anlaşmalardan farklı olarak hem somut kültürel mirası hem de somut olmayan kültürel mirası kapsayan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Genel

160 Nalçacıoğlu Erden (n 55) 364 vd.

161 *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v Romania*, ICSID Case No ARB/15/31, Request for Arbitration (21 July 2015). Dava konusu uyuşmazlık hakkında daha detaylı bilgi için bkz 'Suing to Force Through a Toxic Goldmine: Gabriel Resources vs Romania', <[https://10idsstories.org/cases/case1/#\\_edn15](https://10idsstories.org/cases/case1/#_edn15)> Erişim Tarihi 24 Mayıs 2021; Claudia Ciobanu 'Masks fall as Romanian government withdraws UNESCO application for Rosia Montana', Euractiv' (2018) <<https://www.euractiv.com/section/central-europe/opinion/masks-fall-as-romanian-government-withdraws-unesco-application-for-rosia-montana/>> Erişim Tarihi 24 Mayıs 2021. Bu minvalde, özellikle gelişmekte olan ülkelerde, ekonomik büyümenin kültürel mirasa tercihinin de caydırıcı etki kapsamında değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

162 Trans-Pasifik Stratejik Ekonomik Ortaklığı (Trans-Pacific Strategic Economic Partnership (P4)) (2006) <<https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/trans-pacific-strategic-economic-partnership-p4/>> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.

istisnalar bölümünde (m. 19.1/3 ve 5), Anlaşmadaki hiçbir hükmün, taraf devletlerin milli hazineleri veya tarihi veya arkeolojik değer taşıyan anıtlarının korunması ya da milli değeri olan yaratıcı sanatları desteklemek amacıyla ayırım yapmadan ve iyi niyetli olarak uygulayacağı, yatırıma etki eden, onu kısıtlayan tasarrufları uygulamasına engel olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Anlaşmada somut ve somut olmayan değerlerin korunmasına bir arada yer verilmesi, kültürel mirasın kül halinde korunması adına yerinde bir uygulama olup devletin düzenleyici yetkisini kullanımına etki edecek caydırıcı unsurların elimine edilmesini temin etmektedir.

Avrupa Birliği'nin tarafı olduğu güncel tarihli serbest ticaret anlaşmalarında da kültürel işbirliği protokollerine yer verilerek tarihi eserlerin korunması ve kültürel çeşitliliğinin teşviki amaçlanmıştır<sup>163</sup>. Protokollerde doğrudan Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'nin zikredilmesi ve kültürel mirasın korunması için gerekli tedbirlerin alınmasında üye devletlerin işbirliği içinde hareket edeceğinin kaleme alınması arzu edilen adımlardandır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki çalışmanın bu başlığı altında yatırım anlaşmalarına kültürel miras öğelerinin korunması amacıyla eklenebilecek hükümlerin yerindeliliğini, mevcut anlaşmalardan örnekler de vererek değerlendirmeye çalıştık. Amacımız esasında yatırım anlaşmalarına somut ve genel bir hükmün eklenmesi suretiyle öngörülebilirliğin tesis edilebilmesidir. Ancak bu hususla ilgili olarak *Philip Morris v Uruguay* davasında, ilgili ikili yatırım anlaşmasının kamulaştırmayla ilgili maddesinde devletin polis yetkisi ile ilgili bir hüküm bulunmamasına rağmen nihai kararın gerekçelendirilmesinde, Viyana Konvansiyonu'nun " taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı" şeklindeki (m 31/3/c) maddesinin dikkate alınması suretiyle kararın verildiği ifade edilmelidir. Karara göre, ev sahibi devletin düzenleyici yetkisi kaynağını uluslararası örf ve adet hukukundan almaktadır<sup>164</sup>. Bu doğrultuda kararda, toplum sağlığının korunması ile ilgili olarak ev sahibi devletin düzenleyici yetkisine istinaden ulusal ve uluslararası yükümlülüklerinin yerine getirilmesi amacıyla iyi niyetli olarak ve ayırımcı olmayacak şekilde uyguladığı tedbirlerin meşru nitelikte olduğu ve bu anlamda kamulaştırma teşkil etmediğine hükmedilmiştir<sup>165</sup>. Dolayısıyla ev sahibi devletin iyi niyetli olarak ve ayırımcı olmayacak şekilde uygulayacağı tedbirlerin meşruiyeti, Viyana Konvansiyonu (m 31/3/c) hükmü uyarınca uluslararası örf ve adet hukukuna dayanmaktadır. Kararda bu hususun yatırım anlaşmasında ayrıca düzenlenmesi aranmamıştır. Yani bu karardan yola çıkarak, ilgili yatırım anlaşmasında düzenlemese dahi, kültürel miras öğelerinin korunması amacının kaynağını uluslararası örf ve âdet hukukundan aldığı ileri sürülerek

163 Örneğin CARIFORUM ile Avrupa Birliği arasındaki Ekonomik İşbirliği Anlaşması'nın Kültürel İşbirliğine dair 3 numaralı Protokolü <[https://ec.europa.eu/assets/eac/culture/policy/international-cooperation/documents/cultural-cooperation-protocol\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/assets/eac/culture/policy/international-cooperation/documents/cultural-cooperation-protocol_en.pdf)> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021

164 Philip Morris v Uruguay, para 290.

165 Philip Morris v Uruguay, para 291, 305-306.

ev sahibi devletin iyi niyetli olarak ve ayırmacı olmayacak şekilde uyguladığı tedbirlerin hukuka uygun olduğu şeklinde bir çıkarımın yapılması ihtimal dahilinde olabilecektir.

Kamu sağlığı ya da çevrenin korunması gibi amaçları bir kenara bırakarak çalışma konusunu teşkil eden kùltürel mirasın korunması amacı dikkate alındığında, bazı yatırım anaşmalarının dolaylı kamulaştırmaya dair maddelerinde sayılan kamu yararı amaçları arasında mirasın korunması amacının eklenebileceği kanaatindeyiz. Ancak, özellikle adil ve hakkaniyetli davranma yükümlölüğünün kapsamının tam olarak belirli olmaması nedeniyle, salt kamulaştırmaya karşı değil de genel bir istisna maddesi eklemek suretiyle açıkça kùltürel mirasın korunmasına yer verilmesinin daha uygun olacağı düşünceindeyiz. Genel istisnalar maddesine, anaşmadaki hiçbir hükmün taraf devletlerin kùltürel mirasın korunması amacıyla sınırlı olarak ayırım yapmadan ve iyi niyetli olarak uygulayacağı, yatırıma etki eden, onu kısıtlayan tasarrufları uygulamasına engel olamayacağı şeklinde bir hüküm eklenebilir. Yine öğretideki eleştiriler dikkate alındığında, anaşmanın kùltürel mirasın korunması amacına yer verilen maddesinde, somut ve somut olmayan kùltürel mirası bir arada kapsayacak şekilde bir düzenlemenin yapılması daha kapsayıcı olacaktır. Ayrıca özellikle kùltürel miras öğelerinin yer aldığı ÷lkelerin model yatırım anaşmalarına salt kùltürel mirasın korunması ile ilgili olarak özel bir istisnai (*carve-out*) madde eklenmesinin de değerlendirilebilir olduğu düşünceindeyiz.

Bazı yatırım anaşmalarında olduğu gibi, belli alanlarda uygulanmayacak olan koruma ilkelerine yer verilmesi, hem ev sahibi devletin düzenleyici yetkisini onaylamakta hem de yatırımcıya öngörülebilir bir hukuki ortamın tesis edilmesine yardımcı olabilmektedir. Ne var ki uygulamada bu düzenlemelerin yer aldığı yatırım anaşmalarında, yatırımcının gerçek anlamda çekindiği dolaylı kamulaştırma ve adil ve hakkaniyetli davranma yükümlölüğüne dair koruma ilkelerine istisna getirilmemesi, sadece milli muamele ya da en çok gözetilen ulus kaydı ilkelerine istisna getirilmesi dikkat çekmektedir.

Dolaylı kamulaştırma ile ilgili olarak ise, devletin düzenleyici yetkisine istinaden uyguladığı düzenleyici işlemleri ile dolaylı kamulaştırma arasındaki farkın da yatırım anaşmalarında daha açık bir şekilde ifade edilmesinin devletin kùltürel mirasın korunmasında daha geniş hareket kabiliyetine sahip olmasını temin edeceği düşünceindeyiz.

Diğer yandan, kùltürel mirasının korunmasında etkin bir uyuşmazlık çözüm mekanizması yer almadığından<sup>166</sup>, milletlerarası yatırım hukukunda yer alan – özellikle tahkim– uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, kùltürel mirasın korunmasında uygun bir araç olup olamayacağı da düşünölmelidir. Zira yatırım anaşmalarının yabancı yatırımın korunması amacıyla akdedildiği şeklindeki birincil amacı göz ardı

166 Vadi, 'Foreign Direct Investment' (n 19); Claros (n 137) 4.

edilmemelidir. Dolayısıyla etkili bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasına sahip olmayan kültürel miras varlıklarının korunmasında, yatırım anlaşmalarındaki hükümlerin esas alınması, ya da yatırım anlaşmalarına kültürel mirasın korunması amacıyla yeni maddeler eklenmesinin gerçek anlamda kültürel mirasın korunmasına hizmet edip etmeyeceği öncelikli olarak düşünülmelidir<sup>167</sup>.

### **E. Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırım Anlaşmalarında Kültürel Mirasın Korunması**

Türkiye'nin Dünya Kültür Mirası Listesi'nde on sekiz ve Dünya Mirası Geçici Listesi<sup>168</sup>'nde seksen beş miras alanı yer almaktadır<sup>169</sup>. Kültürel ve doğal miras yönünden zengin bir ülke olduğu açık olan Türkiye'nin tarafı olduğu yatırım anlaşmaları ile serbest ticaret anlaşmalarında kültürel mirasın korunmasına dair hükümlere yer verilip verilmediği incelenmesi lüzumu doğmuştur.

Türkiye'nin tarafı olduğu yeni tarihli yatırım anlaşmalarında Genel İstisnalar maddesine yer verildiği ancak genel olarak bu maddelerin kültürel mirasın korunmasına dair bir açıklamayı ihtiva etmediği gözlenmektedir<sup>170</sup>. Örneğin;

“1. İşbu Anlaşmanın hiçbir hükmü, bir Âkit tarafın:

a. insan, hayvan veya bitki hayatı ya da sağlığı veya çevrenin korunması için düzenlenen ve uygulanan;

b. canlı veya cansız tükenebilir doğal kaynakların korunmasıyla ilgili;

ayrımcı olmayan herhangi bir hukuki önlemi almasına, sürdürmesine ya da uygulamasına engel olacak şekilde yorumlanamaz.” (Türkiye-Burkina Faso İkili Yatırım Anlaşması (2019) (m 5/1/a)).

Çalışma kapsamında incelenen Türkiye'nin tarafı olduğu yüzden fazla ikili yatırım anlaşmasından sadece Vietnam ile akdedilen yatırım anlaşmasında (2014) kültürel mirasın korunmasına yönelik bir düzenlemeye yer verildiği saptanmıştır;

“1. İşbu Anlaşmanın hiçbir hükmü, bir Âkit tarafı;

a. insan, hayvan veya bitki hayatı ya da sağlığı veya çevrenin korunması için uygulanan veya düzenlenen;

167 Vadi, 'Foreign Direct Investment' (n 19) 49.

168 Sözleşmeye taraf olan devletlerin Dünya Kültür Mirası Listesi'ne dahil olmak amacıyla hazırladıkları, kendi ülke sınırları içerisinde yer alan istisnai evrensel değer taşıma potansiyeline sahip kültürel ve doğal miras alanlarını içeren listeye Dünya Mirası Geçici Listesi adı verilmektedir. Geçici nitelikteki bu listede yer almayan bir alanın Listeye adaylık başvurusu değerlendirmeye alınmamaktadır, bkz Şule Ürün, *Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme: Doğal Miras Alanları Başvuru, Adaylık ve Değerlendirme Süreçleri* (UNESCO Türkiye Milli Komisyonu 2016) 35-36.

169 İlgili Listeler için bkz <<http://whc.unesco.org/en/statesparties/tr>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2021.

170 Türkiye'nin tarafı olduğu yatırım anlaşmaları için bkz <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/214/turkey?type=bits>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2021.

b. tükenbilir canlı veya cansız doğal kaynakların korunmasıyla ilgili olan;  
 c. *sanatsal, tarihi ve arkeolojik değere sahip olan ulusal hazinelerin korunmasına yönelik olarak uygulanan;*

ayırımı olmayan herhangi bir önlemi almayı, sürdürmeyi ya da uygulamayı önleyecek şekilde yorumlanamaz.” (m 4/1).

Türkiye'nin Sudan Cumhuriyeti ile akdettiği yatırım anlaşmasında ise (2014), diğer yatırım anlaşmalarından farklı olarak anlaşmanın, hiçbir şekilde âkit tarafların taraf oldukları diğer uluslararası anlaşmalardan doğan mevcut hak ve yükümlülüklerini etkilemeyeceği ifade edilmiştir (m 5). Dolayısıyla bu düzenlemeye dayanılarak ev sahibi devletin Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'den doğan yükümlülükleri çerçevesinde kültürel mirasın korunması amacıyla yatırım anlaşmasından doğan yükümlülüklerini terk etmesinin hukuka aykırılık teşkil etmeyebileceği savunulabilecektir.

Bazı yatırım anlaşmalarında ise sağlık, güvenlik ve çevre önlemlerinin, yabancı yatırımın kurulması, edinilmesi, genişlemesi ya da korunması amacıyla dahi olsa vazgeçilemez nitelikte olduğu, bu anlamda bu alanlardaki kamu yararı amaçlarından ödün verilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>171</sup>. Öğretide ilgili düzenlemenin uygulanmaması durumunda nasıl bir yol izleneceğine dair boşluğun bulunması dolayısıyla ev sahibi devletlere ilgili önlemlerin uygulanmasına ilişkin geniş bir takdir hakkı sunulduğu ileri sürülmektedir<sup>172</sup>.

Netice itibarıyla Türkiye'nin tarafı olduğu yatırım anlaşmalarında genel olarak kültürel mirasın korumasına dair düzenlemelere yer verilmediği sonucuna ulaşılmaktadır. 2016 tarihli Türkiye Model Yatırım Anlaşması'nın Genel İstisnalar (m 5) başlıklı maddesinde de kültürel mirasın korunmasına yer verilmemiştir<sup>173</sup>. Bu anlamda kültürel ve doğal mirasın korunması hususunda Türkiye'nin tarafı olduğu yatırım anlaşmalarında bir boşluğun olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Dolayısıyla ekonomik açıdan gelişmekte olan ülkeler arasında yerini alan ve zengin kültürel ve doğal mirasa sahip olan Türkiye'nin bir an önce, yatırımcıların ve tüm dünya uluslarının menfaatlerini koruyacak şekilde yatırım anlaşmalarında kültürel mirasın korunmasına dair düzenlemelere yer vermesi gerektiği ifade edilebilir.

Diğer yandan, Türkiye'nin tarafı olduğu serbest ticaret anlaşmalarında ise<sup>174</sup>, kültürel miras ifadesi tam olarak yer almasa da *sanatsal, tarihi veya arkeolojik değeri*

171 Türkiye-Birleşik Tanzanya Cumhuriyeti İkili Yatırım Anlaşması (2013) (m 4); Türkiye-Bangladeş Halk Cumhuriyeti İkili Yatırım Anlaşması (2012) (m 4).

172 Erden (n 55) 206.

173 Türkiye'nin 2016 tarihli Model Yatırım Anlaşması'na CİMER'e yaptığımız 11.10.2021 tarih ve 21050336846 numaralı başvurumuza istinaden Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nın Uluslararası İlişkiler Daire Başkanlığı tarafından verilen cevap neticesinde ulaşılmıştır.

174 Türkiye'nin tarafı olduğu serbest ticaret anlaşmaları için bkz <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/214/turkey?type=bits>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2021.

*haiz yerel hazinelerin korunmasına dair düzenlemelere yer verilmiştir*<sup>175</sup>. En eskisi 1996 yılında İsrail ile akdedilen serbest ticaret anlaşmasında olmak üzere günümüze kadar imzalanan birçok serbest ticaret anlaşmasında kültürel mirasın korunmasına dair düzenlemelere yer verilmesine rağmen ikili yatırım anlaşmalarında bu hususa, tespit edebildiğimiz kadarıyla yalnızca tek bir yatırım anlaşmasında yer verilmiş olması düşündürücüdür. Yabancı yatırımlar dolayısıyla kültürel miras öğelerine zarar verilebilmesi hatta tamamen yok olabileme ihtimallerinin göz önünde bulundurularak, zengin kültürel mirasa sahip Türkiye'nin, herhangi bir dava açılmasını beklemeksizin, tarafı olduğu yatırım anlaşmalarında kültürel ve doğal mirasın korunmasına dair hükümlere yer vermesinin yerinde olacağı, böylece yatırıma etki edecek önlemlerin uygulanmasında caydırıcı unsurların önüne geçilebileceği düşüncesindeyiz.

### Sonuç

Yatırımcının hakları ile ev sahibi devletin topraklarında bulunan kültürel mirasın korunmasına dair yükümlülüklerinin dengelenmesi hususunda milletlerarası yatırım hukukunda bir boşluk bulunmaktadır. Bu iki menfaatin çakışması ile ilgili olarak yatırım tahkiminde görülen dava sayısı giderek artmaktadır. İlgili uyuşmazlıklar incelendiğinde, hakem mahkemelerinin istikrar teşkil edecek şekilde karar veremedikleri sonucuna ulaşılmaktadır. Zira yatırım hukukuna dair ihtilafların dayanağını oluşturan yatırım anlaşmalarında genel olarak kültürel mirasın korunmasına dair koruyucu bir hüküm yer almamaktadır. Artan milletlerarası yatırım hukuku ve kültürel mirasın korunması ihtilafları karşısında, -tıpkı kamu sağlığının korunması amacıyla ev sahibi devletin düzenleyici yetkisinin kapsamına açıklık getirmek amacıyla, çözüme kavuşturulan yatırım tahkimi kararları sonucunda yatırım anlaşmalarına eklenen istisnai maddelerde olduğu gibi-, yatırım anlaşmalarında da kültürel mirasın korunması ile ilgili istisna maddelerinin düzenlenmesinin bu alandaki boşluğu doldurabileceği düşüncesindeyiz. Böylece kültürel mirasın korunmasında bir yandan ev sahibi devletin yetkilerinin ve yükümlülüklerinin belirlenmesi sağlanacak; diğer yandan yatırımcı açısından da belirsizlik ve öngörülemezliğin ortadan kaldırılmasıyla yatırım için elverişli hukuki iklimin oluşturulmasına bir adım daha yaklaşılacaktır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

175 Türkiye-Filistin Serbest Ticaret Anlaşması (2004) (m 19); Türkiye-Bosna Hersek Serbest Ticaret Anlaşması (2002) (m 13); Türkiye-Makedonya Serbest Ticaret Anlaşması (1999) (m 31); Türkiye-Estonya Serbest Ticaret Anlaşması (1997) (m 22); Türkiye-İsrail Serbest Ticaret Anlaşması (1996) (m 12); Türkiye-Karadağ Serbest Ticaret Anlaşması (2008) (m 31); Türkiye-Cezayir Serbest Ticaret Anlaşması (2006) (m 31); Türkiye-Mısır Serbest Ticaret Anlaşması (2005) (m 18); Türkiye-Suriye Serbest Ticaret Anlaşması (2004) (m 19); Türkiye-Tunus Serbest Ticaret Anlaşması (2004) (m 46).

## Bibliyografya/Bibliography

- Affolder N, 'The Market for Treaties' (2010) 11(1) *Chicago Journal of International Law* 159-196.
- Akıntürk E and Baklacı P, 'İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme', (2009) 25(5) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 477-536.
- Akipek S, 'Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşmenin Değerlendirilmesi', (2001) 50(4) *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi* 13-39.
- Aksar Y, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk Cilt I* (5th edn, Seçkin 2019).
- Andreeva Y, 'The Tribunal in Malaysian Historical Salvors v Malaysia Adopts a Restrictive Interpretation of the Term Investment' (2008) 25(4) *Journal of International Arbitration* 503-506.
- Avşar M, 'ICSID Konvansiyonu'na göre Yatırım Tanımı' (2017) 37(2) *Public and Private International Law Bulletin* 95-140.
- Ayhan İzmirli L, 'Uluslararası Yatırım Hukukunda Yatırım Kavramı' (2018) 8(2) *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 89-131.
- Bigi G, 'The Protection of Cultural Rights and Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration' in Tullio Treves, Francesco Seatzu and Seline Trevisanut (eds), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns* (Routledge 2013) 280-297.
- Blake J, 'On Defining the Cultural Heritage' (2000) 49 *International and Comparative Law Quarterly* 61-84.
- Claros R, 'Striking a Balance between the Protection of Foreign Investment and the Safeguard of Cultural Heritage in International Investment Agreements: Can General Exceptions Make a Difference?' (2015) (2015/08) *World Trade Institute Working Paper* 1-14.
- Çalışkan Y, 'ICSID Jurisdiction: Whose Dictionary will be Used for the Definition of Investment and the Scope of Consent' in Ceyda Süral and Ekin Ömeroğlu Foreign (eds), *Foreign Investment Law* (Seçkin 2016).
- Demirkol B, 'The Notion of Investment' (2015) 1(1) *Turkish Commercial Law Review* 41-50.
- Dolzer R, 'The Notion of Investment in Recent Practice' in S. Charnovitz, D. Steger, P. Van den Bossche (eds), *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano* (Cambridge 2005) 261-275.
- Dolzer R, 'Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties' (2005) 39(1) *The International Lawyer* 87-106.
- Dolzer R and Schreuer C, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012).
- Dolzer R and Stevens M, *Bilateral Investment Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers 1995).
- Dost S, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi* (Asil Yayın Dağıtım 2006).
- Eryazıcıoğlu E, Cengiz H, 'İnsan Hakları Odaklı Bir Kültürel Miras Sistemi İçin Değerlendirme Modeli' (2018) 13(4) *Megaron Journal* 636-650.
- Francioni F, 'Culture, Heritage and Human Rights: An Introduction' in Federico Francioni (ed), *Cultural Human Rights* (Martinus Nijhoff 2008).
- Germeyn LI, 'Considerations Before Investing Near a UNESCO World Heritage Site' (2013) 10(5) *Transnational Dispute Management* 1-11.
- Giray FK, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2nd edn, Beta 2013).



- Given JP, 'Malaysia Historical Salvors Sdn, Bhd v Malaysia: An End to the Liberal Definition of Investment in ICSID Arbitrations' (2009) 31(3-4) *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 467-500.
- Goodwin EJ, 'The World Heritage Convention, the Environment and Compliance', (2009) 20(2) *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 157-198.
- Göğebakan Y, 'Dünya Üzerindeki Kültürel Varlıkların Turizme ve Ekonomiye Katkısı', (2015) 5(2) *Anadolu Üniversitesi Sanat ve Tasarım Dergisi* 48-71.
- Graham GM, 'Protection and Reversion of Cultural Property: Issues of Definition and Justification' (1987) 21(3) *International Lawyer* 755-793.
- Lenzerini F, 'Property Protection and Protection of Cultural Heritage' in Stephan W. Schill (ed), *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press 2010).
- Gürsu A, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi* (Astana Yayınları 2018).
- Hirsch M, 'Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law (2011) 12(6) *Journal of World Investment and Trade* 783-806.
- Hirsch M, 'Interactions between Investment and Non-investment Obligations' in Peter Muchlinski, Federico Ortino ve Christoph Schreuer (eds), *the Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press 2008) 154-181.
- Houde M and Yannaca-Small K, 'Relationships between International Investment Agreements' (2004) (2004/1) *OECD Working Papers on International Investment* 1-22.
- Karacan P, 'Uluslararası Ticaret Hukuku ve Uluslararası Yatırım Hukuku Etkileşimi: Devletin Sağlık Sebebiyle Düzenleme Getirme Hakkı' (2015) 3(2) *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 77-95.
- Kowalski A, 'When Cultural Capitalization Became Global Practice' in N Bandelj, F F Wherry (eds), *The Cultural Wealth of Nations* (Stanford University Press 2011) 87 <<http://archive.ceu.hu/sites/default/files/publications/kowalski-culturalcapitalizationwhs2011.pdf>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.
- Legum B, Petculescu I, 'GATT Article XX and International Investment Law' in R. Ehandi and P. Sauvé Prospects (eds), *International Investment Law and Policy: World Trade Forum* (Cambridge University Press 2013) 340-362.
- Lo C, 'A Comparison of BIT and the Investment Chapter of Free Trade Agreement from Policy Perspective' (2008) 3(1) *Asian Journal of WTO and International Health Law* 147-170.
- Mai MH, *The Issue of Cultural Heritage Protection in International Investment in the Mining and Construction Sectors, PhD Thesis* (University of Glasgow School of Law 2019).
- Manciaux S, 'The Notion of Investment: New Controversies' (2008) 9(6) *The Journal of World Investment and Trade* 1-24.
- Mitchell AD, Voon T and Whittle D, 'Public Health and Trans-Pacific Partnership Agreement' (2015) 5(2) *Asian Journal of International Law* 279-293.
- Mustapa SAD, 'Showcasing Maritime Heritage Artefacts for the Benefit of the Tourist Industry in Malaysia', (2005) 34(2) *International Journal of Nautical Archaeology* 211-215.
- Nafziger J, 'The Development of International Cultural Law' (2006) 100 *American Society of International Law, Proceedings of the Annual Meeting* 317-323.
- Nalçacıoğlu Erden HZ, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma* (On İki Levha Yayıncılık 2015).

- O'Keefe PJ, 'Foreign Investment and the World Heritage Convention' (1994) 3(2) *International Journal of Cultural Property* 259-265.
- Özel S, *Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması* (Alkım Yayınları, 1998).
- Özel S, 'Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti' (2018) 24(1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi* 215-238.
- Partalçı R, 'Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen "Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü"' (2017) 36 (2) 131-162.
- Prislan V, 'Non-investment Obligations in Investment Treaty Arbitration: Towards a Greater Role for States?' in F. Baetens (ed), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives* (Cambridge University Press 2013) 450-481.
- Prott LV, O'Keefe PJ, 'Cultural Heritage or Cultural Property?' (1997) 1(2) *International Journal of Cultural Property* 307-320.
- Puig S and Shaffer G, 'A Breakthrough with the TPP: The Tobacco Carve-out' (2016) 16(2) *Yale Journal Of Health Policy, Law, and Ethics* 327-333. Radi Y, 'The 'Culture of Balancing' of International Investment Law - Cultural Interests and Investors' Interests in International Investment Treaties and Arbitration' (2013) 10(5) *Transnational Dispute Management* <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2355923](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2355923)> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.
- Ripinsky S and Williams K, *Damages in International Law* (British Institute of International and Comparative Law 2008).
- Sornarajah M, 'the Clash of Globalizations and the International Law on Foreign Investment' (2003) 10(2) *Canadian Foreign Policy Journal* 1-20.
- Sornarajah M, *The International Law on Foreign Investment* (3rd edn, Cambridge University Press 2010).
- Subedi S, *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle* (Hart Publishing 2008).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).
- Tezcan D, 'Arkeolojik Kültür Varlıklarının Korunması ve Milletlerarası Ceza Hukuku' (1996) 50(1) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 425-451.
- Tiryakioğlu B, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, (Dayınlarlı 2003).
- Ürün Ş, *Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme: Doğal Miras Alanları Başvuru, Adaylık ve Değerlendirme Süreçleri*, (UNESCO Türkiye Millî Komisyonu 2016).
- Weiner AS, 'Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of Legitimate Regulatory Purposes' (2003) 5(3) *International Law Forum Du Droit International* 176-187.
- Vadi VS, 'Culture, Development and International Law: The Linkage Between Investment Rules and the Protection of Cultural Heritage' in S. Borelli and F. Lenzerini (eds.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law* (Brill 2012).
- Vadi V, *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2014).
- Vadi V, 'Culture Clash? World Heritage and Investors' Rights in International Investment Law and Arbitration' (2013) 28(1) *ICSID Review* 123-143.
- Vadi V, 'The Challenge of Reconciling Underwater Cultural Heritage and Foreign Direct Investment: A Case Study' (2007) 17(1) *The Italian Yearbook of International Law* 143-158.

- Vadi VS, 'Fragmentation or Cohesion? Investment versus Cultural Protection Rules', (2009) 10(4) The Journal of World Investment and Trade 573-600.
- '47th Anniversary of the World Heritage Convention' (2019) <<https://whc.unesco.org/en/news/2056>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.
- 'Area de Conservación Guanacaste' <<https://whc.unesco.org/en/list/928/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.
- CARIFORUM ile Avrupa Birliği arasındaki Ekonomik İşbirliği Anlaşması'nın Kültürel İşbirliğine dair 3 numaralı Protokolü <[https://ec.europa.eu/assets/eac/culture/policy/international-cooperation/documents/cultural-cooperation-protocol\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/assets/eac/culture/policy/international-cooperation/documents/cultural-cooperation-protocol_en.pdf)> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.
- Claudia Ciobanu 'Masks fall as Romanian government withdraws UNESCO application for Rosia Montană, Euractiv' (2018) <<https://www.euractiv.com/section/central-europe/opinion/masks-fall-as-romanian-government-withdraws-unesco-application-for-rosia-montana/>> Erişim Tarihi 24.05.2021.
- 'Dresden is deleted from UNESCO's World Heritage List (2009) <<https://whc.unesco.org/en/news/522/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.
- Dünya Kültür Mirası Komitesi, 'Decisions Adopted At The 28th Session Of The World Heritage Committee' (2004) WHC-04/28.COM/26 sayılı karar <<https://whc.unesco.org/archive/2004/whc04-28com-26e.pdf>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021
- Dünya Kültür Mirası Listesi ve Dünya Mirası Geçici Listesi'nde yer alan Türkiye'ye ait miras alanları <<http://whc.unesco.org/en/statesparties/tr>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2021.
- FCTC, The WHO Framework Convention on Tobacco Control: an Overview (2021) <<https://fctc.who.int/publications/m/item/the-who-framework-convention-on-tobacco-control-an-overview>> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.
- Investment Policy Hub <<https://investmentpolicy.unctad.org/>> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.
- 'Oman's Arabian Oryx Sanctuary: first site ever to be deleted from UNESCO's World Heritage List' (2007) <<https://whc.unesco.org/en/news/362>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.
- States Parties Ratification Status <<https://whc.unesco.org/en/statesparties/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.
- 'Suing to Force Through a Toxic Goldmine: Gabriel Resources vs Romania' <[https://10isdsstories.org/cases/case1/#\\_edn15](https://10isdsstories.org/cases/case1/#_edn15)> Erişim Tarihi 24 Mayıs 2021.
- Text of the Trans-Pacific Partnership (2016)<[https://www.mofa.go.jp/ila/et/page25e\\_000073.html](https://www.mofa.go.jp/ila/et/page25e_000073.html)> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.
- T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Eğitim ve Araştırma Genel Müdürlüğü, Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi Hakkında <<https://aregem.ktb.govtr/TR-50837/somut-olmayan-kulturel-mirasin-korunmasi-sozlesmesi-hak-.html>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.
- Trans-Pasifik Stratejik Ekonomik Ortaklığı (P4) (2006) <<https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/trans-pacific-strategic-economic-partnership-p4/>> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.
- Türkiye'nin tarafı olduğu yatırım anlaşmaları <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/214/turkey?type=bits>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2021.
- Türkiye'nin tarafı olduğu serbest ticaret anlaşmaları <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/214/turkey?type=bits>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2021.
- UNESCO <<https://en.unesco.org/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.

UNESCO, Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (1972) <<https://whc.unesco.org/en/conventiontext/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.

UNESCO, Sualtı Kültürel Mirasının Korunması Sözleşmesi (2001) <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/underwater-cultural-heritage/2001-convention/official-text/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.

UNESCO, ‘Dünya Miras Sözleşmesi Uygulama Rehberi’ (2017) <<http://www.alanbaskanligi.gov.tr/evrak/document-57-11.pdf>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.

UNESCO, Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention (2019) <<https://whc.unesco.org/en/guidelines/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.

