

## **BARCELONA TRACTION DAVASI VE ULUSLARARASI HUKUKA ETKİSİ**

**Yasin SÖYLER\***

### **ÖZET**

*Uluslararası hukuk doktrininde, şirketlerin ve şirket hissedarlarının ülkesinde ticari faaliyet yürüttükleri yabancı bir devlete karşı korunmaları ve özellikle bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin bunlar adına diplomatik himaye sağlaması konusu ile herkese karşı ileri sürülebilen yükümlülüklerin (erga omnes) söz konusu olduğu hemen her durumda Barcelona Traction Davası'na başvurularak bir açıklama ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Benzer açıklamalar; uluslararası hukukta yabancı yatırımların korunması konusu gündeme geldiğinde de karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde genellikle bahsi geçen konular; diplomatik himaye, erga omnes yükümlülük veya yabancı yatırımların korunması şeklinde başlıklar açılarak incelenmekte, Barcelona Traction Davası'na ise sadece ilgili oldukça veya yeri geldikçe göndermede bulunmaktadır. Uluslararası hukukta diplomatik himaye, erga omnes yükümlülükler; yabancı yatırımların korunması ve diğer uluslararası hukuk kuralları açısından ortaya çıkardığı önemli etkiler nedeniyle burada yöntem olarak doktrinde yapılan genel çalışmaların aksine, doğrudan Barcelona Traction Davası ele alınmış ve bu dava, uluslararası hukuk kuralları açısından ortaya çıkardığı etkiler yönüyle baştan sona değerlendirilmiştir. Böylece, davanın söz konusu uluslararası hukuk kurallarına etkisi ve bu etkinin günümüzde ne şekilde varlığını sürdürdüğü ortaya konulmaya çalışılmıştır.*

**Anahtar Kelimeler:** Barcelona Traction Davası, diplomatik himaye, erga omnes, jus cogens, uluslararası yabancı yatırım, hakkaniyet.

### **THE CASE OF BARCELONA TRACTION AND ITS EFFECT ON INTERNATIONAL LAW**

### **ABSTRACT**

*In international law doctrine, when it is argued that the protecting the rights of companies and companies' shareholders against foreign country in which they trade and especially the subject of diplomatic protection of their own countries, writers frequently try to make an explanation about these issues by referring to Barcelona Traction Case. Similar explanations can be made in international law when taken into account protecting foreign investment and obligation which can be claimed to everyone (erga omnes). Although these subjects in doctrine usually are*

\* Dr., Başbakanlık Uzmanı, Başbakanlık, ya.soyler@hotmail.com

*directly argued out as diplomatic protection, erga omnes obligation or protecting of foreign investment; Barcelona Traction Case is taken into consideration when only it is involved and it is discussed only superficially. On the contrary this methodology, as a result of its important effects in international law, the Barcelona Traction Case is directly dealt in this article and its effects evaluated completely. Thereby, we try to reveal its influence in international law and how its influence carries on nowadays.*

*Keywords: The Case of Barcelona Traction, diplomatic protection, erga omnes, jus cogens, international foreign investment, equity.*

## **GİRİŞ**

Uluslararası hukukta, uluslararası mahkeme ve hakem kararları bu alanın yardımcı bir kaynağı olarak kabul edilir. Bu kararlar yeni bir uluslararası hukuk kuralının ortaya çıkmasında bir hukuksal kaynak olarak değil, uluslararası hukuk kurallarının tespiti ve açıklığa kavuşturulmasında başvurulan yardımcı bir kaynak olarak karşımıza çıkar. Uluslararası Adalet Divanı kararları da yardımcı bir hukuk kaynağı olarak kendisine sıkça başvurulan kararlar arasında yer almaktadır.

Divan, diğer birçok kararında olduğu gibi *Barcelona Traction* Kararı'nda da kimi uluslararası hukuk sorunlarının çözümüne ve açıklığa kavuşmasına önemli bir katkı sağlamıştır. Diplomatik himaye, şirketlerin vatandaşlığı, şirket hissedarları adına diplomatik himaye hakkı, *erga omnes* yükümlülükler ve hakkaniyet gibi uluslararası hukuk konuları bu kararda tartışılmıştır.

*Barcelona Traction* Kararı özellikle şirket hissedarları adına hissedarların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkının yokluğu ve uluslararası hukukta *erga omnes* yükümlülüklerin varlığının kabulü ile adından sıkça söz ettiren bir karar niteliğine kavuşmuştur.

Çalışmamızda öncelikle *Barcelona Traction* Kararı hakkında kısa bir bilgi verilmiş, sonra Kararın diplomatik himaye hakkı açısından ortaya çıkardığı sonuçlar ele alınmıştır. Bu çerçevede ilk önce genel olarak diplomatik himaye hakkı incelenmiş ve devamında *Barcelona Traction* Kararı; diplomatik himaye hakkının kullanılabilmesi açısından şirket vatandaşlığının tespiti, şirket hissedarları adına diplomatik himaye hakkı ve hakkaniyet ilkesi ile uluslararası yatırım anlaşmalarının bu hakka etkisi yönlerinden incelenmiştir.

Son bölümde ise Kararda ele alındığı çerçevede *erga omnes* yükümlülükler değerlendirilmiş ve uluslararası hukuka etkisi ortaya konulmaya çalışılmıştır.

## I. DAVANIN KONUSU<sup>1</sup>

Uluslararası Adalet Divanı nezdinde açılan *Barcelona Traction* Davası'nın<sup>2</sup> tarafları Belçika ve İspanya devletleridir. Belçika davacı, İspanya ise davalı konumundadır<sup>3</sup>. *Barcelona Traction* Davası, esasen Kanada kanunlarına göre kurulmuş ve İspanya'da faaliyet gösteren *Barcelona Traction* Şirketi'ne İspanya tarafından el konulması üzerine Şirketin Belçika vatandaşı olan hissedarları adına Belçika hükümetinin diplomatik himaye girişimi ve ortaya çıkan zararın tazmin talebine yönelik bir davadır<sup>4</sup>.

Davayı ortaya çıkaran süreç şu şekilde gelişmiştir:

*Barcelona Traction* Şirketi 1911 yılında Kanada'da kurulmuş ve yönetim ofisi aynı ülkede oluşturulmuştur. Şirket, İspanya'da elektrik üretim ve dağıtım faaliyeti yürütmek amacıyla ofislerinden bazıları Kanada'da, bazıları da İspanya'da kayıtlı bulunan şirketler de oluşturmuştur<sup>5</sup>. *Barcelona Traction*, piyasaya az bir kısmı İspanyol para birimiyle, fakat esasen sterlin olarak tahvil ihraç etmiş, Şirketin tahvil ihracı 1936 yılında İspanyol iç savaşından dolayı durdurulmuş, 1940 yılında İspanyol para birimiyle ihraç edilen tahvillerin ödemeleri İspanya yetkili makamlarının izniyle yeniden başlatılmış, ancak sterlin tahvillerinin ödemeleri yabancı para transferine izin verilmediğinden dolayı başlatılmamıştır<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Bu çalışmada, büyük ölçüde Uluslararası Adalet Divanı'nın *Barcelona Traction* Kararı'nda yer verdiği gerekçelerden yararlanılmış ve bazen Divanın gerekçelerinin Türkçe'ye çevrilmesi yoluna gidilmiştir. Yararlanılan ya da Türkçe'ye çevrilen kısımlar dipnotlarla gösterilmiştir. Ayrıca *Barcelona Traction* Kararı'nın özet Türkçe çevirisinin yer aldığı şu eserden de yararlanılmıştır: Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar**, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2000, s. 574-582.

<sup>2</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, ICJ Reports 1970. <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.1.2015).

<sup>3</sup> Davanın önemi, uluslararası hukuk kurallarının gelişimine katkısı ve dönemindeki ünü hakkında bkz. Christian J. Tams, Antonios Tzanakopoulos, "Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development", **Leiden Journal of International Law**, 23 (4), 2010, s. 781-782. Davanın, diplomatik himaye kurumu açısından önemi hakkında bkz. Ali İbrahim Akkutay, **Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 11.

<sup>4</sup> Gündüz, s. 574.

<sup>5</sup> ICJ Reports, 1970, s. 7, parag. no. 8.

<sup>6</sup> ICJ Reports, 1970, s. 8, parag. no. 10-11.

1948 yılında, *Barcelona Traction* Şirketi'nin piyasaya ihraç ettiği tahvillerinin sahibi olan bazı kişilerin İspanya mahkemelerine başvurarak tahvillerin faizlerinin ödenmemesinden dolayı Şirketin iflasına karar verilmesi için talepte bulunması ile birlikte 12 Şubat 1948 yılında *Barcelona Traction* Şirketi'nin iflasının ilanına karar verilmiş, iflasın ilanı ile birlikte iflasa bir komiser ve geçici tasfiye memuru atanması ve Şirket varlıklarının haczi kararlaştırılmıştır<sup>7</sup>. Bu kararı takiben, Şirketin üst düzey personeli görevden alınmış, yerlerine İspanyol yöneticiler atanmış ve Şirket üzerinde yeni hisseler oluşturularak bu hisseler 1952 yılında açık artırma ile satılmıştır. Hisseleri, Fuerzas Electricas de Cataluna, S.A. (Fecsa) satış almış ve böylece bütün kontrol bu şirkete geçmiştir<sup>8</sup>.

İspanya tarafından *Barcelona Traction* Şirketi'ne el konulmasına karşılık olarak Belçika hükümeti diplomatik himaye ve ortaya çıkan zararların tazminini sağlamak amacıyla Divan'a başvurmuştur. Ancak Divan, uyuşmazlığı, aşağıda ayrıca açıklandığı üzere Kanada kanunlarına göre kurulmuş *Barcelona Traction* Şirketi'nin, İspanya'da elektrik üretim ve dağıtım faaliyeti sırasında İspanya'nın aldığı bazı tedbirler sonucu zarar görmesi sonucunda, şirketin hissedarlarının büyük bir çoğunluğunun vatandaşlığında bulunduğu Belçika devletinin vatandaşları adına İspanya'ya karşı diplomatik himaye hakkının bulunup bulunmadığı konusuna odaklanarak çözmüştür<sup>9</sup>.

## II. BARCELONA TRACTION KARARI VE DİPLOMATİK HİMAYE HAKKI

Divanın *Barcelona Traction* Davası'nda vermiş olduğu karar, diğer birçok kararında olduğu gibi uluslararası hukukun şekillenmesine, bazı uluslararası hukuk kurallarının tespiti ve içeriğinin doldurulmasıyla katkı sağlamıştır<sup>10</sup>. *Barcelona Traction* Kararı'nın bu katkısı, uluslararası hukukta diplomatik himaye, şirketlerin vatandaşlığı ve himayesi, şirket hissedarlarının diplomatik himayesi, *erga omnes* yükümlülükler ve hakkaniyet gibi bazı uluslararası hukuk konuları üzerinde olmuştur. Bu bölümde Kararın diplomatik himaye açısından özellik gösteren yönleri incelenmiştir.

---

<sup>7</sup> ICJ Reports, 1970, s. 8-9, parag. no. 13.

<sup>8</sup> ICJ Reports, 1970, s. 9-10, parag. no. 14 ve 17.

<sup>9</sup> ICJ Reports, 1970, s. 32, parag. no. 32. Lucius C. Cafilisch, "The Protection of Corporate Investment Abroad In The Light of The Barcelona Traction Case", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, Berlin (etc.), 1971, 31, 1-2, s. 166, [http://www.zaerv.de/31\\_1971\\_1\\_2\\_a\\_162\\_196.pdf](http://www.zaerv.de/31_1971_1_2_a_162_196.pdf), (Erişim Tarihi: 10.07.2015).

<sup>10</sup> Gündüz, s. 574. Uluslararası Adalet Divanı kararlarının uluslararası ilişkiler açısından etkileri hakkında bkz. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 134-135.

### A. Genel Olarak Diplomatik Himaye Hakkı

Egemen devlet, ülkesi ve vatandaşlığında bulunan kişiler üzerinde egemenlikten kaynaklanan hukuksal bazı yetkilere de sahip olabilen bir devlettir<sup>11</sup>. Ulusal hukuktan kaynaklanan yetkilerde olduğu gibi uluslararası hukuk da egemen devlete ülke toprakları ve vatandaşlığında bulunan kişiler üzerinde bazı hukuksal tasarruflarda bulunma imkanı vermektedir. Ancak bu yetkiler sınırsız değildir. Bunların sınırı uluslararası hukuk tarafından çizilmiştir. Uluslararası hukukun devreye girdiği alanlarda devletin ülkesel ve şahsi yetkisinin sınırlandırılması söz konusu olur. Ülkesel yetki açısından konuyu ele aldığımız zaman egemen devlet, ülke toprakları üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Ülkesi üzerinde bulunan yabancılar da, yabancıların malları da devletin ülkesel yetki alanı içerisinde kalır<sup>12</sup>. Ancak uluslararası hukukta bir devletin ülkesine yabancıları kabul etmesi durumunda onların haklarını güvence altına alması gerektiği kabul edilmektedir<sup>13</sup>. Devletin ülkesi üzerindeki egemenlik yetkisinin bir sonucu olarak kullandığı kamulaştırma ve devletleştirme gibi yetkilerin yabancılar üzerinde kullanılması açısından genel olarak hukuksal bir engel bulunmamakla birlikte, bu gibi durumlarda devletin ayrımcılık yapmaması ve bu işlemlerin tam karşılığını tazmin etmesi gibi sınırlayıcı unsurların bulunduğu ileri sürülmektedir<sup>14</sup>. Bir devletin, uluslararası hukukun çizdiği bu sınırları aşarak ülkesel yetkisini kullanması ve bunun sonucu olarak ülkesinde bulunan yabancılar zarar vermesi durumunda bazı yaptırımlar ile karşılaşması uluslararası hukukun var oluş amaçlarındandır.

<sup>11</sup> Pazarıcı, s. 153, 165.

<sup>12</sup> Pazarıcı, s. 153-154.

<sup>13</sup> Pazarıcı, s. 154.

<sup>14</sup> A. Suat Bilge, **Tebaanın Yabancı Memleketlerde Diplomatik Himayesi**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 33-15, Ankara, 1953, s. 42. Pazarıcı, s. 154-155, 339. Ayrıca bu anlayış, herkes açısından asgari uluslararası standartların (*the minimum international standart*) kabulünün gerekliliğini ileri sürer. Bu yaklaşıma göre, bir devletin vatandaşı yabancı bir ülkede uluslararası asgari standartların altında bir muameleye maruz kalırsa bu devlet vatandaşı adına himaye sağlayabilir. Bu görüş için bkz. Michael Akehurst, **A Modern Introduction to International Law**, Sixth Edition, Unwin Hyman, London, 1987, s. 90-92. Mahmut Göçer, "Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 4, 2008, s. 224. Patrick Dumberry, "The Legal Standing of Shareholders Before Arbitral Tribunals: Has Any Rule of Customary International Law Crystallised?", **Michigan State Journal of International Law**, Vol. 18:3, 2010, s. 362. Ian Brownlie, **Principles of Public International Law**, Second Edition, Clarendon Press-Oxford, 1973, s. 511-514. Uluslararası asgari standartların karşısında, özellikle gelişmekte olan ülkeler tarafından savunulan diğer bir standart ise *ulusal muamele standardıdır* (*national treatment*). Ulusal muamele standardına göre, bir devlet kendi vatandaşlarına karşı nasıl muamelede bulunuyorsa ülkesinde bulunan yabancılar da aynı şekilde muamelede bulunabilir. Vasileios Pergantis, "Towards a 'Humanization' of Diplomatic Protection?", **ZaöRV** 66, 2006, s. 356.

Tarihsel gelişim açısından bu amaçların gerçekleştirilebilmesinde diplomatik himaye kuralları önemli bir rol oynamıştır. Şöyle ki bireylerin uluslararası hukukun hiçbir şekilde sujesi kabul edilmediği dönemlerde diplomatik himaye, yabancı bir ülkede bulunan bireyin bu ülke tarafından bir haksızlığa maruz bırakılması durumunda doğrudan başvurabileceği uluslararası yargı mercilerinin bulunmayışının ortaya çıkardığı eksikliği gidermek amacıyla teamülleşmiş bir hukuk kuralı olarak ele alınmıştır<sup>15</sup>. Kısmen bireylerin uluslararası hukuk sujesi kabul edilmesiyle birlikte bireyler de uluslararası hukukun sağladığı güvenceleri gerektiğinde uluslararası kuruluşlar nezdinde talep edebilir duruma gelmiştir. Bununla birlikte diplomatik himaye kuralları hala etkisini sürdürmektedir. Diplomatik himayeyi BİLGE'nin ifadesiyle,

*“Tebaaları yabancı memlekette milletlerarası bir haksız fiile maruz kalan bir devletin, bundan dolayı yabancı devletle arasında doğan anlaşmazlığın hukuki yollarla halledilmesini temin için müracaat ettiği milletlerarası bir usul”*

olarak tanımlayabiliriz<sup>16</sup>.

Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2006 yılında oluşturulan diplomatik himayeye ilişkin taslak metinde (*Draft Articles on Diplomatic Protection*)<sup>17</sup>, diplomatik himayenin tanımı ve kapsamı konusunda özel bir hükme yerilmiştir. Taslak metnin 1. maddesine göre,

*“Taslak metnin amaçları açısından diplomatik koruma, bir devletin kendi vatandaşlığında bulunan gerçek veya tüzel bir kişiye yönelik olarak diğer bir devlet tarafından uluslararası bir haksız fiil ile zarar verilmesi durumunda söz konusu devletin diplomatik girişim veya diğer barışçıl talepler aracılığıyla zarar veren devletin sorumluluğunu talep edebilmesi”ni*

ifade eder. Görüldüğü üzere bu düzenleme ile diplomatik himaye,

---

<sup>15</sup> Bir devletin yabancı bir ülkedeki vatandaşı adına diplomatik himayede bulunabilmesi uluslararası bir anlaşmadan kaynaklanabilir. Fakat, diplomatik himaye hakkı tanıyan bir uluslararası anlaşma bulunmasa dahi diplomatik himaye uluslararası hukukta teamülü bir kural olarak kabul edildiği için birey yine bu hakka sahip olur. Bir diğer deyişle diplomatik himayenin hukuksal dayanağı uluslararası anlaşma bulunmaması durumunda teamülü kurallardır. Bu teamülü kurallar esasen 19. yüzyılda oluşmuştur. Bilge, s. 20. Ali İbrahim Akkutay, s. 10.

<sup>16</sup> Bilge, s. 35. Aynı yöndeki bir tanım için bkz. Göçer, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı, s. 220. Ali İbrahim Akkutay, s. 6. Diplomatik himayenin, önleyici ve her türlü diplomatik adımı içerici özelliği için bkz. Pergantis, s. 359.

<sup>17</sup> [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9\\_8\\_2006.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf), (Erişim Tarihi: 03.07.2015).

taşıdığı unsurları itibariyle tanımlanmış ve böylece ilk kez uluslararası bir belgede, diplomatik himayenin tanım ve kapsamı kodifiye edilmiştir. Taslak metine yansıyan bu yaklaşım, diplomatik himaye kavramının uluslararası hukukta kurumsallaşması ve müşterek bir zemin kazanması açısından yerinde olmuştur.

### 1. Diplomatik Himaye Hakkının Hukuki Mahiyeti

Uluslararası hukukta diplomatik himayenin hukuki mahiyeti tartışmalıdır. Bu konuda iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Klasik görüş diplomatik himayeyi devletin sahip olduğu bir hak olarak kabul ederken modern görüş bunu devletin bir görevi olarak kabul eder<sup>18</sup>. Diplomatik himayenin bir hak ya da görev kabul edilmesi beraberinde farklı sonuçları da getirir. Şöyle ki diplomatik himaye devletin bir hakkı olarak kabul edilirse bireyin diplomatik himaye talep etme ve diplomatik himayeden feragat etmesinin hukuken bir değeri olmayacaktır<sup>19</sup>. Bunun bir sonucu olarak doktrinde kişinin, vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himayesine başvurmayaacağına dair bir taahhüt altına girmesinin (*calvo teorisi*)<sup>20</sup> diplomatik himaye hakkını ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir. Hak devletin olduğu için devlet himaye sağlama konusunda mutlak bir takdir yetkisine sahip olacak<sup>21</sup> ve bu hakkı kullanmaktan da istediği zaman vazgeçebilecektir<sup>22</sup>. Bu durum iç hukuk bakımından da kendisini gösterecek, vatandaşın diplomatik himaye talebinin ulusal devleti tarafından bir sonuca bağlanması zorunluluğu olmayacaktır.

Modern görüşün ileri sürdüğü gibi diplomatik himayenin bir görev olarak kabul edilmesi durumunda ise birey diplomatik himaye talep etme hakkına sahip olacağından bu hakkını gerek iç hukuk ve gerekse uluslararası hukukta ileri sürebilecek, istediği zaman da bu hakkından vazgeçebilecektir. Bu görüş, insan haklarının güvence altına alınması konusunda uluslararası hukukta gelişim gösteren yeni bir anlayış olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Bu görüşler için bkz. Bilge, s. 49, 51-52. Ali İbrahim Akkutay, s. 173. Pergantis, s. 371-372.

<sup>19</sup> Bilge, s. 65.

<sup>20</sup> Bu teori uluslararası hukukta istenilen etkiyi gösterememiş ve geçerliliği kabul edilmemiştir. İlyas Doğan, **Devletler Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 224-225. Brownlie, s. 529. Pazarıcı, s. 430. Ali İbrahim Akkutay, s. 77. Fakat, diplomatik himayenin hukuki mahiyetinde modern görüşün yaklaşımı benimsenirse diplomatik himaye devletin bir hakkı değil, görevi kabul edileceğinden calvo teorisinin de kabul edilmesi gerekecektir. Bilge, s. 125.

<sup>21</sup> Pazarıcı, s. 429.

<sup>22</sup> Akehurst, s. 88.

<sup>23</sup> Aynı yönde bkz. Bilge, s. 139. Ayrıca, *LaGrand* Davasında Uluslararası Adalet Divanı, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesinin 36. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, vatandaş yabancı bir ülkede bulunan devletin konsolosluk memurları ile söz konusu

Diplomatik himayenin hukuki niteliği konusunda klasik görüşün ortaya koyduğu katı tutumla, modern görüşün birey lehine ileri sürdüğü geniş takdir yetkisi arasında makul denge arayan bir görüşün de gelişim içerisinde olduğunu ayrıca belirtilmemiz gerekir<sup>24</sup>. Bu görüşe göre diplomatik himaye hakkı, her ne kadar devlete ait olan bir hak olarak ele alınsa da devlet bu hakkı ancak bireyin zararının giderilmesi amacıyla matuf olarak kullanabilir<sup>25</sup>. Giderilmesi gereken zarar devletin değil, bizzat bireyin zararındır. Bu görüş, diplomatik himaye hakkını insan haklarının gelişimine uygun bir yönde şekillendirmesi yönüyle önem taşır.

Diplomatik himaye hakkının hukuki mahiyetine yönelik olarak klasik görüşten modern görüşe doğru gelişim gösteren insan hakları odaklı bakış açısı, şüphesiz insan haklarının 21. Yüzyılda ulaşılmış olduğu uluslararası toplumsal değer ile uyumludur. Diplomatik himaye hakkına artık, insan haklarını temel alan bir perspektiften bakılmalıdır. Uluslararası toplumun duyarlılığı ve insan haklarının günümüzde ulaştığı gelişim, her geçen gün bu hususu biraz daha zorunlu kılmaktadır.

## **2. Diplomatik Himaye Hakkının Şartları**

Bir devletin bir başka ülkede bulunan vatandaşı adına diplomatik himayede bulunabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlardan herhangi birinin bulunmaması durumunda bir devletin diplomatik himaye hakkından söz edilemez<sup>26</sup>. Öncelikle devletin diplomatik himayede

---

yabancı ülke vatandaşları arasındaki temasa ilişkin düzenlemeyi yorumlarken, söz konusu düzenlemenin Walter LaGrand ve Karl LaGrand hakkında kişisel bir hak doğurduğunu da kabul etmiştir. Bkz. *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001, s. 494, parag. 77, <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.07.2015). Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesinin söz konusu hükmü için bkz. <http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/MultilateralConventions/ViennaConventiononConsularRelations.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.07.2015). Divan, *LaGrand* kararındaki bu görüşü ile diplomatik himaye hakkında modern görüşten yana bir eğilim çizmiştir. Aynı yönde bkz. Göçer, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı*, s. 225.

<sup>24</sup> Ali İbrahim Akkutay, s. 3.

<sup>25</sup> Ali İbrahim Akkutay, s. 14.

<sup>26</sup> Bu şartların neler olduğunun belirlenmesinde uyumsuzluk uluslararası yargı kuruluşlarının önüne götürüldüğünde başvuru, öncelikle başvuru şartlarını taşıyıp taşımadığı açısından incelenmektedir. Başvurunun bu şartları taşıyıp taşımadığı *ön itiraz (preliminary objections)* olarak ileri sürülebilir. Pazarıcı, s. 486. İç hukuk yollarının tüketilmemiş olması, devletin hakkından feragat etmiş olması, makul olmayan gecikmeler veya vatandaşlık bağı gibi bazı şartların gerçekleşmemiş olması mahkemelerce ilk aşamada incelenmekte ve bu şartların gerçekleşmemiş olması durumunda uyumsuzluğun esastan çözümüne gidilmemektedir. Akehurst, s. 98-103. Brownlie, s. 465.



bulunabilmesi için vatandaşına karşı uluslararası haksız bir fiilde bulunulması gerekir<sup>27</sup>. Bu haksız fiil devletin yasama, yürütme veya yargı organlarının herhangi birinden kaynaklanabilir<sup>28</sup>. Diğer taraftan diplomatik himaye sağlayacak devlet egemen bir devlet olmalıdır<sup>29</sup>. Egemen olmayan bir devletin diplomatik himaye sağlaması mümkün değildir. Uluslararası kuruluşların da görevlilerine diplomatik himaye sağlama yetkisi kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

Bir devlet ancak vatandaşlığında bulunan kişi adına diplomatik himaye sağlayabilir<sup>31</sup>. Diplomatik himaye hakkının kullanılabilmesi açısından vatandaşlık bağı ile devletlerin iç hukuk bakımından belirledikleri vatandaşlık bağı kavramını ayırmak gerekir. Her devlet vatandaşlık kazanma şartlarını ulusal yetkisi dahilinde serbestçe belirleyebilir. Ancak, diplomatik himaye hakkının kullanılabilmesi açısından vatandaşlık bağı, iç hukuk kurallarından belli bir aşamada uzaklaşabilmektedir. Örneğin, koruma altında bulunan devletin vatandaşları adına koruma sağlayan devlet diplomatik himayede bulunduğu koruma sağlayan devletin bu kişiler üzerinde bir vatandaşlık bağı bulunmamaktadır<sup>32</sup>. Buna benzer durumlar gerçek kişilerde olduğu kadar tüzel kişiler açısından da devletlerin aralarında yaptıkları anlaşmalarla geçerli kılınabilir<sup>33</sup>.

Vatansızlar herhangi bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmadıkları için diplomatik himayeden yararlanamaz<sup>34</sup>. Bu durum eleştirilmekte ve vatansızlar açısından vatandaşlık bağının yumuşatılması önerilmektedir. Aynı şekilde devletin ülkesindeki mülteciler lehine de diplomatik himaye sağlayabilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>35</sup>. BİLGE, vatansızlar ve mültecilerin Birleşmiş Milletler’ce himaye edilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>36</sup>. Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak Metin’de ise vatansızlar ve mültecilerin diplomatik himaye hakkına sahip olduğuna yönelik hükümlere yer verilmiştir (md. 3 ve 8). Taslak metnin 8. maddesinin birinci fıkrasına göre bir devlet, haksız

---

<sup>27</sup> Bilge, s. 39-40.

<sup>28</sup> Bilge, s. 39. Ali İbrahim Akkutay, s. 16.

<sup>29</sup> Bilge, s. 72.

<sup>30</sup> Bilge, s. 75. Pazarıcı, s. 426.

<sup>31</sup> Bilge, s. 32, 77. Ali İbrahim Akkutay, s. 38. Bu hususta açıklayıcı bir hükme, Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak Metnin 3. maddesinin birinci fıkrasında yer verilmiştir.

<sup>32</sup> Pazarıcı, s. 425. Bilge, s. 77.

<sup>33</sup> Rona Aybay, **Vatandaşlık Hukuku**, 6. Bası, Aybay Yayınları, İstanbul, 2003, s. 26-27.

<sup>34</sup> Bilge, s. 80. Pazarıcı, s. 426.

<sup>35</sup> Göçer, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı, s. 229.

<sup>36</sup> Bilge, s. 140.

fiilin meydana geldiği ve resmi iddianın ileri sürüldüğü anda hukuka uygun bir şekilde ve sürekli olarak ülkesinde ikamet eden vatansızlar hakkında diplomatik himaye sağlayabilir. Benzer şekilde 8. maddenin ikinci fıkrasına göre devletler, uluslararası kabul görmüş standartlara uygun olarak mülteci addettikleri kişiler hakkında, bu kişilerin haksız fiilin meydana geldiği ve resmi iddianın ileri sürüldüğü anda hukuka uygun bir şekilde ve sürekli olarak söz konusu ülkede ikamet etmesi şartıyla diplomatik himaye hakkında sahiptir. Ancak üçüncü fıkraya göre, mülteciler açısından geçerli olan bu hakkın mültecinin vatandaşlığında bulunduğu devlete karşı kullanılması mümkün değildir.

Bu hakkın kullanılabilmesi için hem haksızlığın gerçekleştiği anda hem de diplomatik himaye hakkının ileri sürüldüğü anda adına diplomatik himaye sağlanmak istenen kişi ile bir vatandaşlık bağının bulunması gerekir<sup>37</sup>. Doktrinde, emredici hukuk kurallarının (*jus cogens*) ihlal edilmesi durumunda vatandaşlık bağı aranmaksızın her devletin ihlalde bulunan devlete karşı hakkı ihlal edilen kişiler adına diplomatik himaye sağlayabilmesi yönünde bir gelişim olduğu belirtilmektedir<sup>38</sup>. Bu konu *erga omnes* yükümlülükler ile birlikte aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

İç hukuk yollarının tüketilmemiş olması diplomatik himaye hakkının kullanılmasını engeller<sup>39</sup>. Bu hakkın kullanılabilmesi için iç hukuk yollarının da tüketilmesi gerekir<sup>40</sup>. Fakat yapılan haksız eyleme karşı iç hukuk yolları kapalı ise veya kullanılmıyor ise bu durumda diplomatik himaye hakkının kullanılabileceği kabul edilir<sup>41</sup>. Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak Metin’de, iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin benzer yönde kurallara yer verilmiştir. Taslak metnin 14. maddesine göre, bir devletin vatandaşı adına diplomatik himaye hakkını kullanabilmesi için kural olarak, kişinin, bulunduğu yabancı ülke kanunlarına göre haksızlığa uğradığını düşündüğü fiile karşı iç hukuk yollarını tüketmesi gerekir. Taslak metnin 15. maddesinde ise bu kuralın istisnalarına yer verilmiştir. 15. maddeye göre, etkili bir tazminat elde etmek için makul şekilde ulaşılabilir iç hukuk yollarının bulunmaması veya var olan iç hukuk yollarının böyle bir tazminat elde etmek için yeterli olmaması, iç hukuk yollarının işletilmesinin sorumluluğu iddia edilen devletten kaynaklanan bir

<sup>37</sup> Bilge, s. 78-88. Ali İbrahim Akkutay, s. 44. Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak Metin’de bu husus, hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler açısından açıkça düzenlenmiştir (md. 5 ve 10).

<sup>38</sup> Göçer, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı, s. 230.

<sup>39</sup> Brownlie, s. 482-492.

<sup>40</sup> Bilge, s. 107. Pazarıcı, s. 428. Ali İbrahim Akkutay, s. 27.

<sup>41</sup> Pazarıcı, s. 429. Bilge, s. 113.

nedenle kanuna aykırı olarak geciktirilmesi, haksız fiilin gerçekleştiği tarihte haksızlığa uğrayan yabancı kişi ile sorumluluğu iddia edilen devlet arasında anlamlı bir ilişkinin bulunmaması, haksızlığa uğrayan kişinin iç hukuk yollarını kullanmasının açıkça engellenmesi veya sorumluluğu iddia edilen devletin iç hukuk yollarının tüketilmiş olduğunu kabul etmesi durumunda, iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek bulunmamaktadır. Bu hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda iç hukuk yolları tüketilmeden doğrudan bir devlet, vatandaşı adına diplomatik koruma hakkını kullanabilecektir.

Son olarak diplomatik himaye hakkının kullanılabilmesi için hakkı kullanan devletin vatandaşı olduğu olan kişinin, aynı zamanda hakkın ileri sürüldüğü devletin vatandaşı olmaması gerekir<sup>42</sup>. Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak Metin’de, gerçek ve tüzel kişiler açısından ayrı ayrı olmak üzere bu yönde kurallara yer verilmiştir. Taslak metnin 7. maddesine göre, kural olarak bir devlet başka bir devletin vatandaşı olan gerçek kişi adına bu devlete karşı diplomatik himaye sağlayamaz. Ancak sadece istisnai olarak, söz konusu birinci devletin vatandaşı olduğu diğer devlete karşı hem haksız fiilin gerçekleştiği hem de resmi iddianın ileri sürüldüğü tarihte baskın bulunuyorsa bu durumda ilk devlet diğerine karşı diplomatik himaye sağlayabilir. Benzer şekilde, taslak metnin 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre şirketler açısından, sorumluluk iddiasının ileri sürüldüğü tarihten sonra şirketin, iddianın ileri sürüldüğü devletin vatandaşı olmasına geçmesi durumunda, bu devlete karşı diplomatik himaye hakkı kullanılamayacaktır.

### 3. Diplomatik Himaye Hakkının Sonuçları

Diplomatik himaye bir devletin vatandaşına bir başka devlet tarafından haksız bir fiilde bulunulması nedeniyle esas olarak vatandaşın uğradığı zararın tazmini amacını taşır<sup>43</sup>. Bu tazminin sağlanabilmesi amacıyla diplomatik himaye hakkı sayesinde bir devlet diğer bir devlete karşı barışçı çözüm yollarını kullanabilir<sup>44</sup>. Birleşmiş Milletler Andlaşması’nın 33. maddesinde,

*“Süregitmesi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebilecek nitelikte bir uyuşmazlığa taraf olanlar, her şeyden önce görüşme, soruşturma, arabuluculuk, uzlaşma, hakemlik ve yargısal çözüm yolları ile bölgesel kuruluş ya da andlaşmalara başvurarak veya kendi seçecekleri başka yollarla buna çözüm aramalıdır.”*

---

<sup>42</sup> Bilge, s. 78, 91. Pazarıcı, s. 428.

<sup>43</sup> Bilge, s. 45. Pazarıcı, s. 425.

<sup>44</sup> Pazarıcı, s. 425. Ali İbrahim Akkutay, s. 13, 81.

hükmü yer almaktadır. Buna göre, barışçı çözüm yolları diplomatik veya yargısal yolla ya da uluslararası örgütlerce çözüm şeklinde bir tasnife tabi tutulabilir<sup>45</sup>. Vatandaşı yabancı bir ülkede bulunan devlet, vatandaşına karşı diğer bir devlet tarafından haksız bir eylemde bulunulduğunu düşündüğünde diplomatik himaye hakkı sayesinde söz konusu barışçı çözüm yollarını kullanabilecektir. Bu imkanlar sayesinde, zarar veren devletin özür dilemesi sağlanabileceği gibi eski duruma getirme ya da tazminat yaptırımının uygulanması söz konusu olabilir<sup>46</sup>. Ayrıca, bir şirket ile şirketin yatırım yaptığı ülke devleti arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda hakem mahkemesine gidileceği kararlaştırılmışsa bu uyuşmazlıktan dolayı şirketin vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himayesi, uyuşmazlığın hakem mahkemesine taşınması şeklinde kendisini gösterecektir<sup>47</sup>.

#### **4. Tüzel Kişiler Adına Diplomatik Himaye Hakkı**

Kural olarak her devlet kendi vatandaşlığını kazanma şartlarını kendisi belirler<sup>48</sup>. Vatandaşlığın kazanılma şartlarını belirlemek devletlerin ulusal yetkisine ilişkin bir husustur<sup>49</sup>. Bu yetki gerçek kişilerin vatandaşlığı açısından olduğu kadar tüzel kişilerin vatandaşlığı açısından da geçerlidir<sup>50</sup>. Gerçek kişiler yanında belli bir amaçla bir araya gelmiş kişi toplulukları ya da belli bir amaçla bir araya getirilmiş eşya topluluklarının hukuki bir suje olarak ele alınması ve bu kişiler açısından da hak ve yükümlülükler öngörülmesi hukukun gelişiminin önemli bir aşamasını oluşturmuştur. Bu gelişimin bir sonucu olarak günümüzde çoğu hukuk sisteminde dernek ve üniversite gibi kimi kişi toplulukları ile şirket ve vakıf gibi kimi eşya toplulukları, üzerinde hak ve yükümlülük doğabilecek kişilikler olarak düzenlenmektedir. Bu kişilik, kişiliğin oluşturulduğu alana göre kamu hukuku veya özel hukuk tüzel kişiliği olarak yansımaları göstermiştir. Uluslararası hukukta, devletin diplomatik himaye hakkının konusunu gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri oluşturur<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> Enver Bozkurt, M. Akif Kütükcü, Yasin Poyraz, **Devletler Hukuku**, Genişletilmiş 4. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004, s. 224.

<sup>46</sup> Seha L. Meray, **Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1977, s. 167-169. Ali İbrahim Akkutay, s. 84.

<sup>47</sup> Doğan, s. 227. Bilge, s. 44.

<sup>48</sup> Bilge, s. 32.

<sup>49</sup> Pazarıcı, s. 165.

<sup>50</sup> Ali İbrahim Akkutay, s. 53.

<sup>51</sup> Pazarıcı, s. 427.

Her devlet, hangi koşullarda, hangi topluluklara tüzel kişilik tanıyacağını kendi hukuk sisteminde belirleme hakkına sahiptir. Uluslararası hukukun bu konuda iç hukuk sistemlerini belirleyici ya da zorlayıcı kuralları bulunmamaktadır. Fakat, devletler açısından diplomatik himaye hakkının kullanılması söz konusu olduğunda, adına diplomatik himaye hakkı kullanılacak kişinin vatandaşlığında bulunduğu devletin tespiti uluslararası hukuk açısından önem taşır. İç hukuk sistemlerinde tüzel kişilik olarak şirketlerin vatandaşlık bağının belirlenmesinde tüzel kişilik merkezi, denetimi elinde tutan merkezin vatandaşlığı, sermayenin bulunduğu yer ve kuruluş yeri esasları göz önüne alınmaktadır<sup>52</sup>. Devletlerin, şirketlerin tüzel kişiliğinin vatandaşlığı konusunda farklı esasları benimsemeleri bir şirketin birden fazla devletin vatandaşlığında bulunmasına ve bunun bir sonucu olarak da birden fazla devletin diplomatik himaye hakkını ileri sürmesi neden olabilir<sup>53</sup>. Ancak uluslararası hukukta da şirketlerin hangi ülke vatandaşı olarak kabul edilebileceklerine yönelik çeşitli ölçütler ortaya konulmaktadır<sup>54</sup>. *Barcelona Traction* Davası'nda ortaya konulan ölçüt aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelendiğinden burada konu hakkında daha fazla açıklama yapılmamıştır.

### **B. *Barcelona Traction* Kararı'nda Diplomatik Himaye Hakkı**

Uluslararası Adalet Divanı, *Barcelona Traction* Davası'ndaki uyuşmazlığı Kanada, İspanya ve Belçika arasındaki üçlü ilişki çerçevesinde ele almıştır. Divana göre uyuşmazlık, bir taraftan *Barcelona Traction* Şirketi Kanada kanunlarına göre kurulduğu ve Şirketin yönetim ofisi bu ülkede yer aldığı için Kanada ile ilgili iken diğer taraftan Şirket hissedarlarının büyük kısmı Belçikalı olduğu için Belçika ile ve ayrıca Şirkete ve dolayısıyla Şirket hissedarlarına karşı haksız bir fiilde bulunduğu iddiasına maruz kaldığı için İspanya ile ilgilidir<sup>55</sup>. Divan bu üçlü ilişki içerisinde her devletin içerisinde bulunduğu hukuksal konumu tek tek belirlemiştir. Kanada'nın hukuksal konumu esasen, *Barcelona Traction* Şirketi'nin bu ülkenin vatandaşlığında bulunup bulunmadığının tespiti, vatandaşlık bağının devam edip etmediği ve Kanada'nın Şirkete karşı diplomatik himaye hakkını kullanıp kullanmamasının ortaya çıkarabileceği hukuksal sonuçlar ekseninde ele alınmıştır. Belçika'nın

---

<sup>52</sup> Pazarıcı, s. 167. Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Yıl. 22, Sayı. 2, 2002, s. 414.

<sup>53</sup> Brownlie, s. 472-474.

<sup>54</sup> Bu ölçütler için bkz. Bilge, s. 93.

<sup>55</sup> ICJ Reports, 1970, s. 31, parag. no. 30-31.

hukuksal konumu *Barcelona Traction* hissedarları ile arasında bulunan vatandaşlık bağının kendisine diplomatik himaye hakkı verip vermediği çerçevesinde değerlendirilmiştir. Nihayet, İspanya'nın hukuksal konumu ise kendi vatandaşlığında bulunmayan -şirket hissedarları da kendi vatandaşı olmayan- bir şirkete karşı yerine getirilmesi gereken uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler ile birlikte ele alınmıştır.

### **1. Diplomatik Himaye Hakkının Kullanılabilirliği Açısından Şirket Vatandaşlığının Tespiti**

Uluslararası Adalet Divanı, Kanada, Belçika ve İspanya arasında var olan üçlü ilişki çerçevesinde Kanada'nın *Barcelona Traction*'ın ulusal devleti olup olmadığını sorgulama gereği duymuş ve bunun tespitine yönelik açıklamalar ortaya koymuştur<sup>56</sup>. Özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir şirket olarak *Barcelona Traction*'ın vatandaşlığının tespiti Şirket adına diplomatik himaye hakkını hangi devletin kullanabileceği açısından önem taşımaktadır. Divanın yaklaşımı açısından, *Barcelona Traction*'ın vatandaşlığında bulunduğu devlet tespit edildikten sonra artık diplomatik himaye hakkının ancak o devlet tarafından kullanılabilirliği söz konusu olacak ve kural olarak başka bir devletin diplomatik himaye hakkına sahip olması mümkün olmayacaktır.

Divana göre uluslararası hukukta genel kural, bir şirket hangi ülke kanunlarına göre kurulmuşsa ve hangi ülkede tescil edilmişse diplomatik himaye hakkının ancak bu devlet tarafından kullanılabilirliğidir<sup>57</sup>. Ancak diplomatik himaye hakkının kullanılabilirliği açısından devletlerin, kendi kanunlarına göre kurulmuş şirketler hakkında şirketin yönetim merkezinin kendi topraklarında bulunması veya şirket hissedarlarının çoğunluğunun kendi vatandaşlığında olması gibi başka kriterler öngörmeleri de mümkündür. Ancak her halde tek bir ölçüt ortaya koymak mümkün değildir<sup>58</sup>. Bu çerçevede Divan, *Barcelona Traction*'ın hangi ülke vatandaşı olduğunu belirlerken *gerçek bağ (genuine connection)* aramamış<sup>59</sup>, bunun yerine *yakın ve sürekli bağ* ilişkisini

<sup>56</sup> ICJ Reports, 1970, s. 41-42, parag. no. 69. Gündüz, s. 578.

<sup>57</sup> ICJ Reports, 1970, s. 42, parag. no. 70. Gündüz, s. 578. Ali İbrahim Akkutay, s. 55.

<sup>58</sup> ICJ Reports, 1970, s. 42, parag. no. 70.

<sup>59</sup> D. J. Harris, **Cases and Materials on International Law**, Sixth Edition, London, Sweet&Maxwell, 2004, s. 643. *Barcelona Traction* Davasında şirket vatandaşlığının tespitinde tarafların zaman zaman kendisine atıfta bulunduğu *gerçek bağ (genuine connection)* ilişkisi, kendisini esas olarak *Nottebohm* Davasında göstermiştir. Bu davada Divan, gerçek kişilerin vatandaşlığının tespitinde kişi ile devlet arasında sıkı bir ilişki bağının olması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. *Nottebohm Case, (Liechtenstein v. Guatemala)*, Second Phase, Judgment

aramıştır<sup>60</sup>. Bu çerçevede *Barcelona Traction*'ın Kanada kanunlarına göre kurulmuş olması, bu ülkede tescil edilmesi, hesaplarının bu ülkede tutulması, toplantılarının bu ülkede yapılması, hatta Kanada vergi listelerinde yer alması ve bu hususların istikrarlı bir şekilde devam etmiş olmasını esas alarak Şirketin Kanada vatandaşı olduğu sonucuna varmıştır<sup>61</sup>. Divana göre Şirketin ticari faaliyetini Kanada dışında yürütmesi ise bu sonucu değiştirmemektedir.

Doktrinde bazı yazarlar Divanın bu kararını, tüzel kişiler adına diplomatik himaye hakkının kullanılabilmesi açısından vatandaşlığın tespitinde, tüzel kişi ile devlet arasındaki ilişkilerin diğer devletlerle olan ilişkiler de göz önüne alınarak belirlenmesi gerektiği yönünde yorumlamıştır<sup>62</sup>. Diğer bazı yazarlar ise Kararda, kesin ölçütler saptanamasa da kural olarak *gerçek* vatandaşlık bağının arandığını ve bu bağın tespitinde esasen şirketin merkezinin bulunduğu ve faaliyetlerinin yönetildiği ülke devletinin vatandaşlığına üstünlük tanındığını ileri sürmüştür<sup>63</sup>. Gerçekten her ne kadar Divan kararında tek bir ölçüt ortaya konulmamış olsa da bir şirketin kurulduğu ülke ile tescil edildiği ve yönetildiği ülke devletine vatandaşlığın tespiti açısından üstünlük tanındığı anlaşılmaktadır. Diğer ölçütler *Barcelona Traction*'ın Kanada vatandaşlığını güçlendirmek için kullanılmıştır. Yoksa örneğin, *Barcelona Traction* başka bir devletin vergi listelerinde yer alsaydı ve hatta toplantılarını başka bir ülkede yapmış olsaydı bile kanaatimizce yine de Kanada kanunlarına göre kurulduğu, bu ülkede tescil edildiği ve yönetim merkezi bu ülkede bulunduğu için Kanada vatandaşı sayılacaktı. Diğer taraftan *Barcelona Traction* Kararı'nda, şirketin kurulduğu ve tescil edildiği ülke ile yönetildiği ülkenin farklı olması durumunda ortaya konulabilecek kesin bir ölçüt bulmak mümkün değildir. Bu durumda diğer ölçütleri de göz önünde bulundurarak yakın ve sürekli bağın tespit edilmesi gerekecektir.

Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak Metin'de, diplomatik himaye açısından şirket vatandaşlığına ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir. Taslak metnin 9. maddesine göre, bir şirket hakkında diplomatik himaye sağlama hakkına sahip olan devlet, şirketin kanunlarına göre kurulduğu devlettir.

of April 6th, 1955, s. 23, <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.07.2015). Ancak Divan *Barcelona Traction* davasında, şirket vatandaşlığının tespitinde bu ilkenin uygulanamayacağına karar vermiştir. ICJ Reports, 1970, s. 42, parag. no. 70.

<sup>60</sup> ICJ Reports, 1970, s. 42, parag. no. 70. Gündüz, s. 578.

<sup>61</sup> ICJ Reports, 1970, s. 42, parag. no. 71. Gündüz, s. 578. Ali İbrahim Akkutay, s. 55.

<sup>62</sup> Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi**, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2613, Hukuk Fakültesi No: 587, İstanbul, 1979, s. 333. Brownlie, s. 476-477.

<sup>63</sup> Pazarıcı, s. 167. Akehurst, s. 100.

Ancak, şirket başka bir devletin veya devletlerin vatandaşları tarafından kontrol edildiği, kurulduğu ülkede önemli ticari faaliyeti olmadığı, yönetim ve finansal kontrol merkezi başka bir ülkede bulunduğu zaman diplomatik himaye hakkına sahip olan devlet, söz konusu yönetim ve finansal kontrol merkezinin bulunduğu devlettir. Görüldüğü üzere, taslak metnin anılan hükmü, Divan'ın *Barcelona Traction* kararında ortaya koyduğu görüş ile büyük ölçüde uyum içerisindedir.

## **2. Şirket Hissedarları Adına Diplomatik Himaye Hakkı**

Belçika hükümeti İspanya hükümetine karşı Uluslararası Adalet Divanı'na 1958 yılında başvurmuştur. Yargılama devam ederken 1961 yılında, Belçika'nın talebi doğrultusunda temsilciler arasındaki görüşmelerin gözden geçirilmesi amacıyla yargılamaya ara verilmiş ve dava Divanın genel listesinden kaldırılmıştır. Görüşmelerin başarısız olması üzerine Belçika hükümeti Divana yeni bir başvuruda bulunmuştur. İspanya hükümeti, bu başvuruya karşı 4 konuda ön itiraz ileri sürmüştür. Bu itirazlara ilişkin 24 Temmuz 1964 yılında yapılan yargılamada Divan 1. ve 2. itirazları reddetmiş, 3. ve 4. itirazları görüşmeye almıştır<sup>64</sup>. İspanya hükümetinin Divan tarafından görüşmeye alınan 3. ön itirazı, Belçika hükümetinin bir Kanada şirketine yapılanlardan dolayı herhangi bir iddia ileri sürme yeteneğinden yoksun olduğudur. Hatta, bu şirketin hissedarları Belçikalı olsa bile Belçika'nın böyle bir hakkı olamaz. Divan tarafından görüşmeye alınan 4. ön itiraz ise iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu iddiasıdır<sup>65</sup>.

*Barcelona Traction* Davası'nda Divanın yargılaması esasen 3. ön itiraz çerçevesinde Belçika hükümetinin bir Kanada şirketine yapılanlardan dolayı şirketin kendi vatandaşlığında olan hissedarları adına diplomatik himaye hakkının bulunup bulunmadığı tartışması üzerinde olmuştur. Söz konusu davada *Barcelona Traction* Şirketi'nin ya da Şirket hissedarlarının zararının varlığı ya da yokluğu, varlığının söz konusu olması halinde tazminini içeren esasa ilişkin bir karar verilmemiştir. *Barcelona Traction* Kararı'nda esas olarak, İspanya'nın bir Kanada Şirketi olan *Barcelona Traction*'a gerçekleştirdiği ileri sürülen haksız eyleminden şirketin hissedarlarının Belçikalı olması dolayısıyla Belçika'nın diplomatik himaye gerektiren bir hakkının doğup doğmadığı sorgulanmıştır<sup>66</sup>. Bu çerçevede Divan, diplomatik

<sup>64</sup> ICJ Reports, 1970, s. 6, parag. no. 1-3.

<sup>65</sup> ICJ Reports, 1970, s. 6, 30, parag. no. 3, 26.

<sup>66</sup> ICJ Reports, 1970, s. 32, parag. no. 35. Gündüz, s. 575. Timothy G. Nelson, "When The Lights Went Out: The Strange Death and Stranger Afterlife of the Barcelona Traction Case", *The Paris Journal of International Arbitration*, 2011-4, s. 956.



himaye alanında da uluslararası hukukta önemli ve yaygın bir rolü olan iç hukuk kurallarına başvurulması gerektiği düşüncesindedir<sup>67</sup>. Bir diğer deyişle, şirket hissedarları adına diplomatik himaye hakkının tespiti için iç hukuk kurallarından yararlanılması gerekir<sup>68</sup>. Bu çerçevede iç hukuk kuralları açısından konu ele alınmış ve iç hukukta şirket mantalitesinin, şirketin hakları ile şirket hissedarlarının haklarının kesin bir ayrımı üzerine kurulduğu tespit edilmiştir<sup>69</sup>. Divana göre, şirketin haklarının kullanılması açısından sadece hukuki bir kişilik olarak oluşturulan şirketin yetkisi bulunur, şirkete zarar verici bir harekette bulunulduğunda genellikle bu haksız hareket şirketin hissedarlarına da zarar verir; ancak bu durum şirket hissedarlarının da tazminat isteme hakkı olduğu anlamına gelmez. Doğrudan şirketin haklarına zarar veren bir eylem, bu durumdan hissedarların hisseleri etkilense bile hissedarlar açısından bir hak ihlaline yol açmaz<sup>70</sup>. Bu çerçevede Divan, hissedarların zararının tazmini açısından şirketin haklarına yönelik bir eylemden kaynaklanan zararın bu zarardan hissedarların da etkilendiği iddiasını yetersiz bulmuş, yabancı sermaye ile oluşturulmuş bir şirkete karşı haksız bir eylem gerçekleştirildiği zaman uluslararası hukuktaki genel kuralın sadece şirketin vatandaşlığında bulunduğu devlete zararın karşılanması amacıyla diplomatik himaye hakkının verilmesi yönünde olduğunu kabul etmiştir<sup>71</sup>. Divana göre uluslararası hukukta hiçbir kural açıkça hissedarların vatandaşı olduğu devlete böyle bir hak vermemektedir<sup>72</sup>.

Divanın bu yaklaşımı iç hukukta öngörülen şirket yapılanmasına ve mantığına uygun düşmektedir. Şirketlerin, hissedarları olan kişilerin kişilikleri dışında ayrı bir hukuksal kişilikleri bulunmakta ve şirketler bu kişilikleri ile hukuksal hak ve yükümlülük altına girebilmektedir. Şirket olarak tüzel kişilik altına girmiş hissedarların bu girişimleri ile şirketin ayrı bir kişilik olarak varlığını ve bu kişilikten kaynaklanan hak ve yükümlülükleri kabul ettikleri

---

<sup>67</sup> ICJ Reports, 1970, s. 33-34, parag. no. 38. Gündüz, s. 575.

<sup>68</sup> Divan aynı sonuca *Diallo* Kararında da varmış ve hissedarlar adına diplomatik himaye hakkının kullanımında ulusal hukuk kurallarına başvurmuştur. Bu kararında Divan, *Barcelona Traction* kararında ortaya konulan görüşlerden yararlanmıştır. Bkz. ICJ Reports, 30 November 2010, s. 675, parag. 104.

<sup>69</sup> ICJ Reports, 1970, s. 34, parag. no. 41. Gündüz, s. 575.

<sup>70</sup> ICJ Reports, 1970, s. 35, parag. no. 44. Gündüz, s. 575. Divan, *Diallo* Kararında da aynı sonuca ulaşmıştır. ICJ Reports, 30 November 2010, s. 679, parag. 115.

<sup>71</sup> ICJ Reports, 1970, s. 35, parag. no. 44. Aynı yönde bkz. Bilge, s. 102. Pazarıcı, s. 166. Christian J. Tams, **Enforcing Obligations Erga Omnes In International Law**, Cambridge University Press, New York, 2007, s. 1. Nelson, s. 940.

<sup>72</sup> ICJ Reports, 1970, s. 37, parag. no. 51.

varsayılr. Bu nedenle doğrudan şirkete yönelik gerçekleştirilen haksız eylemlerden dolayı ortaya çıkabilecek tazmin talebinin de bir hak olarak şirket tüzel kişiliğine ait olması gerekir.

Genel kural bu şekilde ortaya konulduktan sonra istisnai olarak bazı özel durumların gerçekleşmesi halinde ise şirket hissedarları adına diplomatik himaye hakkının varlığı kabul edilmiştir. Her nasıl iç hukukta şirket tüzel kişiliğinin bazen şirket hissedarlarının haklarını koruyamaması söz konusu olabiliyorsa ve bunun engellenmesi için şirket tüzel kişiliğinin aşılması *-lifting the corporate veil* veya *disregarding the legal entity* olarak ifade edilmiştir- hissedarların hukuken korunması için önlemler alınabiliyorsa benzer durumların uluslararası hukukta da uygulanması mümkündür<sup>73</sup>. Divan uluslararası hukuk açısından bu tür özel durumların iki halde gerçekleşebileceğini ortaya koymuştur. Bunlar, şirket tüzel kişiliğinin ortadan kalkması ve şirketin vatandaşlığında bulunduğu devletin şirket adına diplomatik himaye sağlama yeteneğinden yoksun olması durumudur<sup>74</sup>. Yani Divana göre, şirket hissedarları adına bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkı bu iki durumun gerçekleşmesi halinde söz konusu olabilir. Divan tarafından bu tespit yapıldıktan sonra somut uyuşmazlık açısından bu iki durumun gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmış ve bunun tespitine yönelik ayrıntılı gerekçeler ortaya konulmuştur.

İlk olarak *Barcelona Traction*'ın tüzel kişiliğinin ortadan kalkıp kalkmadığı araştırılmıştır. Bu husus, şirket tüzel kişiliğinin hukuken ortadan kalkmış olması durumunda hissedarların yasal haklarını savunacak bir hukuksal mekanizma ortada bulunmayacağı için hissedarlarının haklarının korunması ve bu çerçevede bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkının gündeme gelmesi açısından önemlidir<sup>75</sup>. Bir diğer deyişle, Divana göre eğer *Barcelona Traction*'ın tüzel kişiliği son bulmuşsa hissedarların vatandaşlığında bulunduğu devletin ve bu çerçevede Belçika'nın diplomatik himaye hakkı söz konusu olabilir. Ancak Divan, *Barcelona Traction*'ın tüzel kişiliğinin sona erip ermediği konusundaki tespitini tüzel kişiliğin devam ettiği yönünde yapmıştır. Divana göre, *Barcelona Traction*'ın İspanya'daki varlıklarını kaybetmesi ve Şirkete Kanada'da kayyum atanmış olması ticari olarak Şirketin varlığının sona erdiği anlamına gelebilir. Ancak,

---

<sup>73</sup> ICJ Reports, 1970, s. 38-39, parag. no. 56. Gündüz, s. 577. Nelson, s. 956.

<sup>74</sup> ICJ Reports, 1970, s. 40, parag. no. 64. Pazarıcı, s. 427. Gündüz, s. 577. Ali İbrahim Akkutatay, s. 60.

<sup>75</sup> ICJ Reports, 1970, s. 41, parag. no. 66.

hukuki açıdan aynı sonuca varmak mümkün değildir<sup>76</sup>. Konuya hukuki açıdan bakıldığında Şirkete kayyum atanmış olması Şirketin tüzel kişiliğinin sona erdiği anlamına gelmemektedir. Şirketin tüzel kişiliğinin son bulması için Şirketin tasfiye edilmesi gerekir<sup>77</sup>. Ayrıca *Barcelona Traction*'a Kanada'da bir yönetici de atanmıştır. Divan nazarında şirkete yönetici atanmış olması şirketin haklarını savunacak bir mekanizma oluşturulduğu anlamına gelmektedir<sup>78</sup>.

Şu halde Divan hukuki açıdan bir şirketin tüzel kişiliğinin son bulup bulmadığının tespitinde şirketin tasfiye edilmiş olmasını temel ölçüt olarak ele almıştır<sup>79</sup>. Divan bu tespiti yaparken şirketin haklarını savunabilecek durumda olup olmadığına bakmıştır. Şirkete kayyum atanması şirketin haklarını savunmasına engel oluşturmamaktadır. Ayrıca kayyuma devredilmiş olan şirkete yönetici atanmış olması da şirketin haklarının savunulması açısından önemli bir gösterge olarak ele alınmıştır. Bu çerçevede Divan, Belçika'nın hissedarlar adına diplomatik himaye hakkını kullanabileceği istisnai durumlardan ilkinin gerçekleşmediğine karar vermiştir<sup>80</sup>.

Diğer istisnai durumun gerçekleşip gerçekleşmediği açısından da Divan, Belçika aleyhine bir sonuç ortaya koymuştur. *Barcelona Traction*'ın Kanada vatandaşlığını kabul eden Divan bundan sonra, Kanada'nın İspanya'ya karşı 1948 yılından 1955 yılına kadar *Barcelona Traction* hakkında birçok kez diplomatik girişimde bulunduğu ve bu çerçevede diplomatik himaye sağladığını tespit etmiştir<sup>81</sup>. Kanada hükümeti tarafından *Barcelona Traction*'ın diplomatik himayesine ilişkin girişimlerin belli bir zamandan sonra durduğunu da tespit eden Divan, bu durumun tamamen Kanada'nın inisiyatifiyle gerçekleştiği sonucuna varmış<sup>82</sup> ve Kanada'nın diplomatik himaye girişimlerini durdurmasına rağmen hukuken bu hakkını kullanabilir durumda olduğundan dolayı diplomatik himaye hakkını kullanabilme yeteneğini kaybetmediğine hükmetmiştir<sup>83</sup>. Kanada'nın diplomatik himaye

<sup>76</sup> ICJ Reports, 1970, s. 40-41, parag. no. 65-66. Gündüz, s. 577.

<sup>77</sup> ICJ Reports, 1970, s. 41, parag. no. 67. Gündüz, s. 577. Aynı yönde bkz. Bilge, s. 103.

<sup>78</sup> ICJ Reports, 1970, s. 41, parag. no. 68.

<sup>79</sup> Divan bu sonuca vararak, bir şirketin tasfiye edilmesi durumunda hissedarların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkının varlığını kabul etmiştir. Dumberry, s. 359. Tams / Tzanakopoulos, s. 787.

<sup>80</sup> Gündüz, s. 577.

<sup>81</sup> ICJ Reports, 1970, s. 43-44, parag. no. 76-77. Gündüz, s. 579.

<sup>82</sup> Divan bu sonuca vararak, bir şirketin vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkını kullanamaması durumunda, o şirketin hissedarlarının vatandaşı bulunduğu devletin böyle bir hakka sahip olacağını kabul etmiştir. Pazarıcı, s. 427. Tams / Tzanakopoulos, s. 787.

<sup>83</sup> ICJ Reports, 1970, s. 44, parag. no. 77. Gündüz, s. 579.

hakkını kullanması hukuken mümkün olduğu için hissedarlar adına bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkının varlığı da kabul edilmemiştir.

Bu kararı ile Divan, diplomatik himaye hakkını devletin sahip olduğu bir hak olarak görmüş ve klasik anlayışı benimsemiştir<sup>84</sup>. Buna yönelik gerekçelere de Kararda yer verilmiştir. Bu çerçevede Divana göre, diplomatik himaye sağlama konusunda devletin himayeyi ne dereceye kadar sağlayacağı, diplomatik himayeyi vatandaşın talep etme hakkının bulunup bulunmadığı ve bunun sınırlarının belirlenmesi iç hukukun alanına girmektedir<sup>85</sup>. İç hukukun vatandaşına diplomatik himaye sağlamaması uluslararası hukuk açısından etkileyici bir sonuç ortaya çıkarmaz<sup>86</sup>. Dolayısıyla *Barcelona Traction* adına Kanada, iç hukuku çerçevesinde diplomatik himaye sağlamasa bile bu husus Kanada'nın bu yetenekten yoksun olduğu anlamına gelmez.

Divan'ın bu yaklaşımı eleştiriye açıktır. Her ne kadar Kanada'nın hukuken *Barcelona Traction* hakkında diplomatik himaye sağlama hakkı devam etmekteyse de fiiliyatta Kanada'nın *Barcelona Traction* hakkında diplomatik himaye sağlamamasının Şirket hissedarları adına hukuksal bir talep hakkı doğurabilmesi gerekir. Diplomatik himaye hakkının klasik anlayışın sonucu olarak sadece devlete ait bir hak olarak kabul edilmesi de insan haklarının günümüz açısından gösterdiği gelişime uygun düşmemektedir<sup>87</sup>. Aşağıda ayrıca ele alınacağı üzere Kanada'nın fiili olarak *Barcelona Traction* hakkında diplomatik himaye sağlamaması, hakkaniyet ilkesinin gereği olarak da Şirket hissedarları adına diplomatik himayeyi gündeme getirebilmelidir.

Sonuç olarak Uluslararası Adalet Divanı, *Barcelona Traction* Davası'nın ikinci aşamasında, İspanya'da faaliyet gösteren *Barcelona Traction*'a karşı alınan tedbirler yönünden Belçika'nın iddiasını 15 oya karşı 1 oyla reddetmiştir. Divanın temel gerekçesi yukarıda da ifade edildiği gibi esasen bir Kanada şirketi olan *Barcelona Traction*'ın hissedarlarına diplomatik himaye sağlanabilmesi açısından Belçika'nın *dava yetkisine (jus standi)* sahip olmadığı yönündedir<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> Göçer, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı, s. 225. Pazarıcı, s. 429.

<sup>85</sup> ICJ Reports, 1970, s. 44, parag. no. 78. Gündüz, s. 579.

<sup>86</sup> ICJ Reports, 1970, s. 44, parag. no. 78. Gündüz, s. 579.

<sup>87</sup> Ali İbrahim Akkutay, s. 3.

<sup>88</sup> Kemal Başlar, "Uluslararası Hukukta Erga Omnes Kavramı", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Yıl: 22, Sayı:2, 2002, s. 88.

Diplomatik Himayeye İlişkin Taslak Metin’de, şirket hissedarlarının, şirket tüzel kişiliğinden ayrı olarak korunmasına yönelik özel hükümlere yer verilmiştir. Taslak metnin 11. maddesine göre, kural olarak yabancı bir şirkete karşı yapılan uluslararası bir haksız fiilden dolayı şirket hissedarları adına bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkı bulunmamaktadır. Ancak istisnai olarak, haksız fiille ilgili olmayan bir nedenden dolayı şirketin, kurulduğu devlet hukukuna göre hukuksal varlığının son bulması veya şirketin, haksız fiilin meydana geldiği tarihte hissedarlara verilen zarardan sorumlu olduğu iddia edilen devletin vatandaşlığına sahip olması durumunda, şirket hissedarları adına bunların vatandaşlığında bulunduğu devlet, diplomatik himaye hakkına sahip olabilecektir. Yalnız bu son halde ayrıca, şirketin söz konusu ülkede ticari faaliyette bulunabilmesi için ön koşul olarak o ülke kanunlarına göre kurulması gerekir. Taslak metnin 12. maddesine göre ise uluslararası haksız fiil, şirketten ayrı olarak doğrudan şirket hissedarlarının zarar görmesine neden olmuşsa bu durumda da hissedarlar adına bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkı bulunacaktır. Taslak metnin anılan düzenlemeleri, büyük ölçüde Uluslararası Adalet Divanı’nın *Barcelona Traction* kararında ortaya koyduğu görüşü yansıtmaktadır.

Şirket hissedarlarının, şirketin bulunduğu devletin şirkete karşı olan haksız fiilinden dolayı doğrudan zarar görmesi durumunda bunlar adına vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye sağlayabileceğine yönelik görüş, *Diallo* Kararında da etkin olmuştur. Divan bu kararında, devletin, bir yabancıнын genel kurul toplantılarına katılma ve oy kullanma gibi haklarını engellemesi halinde hissedarın vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkının olacağını kabul etmiştir<sup>89</sup>. Divanın bu yaklaşımı, hissedarların uluslararası bir haksız fiilden dolayı doğrudan zarar görmeleri halinde bunların haklarının uluslararası alanda yeterli düzeyde korunabilmesi açısından yerinde olmuştur.

### **3. Hakkaniyet İlkesinin Diplomatik Himaye Hakkı Doğurabilme Ölçütü**

*Hakkaniyet (equity)*, genel ve soyut nitelikli hukuk kurallarının somut olaylara sert bir şekilde uygulanmasının ortaya çıkaracağı adaletsiz durumları önlemek amacıyla hakime kuralların uygulanmasında takdir yetkisi tanıyan bir ilke olarak birçok hukuk sisteminde kabul edilmiştir.

---

<sup>89</sup> ICJ Reports, 30 November 2010, s. 680, parag. 120.

Uluslararası hukukun da başvurduğu ilkelerden birisi olarak hakkaniyetin uluslararası hukuktaki gelişimi gün geçtikçe önemi artan bir seyir izlemiştir<sup>90</sup>. Uluslararası hukukta *hakkaniyet* kavramının kullanımını bazen devletlerin uygulamasında, bazen de uluslararası yargı kararlarında görmekteyiz<sup>91</sup>. Kavramın tam olarak neyi ifade ettiği ve uluslararası hukuktaki rolünün etkinliği tartışmalıdır<sup>92</sup>. Tartışmanın esasını hakim veya hakemin hangi durumlarda hakkaniyete göre karar verebileceğinin belirlenmesine yönelik farklı düşünceler oluşturmaktadır. Hakkaniyetin genel kabul gören anlamı, hukuk kurallarının somut uyuşmazlıklara uygulanmasında adaletin tam olarak gerçekleştirilebilmesi için yine hukuk içerisinde hakime takdir yetkisi bırakılan alanlarda hakimin bu yetkiyi somut olayın özelliklerine göre adil bir şekilde uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>93</sup>. Yani bu anlamda hakkaniyet, hukuk kurallarının bir tarafa bırakılarak hakimin hakkaniyet ilkesine göre karar vermesi anlamına gelmemektedir. Bu anlamda hakkaniyet, hukuk kuralları içerisinde hakime takdir yetkisi bırakılan alanlarda kendisine başvurulmuş bir ilke olarak ortaya çıkmaktadır. İkinci anlamda hakkaniyet ise uyuşmazlığın taraflarının hakkaniyete göre karar vermesi konusunda hakimi veya hakemi yetkilendirmeleri bahsinde gündeme gelmektedir. Bu anlamda hakkaniyet ise ilk anlamından farklıdır. Taraflar açısından hakkaniyet ilkesine göre karar verme konusunda hakim veya hakem özel olarak yetkilendirildiği için artık hakim veya hakemin hukuk kurallarının içinde veya dışında somut olayın özelliklerine göre adil bir karar ortaya koyması beklenmektedir. Bu anlamda hakkaniyet ilkesine göre hakim veya hakem, hukuk kurallarına bağlı kalarak karar vermek zorunda değildir. PAZARCI da hakkaniyet ilkesi açısından böyle bir ayırım ortaya koymuştur<sup>94</sup>. Aslında uluslararası hukukta karşımıza çıkan bu ayırımın uluslararası pozitif hukuk içerisinde karşılığı da bulunmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde, tarafların görüş birliğine varmaları halinde Uluslararası Adalet

---

<sup>90</sup> Fevzi Topsoy, "Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasında 'Hakkaniyet İlkesi' ve Dağıtıcı Adaletin Sağlanmasındaki Rolü", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, <http://www.anadolu.edu.tr/sites/default/files/files/17.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.02.2015), s. 200-201.

<sup>91</sup> Bkz. Topsoy, s. 191-203.

<sup>92</sup> Hugh Thirlway, "The Sources of International Law", Editör: Malcolm D. Evans, *International Law*, First Edition, Oxford University Press, 2003, s. 140.

<sup>93</sup> Seyfullah Edis, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 30, Sayı: 1-4, Ankara, 1973, s. 190.

<sup>94</sup> Pazarıcı, s. 286. Türk iç hukuku açısından hakkaniyet ilkesinin birinci anlamda kabul edildiği hakkında bkz. Edis, s. 193. Gülriz Özkök, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 2, 2002, s. 15.

Divanı'nın hakkaniyete (*ex aequo et bono*) uygun olarak karar verebileceği öngörülmüştür<sup>95</sup>. Dikkat edilirse maddede, Divanın hakkaniyete uygun olarak karar verebilmesi için tarafların görüş birliğine varmaları şart koşulmuş ve bu durumda hakkaniyet uluslararası hukukun diğer kaynaklarından ayrı bir hukuk kaynağı olarak öngörülmüştür<sup>96</sup>. Tarafların görüş birliğine varmaması durumunda Divan'ın hakkaniyete göre karar vermesi mümkün değildir. Andlaşmada yer alan bu hüküm hakkaniyete göre karar vermenin bağımlı bir yetki olduğunu göstermektedir. Diğer taraftan, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde yer alan bu hüküm yanında hakkaniyetin birinci anlamda uluslararası hukukta uygulanabilirliği hem doktrinde genel olarak kabul görmekte<sup>97</sup>, hem de Divanın kararlarında gerekçe olarak bu ilkeye sıkça rastlanılmaktadır<sup>98</sup>. İşte bu kararlardan birisini de *Barcelona Traction* Kararı oluşturmaktadır. Bu Kararında Divan, hakkaniyet ilkesini birinci anlamda ele almış ve genel ve soyut nitelikteki uluslararası hukuk kurallarının somut uyuşmazlığın çözümü açısından sert bir şekilde uygulanmasının adil bir sonuç ortaya çıkarıp çıkarmayacağını değerlendirmiştir. Bu çerçevede hakkaniyet ilkesi *Barcelona Traction* Davası'nda Belçika hükümetinin iddialarının kabulü açısından ileri sürülmüştür. Daha önce ifade edildiği gibi uluslararası hukukun bugün geldiği aşamada şirket hissedarları adına vatandaşlığında buldukları devletin diplomatik himaye hakkı olduğu yönünde bir uluslararası hukuk kuralı esasen bulunmamaktadır. İstisnaen hakkaniyetin gerektirmesi durumunda ya da şirketin tasfiyesi halinde hissedarlar adına vatandaşlığında buldukları devletin diplomatik himaye hakkı kabul edilmektedir<sup>99</sup>.

Divan, *Barcelona Traction* Davası'nda hakkaniyet ilkesinin Belçika hükümetine hissedarları adına ileri sürebileceği bir hak verip veremeyeceği konusunu tartışmıştır. Kural olarak Divan hakkaniyet ilkesinin, şirket hissedarları adına bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkını doğurabileceğini kabul etmiştir<sup>100</sup>. Ancak bu tür durumları oldukça sınırlandırmıştır. Divana göre hakkaniyet ilkesinin gereği olarak

<sup>95</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: “*This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto.*”

<sup>96</sup> Thirlway, s. 140-141. Pazarıcı, s. 463.

<sup>97</sup> Pazarıcı, s. 286.

<sup>98</sup> Aynı yönde bkz. Topsoy, s. 197.

<sup>99</sup> Bilge, s. 103. Akehurst, s. 100-101. Harris, s. 644. Robert McCorquodale, Martin Dixon, **Cases and Materials on International Law**, Fourth Edition, Oxford University Press, 2003, s. 428. Brownlie, s. 477-481.

<sup>100</sup> ICJ Reports, 1970, s. 48, parag. no. 92.

şirket hissedarları adına bu hissedarların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye hakkı ancak bu hakkın kullanılacağı devletin şirketin vatandaşlığında bulunduğu devlet olması halinde mümkündür<sup>101</sup>. Bir diğer deyişle hissedarların vatandaşlığında bulunduğu devletin şirketin vatandaşlığında bulunduğu devlete karşı hissedarlar adına diplomatik himaye girişiminde bulunması hakkaniyet gereğidir<sup>102</sup>. Ancak Divan somut uyuşmazlık açısından böyle bir durumun ortaya çıkmadığını tespit etmiştir<sup>103</sup>. *Barcelona Traction*'ın vatandaşlığında bulunduğu devlet İspanya değil, Kanada'dır. Bu nedenle Belçika'nın, vatandaşlığında bulunan hissedarları adına hakkaniyetin gereği olarak İspanya'ya karşı diplomatik himaye girişiminde bulunması mümkün değildir. Yukarıda da incelendiği üzere şirketin tüzel kişiliğinin son bulması veya şirket adına vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye sağlama yeteneğinden yoksun olması durumları da hakkaniyet ilkesi çerçevesinde hissedarların ulusal devletine diplomatik himaye hakkı veren istisnai durumlar olarak ele alınabilir.

Divan, şirket hissedarları adına hakkaniyet ilkesinin gereği olarak diplomatik himaye hakkını reddederken bu kararını destekleyici nitelikte bazı gerekçeler de ortaya koymuştur. Divana göre hakkaniyet ilkesinin gereği olarak hissedarlar adına diplomatik himaye hakkının kabulü farklı devletler tarafından yarışan iddiaların ortaya çıkmasına neden olur<sup>104</sup>. Belçika hükümetinin, *Barcelona Traction*'ın hisselerinin % 88 gibi büyük bir çoğunluğunun Belçika vatandaşlığında olduğunu belirterek bu durumu hissedarlar üzerinde bir hakkının olduğu görüşüne gerekçe olarak ileri sürmesi<sup>105</sup> de sonucu değiştirmez. Aksi takdirde sadece bir hisseye sahip olan kişinin vatandaşlığında bulunduğu devletin de diplomatik himaye hakkının varlığının kabul edilmesi gerekecektir<sup>106</sup>. Bu sonucun ise uluslararası ekonomik ilişkilerde güvensiz ve karmaşık bir ortam yaratacağı kaçınılmazdır<sup>107</sup>. Bu nedenle Divan, şirketin

---

<sup>101</sup> ICJ Reports, 1970, s. 48, parag. no. 92. Gündüz, s. 580. Caffisch, s. 195.

<sup>102</sup> Böylece Divan, bir devletin vatandaşlığında bulunan şirket hissedarları adına, söz konusu şirketin vatandaşlığında bulunduğu diğer bir devlete karşı diplomatik himaye hakkının bulunduğunu kabul etmiştir. Brownlie, s. 480-481. Divan aynı sonuca *ELSI* Davasında da ulaşmıştır. Ali İbrahim Akkutay, s. 67. *ELSI* Davası için bkz. *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgment of 20 July 1989, <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.07.2015).

<sup>103</sup> ICJ Reports, 1970, s. 48, parag. no. 92. Gündüz, s. 580.

<sup>104</sup> ICJ Reports, 1970, s. 49, parag. no. 96. Gündüz, s. 581. Ali İbrahim Akkutay, s. 59.

<sup>105</sup> ICJ Reports, 1970, s. 48-49, parag. no. 95.

<sup>106</sup> Gündüz, s. 580.

<sup>107</sup> Gündüz, s. 581.



vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye sağlama yeteneği bulunduğu müddetçe hakkaniyet gerekçesiyle de olsa Belçika hükümetinin dava yetkisinin bulunduğu kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>108</sup>.

Diğer taraftan Divan, diplomatik himaye konusunda yarışan iddiaların bulunmasının neden olabileceği sorunları ortaya koyarken uluslararası kuruluşlarda memur olarak çalışan görevliler adına hem bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin hem de söz konusu uluslararası kuruluşun diplomatik himaye hakkının bulunabileceğine de açıklık getirmiş ve bu hususu yarışan iddialar açısından ortaya koyduğu kuralın istisnası olarak değerlendirmiştir<sup>109</sup>. Aradaki farkın ortaya konulması açısından Divan, bu gibi durumlarda diplomatik himaye isteyen devlet sayısının hem az hem de bunların kimliğinin belirlenmesinin kolay olacağını belirtmiş ve bu iki durum arasında bir benzerlik kurulamayacağı sonucuna varmıştır<sup>110</sup>.

Böylece sonuç olarak Divan, hakkaniyet ilkesi açısından da Belçika'nın dava yetkisine sahip olmadığı sonucuna varmıştır<sup>111</sup>.

*Barcelona Traction* Kararı, hakkaniyet ilkesi ekseninde Belçika'ya, vatandaşlığında bulunduğu hissedarlar adına diplomatik himaye hakkı vermemesi yönüyle eleştirilebilir. Belçika vatandaşlarının *Barcelona Traction*'ın hisselerinin % 88 gibi büyük bir çoğunluğuna sahip olması, hissedarlar adına Belçika'nın diplomatik himaye hakkını ileri sürmesinde hakkaniyetin gereği olarak bir ölçüt oluşturabilir ve kabul görebilirdi. Çünkü % 88 gibi bir çoğunluğu ve Kanada'nın *Barcelona Traction* adına fiili olarak diplomatik himaye girişimlerini durdurduğunu göz önünde bulundurduğumuzda, hakkaniyetin gereği olarak bu çoğunluk adına Belçika'nın dava yetkisi kabul edilebilir görünmektedir. Burada belki böylesine yüksek bir çoğunluğa sahip olmayan hissedarlar açısından net ve adil bir ölçüt ortaya koymanın mümkün olmadığı ileri sürülebilir. Ancak esasen böylesine

<sup>108</sup> ICJ Reports, 1970, s. 48, parag. no. 92-96.

<sup>109</sup> ICJ Reports, 1970, s. 38, 50, parag. no. 53, 98. Gündüz, s. 577.

<sup>110</sup> ICJ Reports, 1970, s. 50, parag. no. 98. Gündüz, s. 581-582.

<sup>111</sup> Gündüz, s. 582. Slomanson, *Barcelona Traction* Kararı'nı, yargısal ya da diplomatik görüşmeler açısından çok uluslu bir şirket adına hangi devletin diplomatik himaye hakkına sahip olacağını gösteren genel bir kuralın bulunup bulunmadığı ve varsa bunun hangi kural olduğu, şirket adına diplomatik himaye hakkının bir başka devlet tarafından ileri sürülmesine imkan veren istisnai bir kuralın bulunup bulunmadığı, hissedarlar adına hissedarların vatandaşlığında bulunduğu devletin böyle bir hakka sahip olup olmadığı ve bizzat hissedarların birey olarak bir hakka sahip olup olmadığı sorularını sorarak konuyu ele almaktadır. William R. Slomanson, **Fundamental Perspectives on International Law**, Fifth Edition, Thomson Wadsworth, 2007, s. 219.

bir çoğunluk olmasa bile Kanada'nın fiili olarak *Barcelona Traction* adına diplomatik himaye girişimlerini durdurmuş olması karşısında hissedarların tamamı açısından ulusal devletlerinin diplomatik himaye hakkının ortaya çıkmasının hakkaniyet ilkesinin gereği olduğunu düşünmekteyiz.

#### **4. Uluslararası Yatırım Hukuku Açısından Şirket Hissedarları Adına Diplomatik Himaye Hakkı**

*Barcelona Traction* Kararı, gerçek ve tüzel kişiler açısından diplomatik himayenin uygulanmasında gereksiz bir farklılık yarattığı, yabancı yatırımların korunması açısından yeterli güvenceyi sağlamadığı ve şirket hissedarlarına bireysel başvuru imkanı tanımadığı gibi gerekçelerle eleştirilmiştir<sup>112</sup>. Bu eleştirilerin temel dayanak noktalarından birini, 20. yüzyılın ikinci yarısında kendini gösteren ve her geçen gün etkinliği artan insan haklarının güvence altına alınması ve korunması açısından uluslararası hukukta bireyin de suje olarak kabul edilmesine yönelik yaklaşımların<sup>113</sup> göz ardı edilmiş olması oluşturmaktadır. Bu yaklaşıma göre, geleneksel diplomatik himaye kuralları bireyi bir uluslararası hukuk sujesi kabul etmeyerek, yani bizzat bireyin (hissedarın) kendisine uluslararası hukukta ileri sürebileceği bir hak vermeyerek, devletin diplomatik himaye uygulamayı reddetmesi veya devletin diplomatik himaye hakkının bulunmaması veya vatansızlık gibi durumlarda insan haklarının korunması açısından yetersiz kalmaktadır<sup>114</sup>.

Eleştirilerin bir diğer dayanak noktasını ise ekonomik gerekçeler oluşturmaktadır<sup>115</sup>. Her geçen gün değişen ve gelişen ekonomik gerekçeler ileri sürülerek bireysel yatırımcıların doğrudan kendi adlarına yabancı bir devlete karşı ileri sürebilecekleri bir hakka sahip olmaları gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Hatta şirketlerin ve hissedarlarının uluslararası yatırımlarından kaynaklanan uyuşmazlıkları uluslararası tahkime götürebilmelerine yönelik olarak uluslararası bir teamül kuralının oluştuğu yönünde görüşler de ileri sürülmektedir<sup>116</sup>. Ancak bu tür görüşlerin, şirketlerin ve hissedarlarının

---

<sup>112</sup> McCorquodale ve Dixon, s. 428. Francisco Orrego Vicuna, "Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement", <http://www.arbitration-icca.org/>, (Erişim Tarihi: 11.01.2015), s. 2. Nelson, s. 959.

<sup>113</sup> Aybay, s. 28. Bu trend kimi yazarlarca uluslararası hukukun kat ettiği önemli bir aşama olarak gösterilmiştir. Malcolm N. Shaw, **International Law**, Fifth Edition, Oxford University Press, 2003, s. 232.

<sup>114</sup> Nicolas Politis, (Çev. İlhan Lütem), "Devletlerarası Nizamda Ferdin Mevkii", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1946, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 199-213.

<sup>115</sup> Vicuna, s. 19.

<sup>116</sup> Bu yöndeki görüşlerin açıklandığı bir çalışma için bkz. Dumberry, s. 361-365.

uluslararası hukuk süjesi olarak kabul edilebilmelerine yönelik genel bir uluslararası hukuk kuralının var olmaması ve devletin rızası aleyhine onun hakkında uluslararası yargı mercilerine başvurulamayacağına yönelik uluslararası hukuk ilkeleri karşısında uygulanabilirliği bulunmamaktadır<sup>117</sup>.

Diğer taraftan, yabancı yatırımların teşviki ve korunması amacıyla devletler zaten bazı önlemleri almaktadır. Yabancı yatırımların teşvik ve korunması amacıyla devletler iç hukuklarında düzenlemeler yapmakta ve diğer devletler ile uluslararası anlaşmalar imzalamaktadır. Yapılan iki veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında, yatırım yapan şirket ve şirket hissedarları adına devletin diplomatik himaye sağlayabileceğine yönelik hükümler konulduğu gibi şirketlerin ve şirket hissedarlarının da yatırım yaptıkları devlet tarafından verilen zararlardan dolayı bu devlete karşı doğrudan uluslararası hakeme gidebilmelerine olanak sağlayan hükümlere yer verilebilmektedir<sup>118</sup>. 1966 yılında, devletler ile diğer devletlerin vatandaşları arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Dünya Bankası tarafından, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Hakkında Sözleşme (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States) yürürlüğe konulmuştur<sup>119</sup>. Bu sözleşme ile uyuşmazlıkların çözümü için Dünya Bankası bünyesinde bir merkez de oluşturulmuştur (Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi - International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID)<sup>120</sup>.

Uluslararası Adalet Divanı'na göre, yabancı yatırımların korunmasına yönelik olarak iki taraflı veya çok taraflı anlaşmalar yürürlüğe konulmuş olabilir. Hatta bunların şirketlerle devletler arasında yapılması da mümkündür. Bu anlaşma veya sözleşmeler çerçevesinde şirketlerin veya şirket hissedarlarının diplomatik himayesine ilişkin özel düzenlemeler getirilebilir<sup>121</sup>. Böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan uyuşmazlıklara söz konusu anlaşma veya sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekir. Ancak bu tür bir anlaşma veya sözleşmenin bulunmaması durumunda uluslararası

---

<sup>117</sup> Aynı yönde bkz. Dumberry, s. 365.

<sup>118</sup> Dumberry, s. 354, 369. Pazarcı, s. 339. Olcay Işık, "Uluslararası Hukukta Yatırım Kavramı: Anlaşmalar Temelinde Bir Değerlendirme", **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt 7, Sayı 28, 2011, s. 130. Nelson, s. 962.

<sup>119</sup> Işık, s. 137. Süleyman Dost, **Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve Icsid Tahkimi**, Asil Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Ankara, 2006, s. 122-123.

<sup>120</sup> Akehurst, s. 97-98. Pazarcı, s. 503-504. Işık, s. 137. Dost, s. 149.

<sup>121</sup> Dumberry, s. 360. Tams / Tzanakopoulos, s. 787.

hukukun genel kurallarının uygulanması söz konusu olacaktır. Divana göre, *Barcelona Traction*'ın İspanya'da yürüttüğü ticari faaliyete ilişkin olarak taraflar arasında yürürlüğe konulmuş bir uluslararası andlaşma veya sözleşme bulunmamaktadır<sup>122</sup>. Bu nedenle Divanın önündeki uyuşmazlık açısından yabancı yatırımların korunmasına ilişkin olarak herhangi bir uluslararası andlaşma veya sözleşmeye başvurulmamıştır.

*Barcelona Traction* Kararı'nı yabancı yatırımların korunması açısından değerlendirdiğimiz zaman şüphesiz olumlu bir sonuç ortaya koymak mümkün değildir<sup>123</sup>. Günümüzde uluslararası yatırım şirketlerinin çok uluslu yapısını ve ulaştıkları devasa büyüklükleri düşündüğümüz zaman bu şirketlerin ve şirket hissedarlarının korunmasına yönelik hukuksal kuralların da bir gelişim göstermesi gerekir. Özellikle insan hakları alanındaki gelişim, şirket hissedarlarının haklarının korunmasına yönelik çabaları güçlendirmelidir. Her ne kadar bu alanda yapılan iki veya çok taraflı yatırım andlaşmalarının yabancı sermayeyi korumaya yönelik hukuksal bir araç olarak kullanılması mümkünse de bu tür andlaşma veya sözleşmelerin bulunmadığı durumda uluslararası hukukun, şirket hissedarlarını bu alanda korumasız bırakmaması gerektiği kanaatindeyiz.

### **III. ERGA OMNES YÜKÜMLÜLÜKLER**

Diplomatik himaye, vatandaşına bir başka devlet tarafından haksızlık yapılan devlete, haksızlık yapan devlete karşı vatandaşı adına girişimde bulunma hakkı veren bir uluslararası hukuk kuralıdır. Bu nedenle klasik anlayışa göre, diplomatik himaye sadece vatandaşına haksızlık yapılan devlete hak verir ve bu haktan kaynaklanan yükümlülükler sadece diğer devletin yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülüklerdir.

Bu yükümlülükler dışında bazı yükümlülükler daha ileri sürülmüştür ki bunlar tüm uluslararası topluma karşı yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerdir ve bu yükümlülüklere uyulmaması bütün devletlerin hakkını ihlal eder<sup>124</sup>. Bu yükümlülükler *Barcelona Traction* Davası'nda *erga omnes* olarak ifade edilmiş ve diplomatik himaye gerektiren yükümlülüklerden

---

<sup>122</sup> ICJ Reports, 1970, s. 47, parag. no. 90.

<sup>123</sup> Bununla birlikte *Barcelona Traction* Davası, yabancı yatırım andlaşmalarının gelişmesine neden olmuş ve bu alanda öncülük etmiştir. Nelson, s. 941, 962.

<sup>124</sup> *Erga omnes* yükümlülükler uluslararası bir andlaşma ile düzenlenmiş değildir. *Erga omnes* konsepti, *Barcelona Traction* Davası ile gelişim göstermiştir. Ancak, Divanın kararı *erga omnes* üzerine kurulu bir karar değildir. Başlar, s. 88 ve 92. Tams / Tzanakopoulos, s. 782.

farklı oldukları vurgulanmıştır<sup>125</sup>. Divana göre örneğin, soykırım ve saldırının yasaklanması gibi çağdaş uluslararası hukuk kuralları<sup>126</sup> ile kölelik ve ırkçılığın yasaklanması gibi temel insan hakları ile ilgili ilke ve kurallar *erga omnes* yükümlülük doğurur<sup>127</sup>. Diplomatik himaye gerektiren yükümlülükler ise her devlet açısından uyulması gereken yükümlülükler değildir. Bu yükümlülükler, yabancıнын vatandaşı olduğu devlete karşı yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerdir<sup>128</sup>.

Doktrinde, bazı uluslararası andlaşmaların<sup>129</sup> ve mahkeme kararlarının<sup>130</sup> tarafları dışında üçüncü kişiler açısından da etki doğurabilmesi tartışmaları söz konusu olduğunda kendisine başvuru *erga omnes*, *Barcelona Traction Davası*'nda farklı bir konseptte ele alınmış ve kendisine önem atfedilmiştir<sup>131</sup>. Divan *erga omnes* kavramını, bazı uluslararası hukuk kurallarına uluslararası toplumun tamamının uyma yükümlülüğü olarak ifade etmekle birlikte hangi uluslararası hukuk kurallarının *erga omnes* hukuksal etki doğuracağı

<sup>125</sup> ICJ Reports, 1970, s. 32, parag. no. 33, 35. Gündüz, s. 574. Ali İbrahim Akkutay, s. 130.

<sup>126</sup> *Case Concerning Application of The Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, s. 616, parag. 31, <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.07.2015).

<sup>127</sup> ICJ Reports, 1970, s. 32, parag. no. 34. Gündüz, s. 574. Karl Zemanek, "New Trends in the Enforcement of Erga Omnes Obligations", in. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Ed. Jochen A. Frowein, Rüdiger Wolfrum, Vol. 4, 2000, s. 25. Divana göre, self-determinasyon hakkı da *erga omnes* yükümlülük doğuran bir uluslararası hukuk kuralıdır. Bkz. *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment of 30 June 1995, s. 102, parag. 29, <http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6949.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.07.2015).

<sup>128</sup> ICJ Reports, 1970, s. 32, parag. no. 35. Gündüz, s. 575.

<sup>129</sup> Tams / Tzanakopoulos, s. 791. PAZARCI,

"i) bir devletin siyasal statüsü; ii) bir devletin ülkesinin tümünün ya da bir bölümünün silahsızlandırılması, askerden arındırılması gibi konularda ülkesel statüsü; iii) uluslararası önemde deniz ya da akarsu yollarının statüsü; iv) kimi uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliği"

ne ilişkin andlaşmaları *erga omnes* nitelikte andlaşma olarak nitelendirmekte ve uluslararası hukukta bu tür andlaşmaların, andlaşmanın tarafları dışında kalan üçüncü kişiler açısından da bağlayıcı olduğuna yönelik genel bir kabulün bulunmadığını belirtmektedir. Pazarci, s. 90-91.

<sup>130</sup> Başlar, s. 80. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 59. maddesi şu şekildedir: "The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case." Bkz. <http://www.icj-cij.org/documents/?p1=4&p2=2>, (Erişim Tarihi: 03.07.2015). Bu çerçevede Uluslararası Adalet Divanı kararlarının sadece davanın tarafları açısından bağlayıcı olduğunu söyleyebiliriz. Aynı yönde bkz. Pazarci, s. 134-135.

<sup>131</sup> Erika De Wet, "Jus Cogens and Obligations Erga Omnes", Dinah Shelton (Ed.), **The Oxford Handbook on Human Rights**, January 15, 2013, s. 553, <http://ssrn.com/abstract=2279563>, (Erişim Tarihi: 9.1.2015).

konusunda herhangi bir ölçüt ortaya koymamıştır<sup>132</sup>. Ancak, soykırım, kölelik, ırkçılık ve saldırının yasaklanması gibi bazı uluslararası hukuk kurallarının *erga omnes* nitelikte olduğu kabul edilerek aslında dolaylı olarak uluslararası hukukun genel ilkesi niteliği taşıyan ve temel insan haklarının korunmasını amaçlayan kural ve ilkelere *erga omnes* nitelik atfedilmiş ve bir ölçüt çizilmiştir. Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar Divanın bu yaklaşımının belirsizlik oluşturduğunu ileri sürmüştür<sup>133</sup>. *Erga omnes* üzerinde ortaya çıkabilecek bu belirsizlikleri BAŞLAR bir örnekle şu şekilde açıklamaktadır<sup>134</sup>:

“Örneğin, OPEC ülkelerinin bir karar alıp ABD ve AB ülkelerine petrol yasağı koyduğunu farz edelim. Bu durumda batı şu argümanı kullanacaktır. “Petrol insanlığın yaşamını sürdürmek için o kadar önemli bir kaynaktır ki, bu bir çeşit “enerji hakkı” gibi görülebilir. Bu hak ise yaşam hakkının en önemli tamamlayıcısıdır. Batı’ya petrol satmayarak milyonlarca insanın yaşam hakkını ve kalitesini düşürecek derecede bir yükümlülüğü yerine getirmeyen devletler *erga omnes* yükümlülüklerine aykırı davranmaktadırlar. Bu durumda Batı’nın kendi insanların temel insan hakkını korumak için “insani müdahale”de bulunarak petrol kaynaklarını kontrolü altına alması Birleşmiş Milletler Şartının 2. maddesinde yer alan müdahale etmeme ilkesine aykırılık teşkil etmez.” ”

Ayrıca yazar Divanın, kararında, *erga omnes* yükümlüklerin ne gibi sonuçlar doğuracağı hakkında bir açıklama yapmadığını da ileri sürmüştür<sup>135</sup>. Yazarın haklı olarak belirtmiş olduğu bu belirsizliklerin ortadan kaldırılması amacıyla doktrinde *erga omnes* genellikle, emredici hukuk kuralları (*jus cogens*) ile birlikte ele alınmış<sup>136</sup> ve açıklamalar buna göre yapılmıştır<sup>137</sup>. Bazı

---

<sup>132</sup> Başlar, s. 92.

<sup>133</sup> Ali İbrahim Akkutay, s. 130. Tams, s. 4, 306.

<sup>134</sup> Başlar, s. 105.

<sup>135</sup> Başlar, s. 92. Bununla birlikte yazar, *erga omnes* düşüncesine karşı çıkmamakta, tam aksine *erga omnes* bir uluslararası hukuk müessesesi olarak uluslararası hukukun anayasal gelişiminin önemli bir aşaması olarak görmektedir. Bkz. Başlar, s. 79.

<sup>136</sup> Tams, s. 139.

<sup>137</sup> Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 53. maddesinde yer alan,  
“Bir anlaşma yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır. Bu sözleşme bakımından milletlerarası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak Devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile

yazarlar *erga omnes* yükümlülükler ile emredici hukuk kuralları arasında yakın bir ilişki bulunduğunu ileri sürmüş ve emredici hukuk kurallarının belli uluslararası suçların hukuksal durumunu<sup>138</sup>, *erga omnes* yükümlülüklerin ise bunların doğurduğu hukuksal etkiyi ifade ettiğini belirtmiştir<sup>139</sup>. Bir diğer deyişle emredici hukuk kurallarından kaynaklanan zorunlulukların *erga omnes* nitelik taşıdığı üzerinde durulmuştur<sup>140</sup>. Bazı yazarlar *Barcelona Traction Kararı*'ni kimi emredici hukuk kurallarının varlığının kabul edildiği bir karar olarak ele almıştır<sup>141</sup>. Diğer bazı yazarlar ise uluslararası hukukta emredici hukuk kuralı olarak kabul edilen bazı kuralların aynı zamanda

*değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur."*

hükmü ve 64. maddesinde yer alan,

*"Eğer milletlerarası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir andlaşma batıl hale gelir ve sona erer."*

hükmü ile uluslararası hukukta emredici hukuk kuralları kabul edilmiştir. 53. ve 64. madde çevirisi şu adresten alınmıştır: <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Okuma/Viyana%20Andlasmalar%20Hukuku%2069.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.1.2015). Andlaşmanın orijinal metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.07.2015). Bununla birlikte bu düzenlemelerin içeriğini oluşturan kuralların neler olduğu konusunda tartışmalar sürmektedir. Lisa Yarwood, **State Accountability Under International Law Holding States Accountable For a Breach of Jus Cogens Norms**, Routledge, London and New York, 2012, s. 68-70. Kuvvet kullanma yasağı, soykırım, köle ticareti ve deniz haydutluğunun önlenmesi, insanlığa karşı suçların önlenmesi, ırkçılığın yasaklanması, işkence yasağı ve devletlerin egemen eşitliği gibi ilkelerin emredici nitelikte uluslararası hukuk kuralları olduğu doktrinde genel olarak kabul edilmektedir. Mahmut Göçer, "Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 57-2, s. 10. İrem Karakoç, "Uluslararası Hukukta Emredici Kural (Jus Cogens=Peremptory Norms) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2006, s. 90-91. Berat Lale Akkutay, "Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağımsızlığı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 113, 2014, s. 103-104. De Wet, s. 542-543. Pazarıcı, s. 81. Bir uluslararası hukuk kuralının emredici hukuk kuralı olarak kabul edilebilmesi için taşıması gereken özellikler ve uluslararası mahkemelerin emredici hukuk kurallarını kabul ettiklerine yönelik örnek kararlar hakkında ayrıca bkz. De Wet, s. 543-544. Pazarıcı, s. 81.

<sup>138</sup> Emredici hukuk kurallarının, uluslararası kamu düzeninin kaynağı olduğu hakkında bkz. Berat Lale Akkutay, s. 101. Emredici hukuk kurallarının, uluslararası toplumun temel kuralları olduğu hakkında bkz. Erdem Denk, "Uluslararası Andlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 56-2, s. 49.

<sup>139</sup> Yazara göre *erga omnes*, emredici hukuk kuralı seviyesinde kabul edilen bir uluslararası suçun sonucu olarak ortaya çıkabilir. Buna karşılık bir yükümlülüğün *erga omnes* nitelikte olduğunun kabul edilmesi onun her zaman emredici hukuk kuralı olarak kabul edilmesinin bir nedeni olamaz. M. Cherif Bassiouni, "International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes", **59 Law and Contemporary Problems**, Autumn 1996, s. 63. Aynı sonucu öngören yaklaşımlar için bkz. Berat Lale Akkutay, s. 102. De Wet, s. 555. Başlar, s. 80. Zemanek, s. 6.

<sup>140</sup> Gündüz, s. 34-35.

<sup>141</sup> Karakoç, s. 114-115.

*erga omnes* nitelikte olduğunun kabul edilmesinin bu nitelikteki kuralların uygulanabilirliğini güçlendiren bir yaklaşım olduğunu ifade etmiştir<sup>142</sup>.

*Erga omnes* yükümlülükler, kimi zaman uluslararası hukukun genel ilkeleri ile birlikte de ele alınmaktadır. Özellikle insan haklarının korunmasını amaçlayan uluslararası hukukun genel ilkelerinin, *erga omnes* nitelik taşıdığı daha kolay bir şekilde ileri sürülmektedir. Örneğin Uluslararası Adalet Divanı, *Diallo Davası*'nda, *erga omnes* nitelemesi yapmamasına rağmen insanlık dışı ve onur kırıcı muamelelerin yasaklanmasına ilişkin kuralların, bu kuralları bünyesine alan uluslararası andlaşmaların tarafı olmasa bile her devlet açısından bağlayıcı, uluslararası hukukun genel ilkelerinden olduğunu kabul etmiştir<sup>143</sup>. Bu çerçevede *erga omnes* yükümlülük doğrudan uluslararası hukuk kuralları ele alınırken bunların aynı zamanda uluslararası hukukun bir kaynağı olarak uluslararası hukuk genel ilkelerinden olma ihtimalinin göz önünde bulundurulması gerekir.

*Barcelona Traction* Kararı'nda esas alınan *erga omnes* gerekçesi belli bir noktada belirsiz bir nitelik taşımakla birlikte büyük ölçüde anlam, kapsam ve sonuçlarının belirli bir şekilde ortaya konulduğu kanaatindeyiz. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Divan *erga omnes* nitelikte olan bazı uluslararası hukuk kural ve ilkelerine kararında açıkça yer vermiştir. Yer verilen bu kural ve ilkelere bakıldığında gerçekten bunların emredici nitelikteki hukuk kuralları ile örtüştüğü görülmektedir. Örneğin, ırkçılığın yasaklanması emredici bir uluslararası hukuk kuralıdır ve bir devlet bu kurala aykırı davrandığı zaman aslında uluslararası toplumun tamamına karşı sorumluluk altına girer. Kendisine karşı ırkçılık uygulanan toplumun kimlik ve vatandaşlığından arı olarak herhangi bir devlet, ırkçılık uygulayan devlete karşı ırkçılığa son vermesini isteyebilir<sup>144</sup>. Hatta, Divanın yaklaşımını ele aldığımızda bu devlet ırkçılık uygulayan devlete karşı uluslararası hukukun çizdiği çerçevede diğer hukuksal imkanları kullanabilir. Divan, *erga omnes* yükümlülük doğrudan

---

<sup>142</sup> De Wet, s. 555-556.

<sup>143</sup> *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic Of The Congo)*, Judgment, ICJ Reports, 30 November 2010, s. 671, parag. 87, <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.07.2015).

<sup>144</sup> BAŞLAR, *erga omnes* yükümlülüklerin ihlali halinde devletin yerine Birleşmiş Milletler'e müdahalede bulunma ve dava açma hakkının tanınması gerektiğini ileri sürmektedir. Başlar, s. 97. Ancak, kanaatimizce uluslararası toplumun temel ögesi olan devletlere bu yetkiyi tanımamak *erga omnes* müessesesinin ortaya çıkış amacına ters düşer ve herkese karşı yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerin fiiliyatta uygulanmasını ortadan kaldırır. Birleşmiş Milletlerin bu yönde kullanacağı inisiyatifin de mevcut yapı karşısında her zaman süper güçlerin ulusal menfaatine olacağı şüphesizdir.



ırkçılığın önlenmesi kuralına bir devletin aykırı davranması durumunda diğer devletlerin bunun önlenmesine ilişkin hak ileri sürebilmesi arasında hukuksal bir bağın bulunduğunu kabul etmiştir<sup>145</sup>. Bu esas çerçevesinde örneğin, Avrupa’da, Çin’de, Orta Doğu’da, İsrail’de ve Rusya’da etnik veya dinsel ırkçılık ve ayrımcılığa maruz kalan toplumlara karşı Türk vatandaşlığında bulunsun veya bulunmasın Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin koruma sağlama, ırkçılık ve ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını talep etme ve gerektiğinde insani müdahalede bulunma<sup>146</sup> veya uluslararası mahkemelere başvurma hakkı bulunmaktadır. Nitekim, bu esastan hareketle Uluslararası Hukuk Komisyonu’nca 2001 yılında kabul edilen Uluslararası Sorumluluğa İlişkin Taslak Metnin 48. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, uluslararası toplumun geneline ilişkin bir yükümlülüğün ihlali (*the obligation breached is owed to the international community as a whole*) halinde doğrudan zarar görmese bile herhangi bir devletin zarar veren devlete karşı uluslararası sorumluluk mekanizmasını işletebileceği öngörülmüştür<sup>147</sup>.

Yukarıda BAŞLAR’ın verdiği örnek ve burada yer verdiğimiz örneği birlikte ele aldığımızda elbette *erga omnes* nitelikte kabul edilen yükümlülüklerin belirlenmesi, nitelendirilmesi, kapsam ve sonuçlarının ortaya konulması açısından her zaman geçerli olabilecek bir sonuç ortaya koymak mümkün değildir. Ancak bu esas, uluslararası ilişkilerin doğasından ve uluslararası hukukun gelişim göstermeye devam eden bir yapı oluşturmasından kaynaklanmaktadır ve uluslararası hukukun birçok alanında mevcuttur<sup>148</sup>. Bu nedenle özellikle uluslararası hukukta emredici nitelikte olduğu kabul edilen kuralların *erga omnes* yükümlülük doğurduğunun kabul edilmesi ve bu çerçevede *Barcelona Traction* Kararı’nda *erga omnes* yükümlülüklerin bir hukuksal gerekçe olarak ortaya konulması özellikle soykırım, ırkçılık, kölelik ve saldırının önlenmesi gibi zaten birçoğu uluslararası hukukun genel ilkesi niteliğinde olan ve temel insan haklarına ilişkin bulunan ilke ve kuralların daha da güçlenmesi adına olumlu bir gelişme olmuştur.

Diğer taraftan, uluslararası hukukta *erga omnes* yükümlülüklerin varlığının kabul edilmesi uluslararası hukuk kuralları arasında var olan hiyerarşi tartışmalarına yeni bir boyut kazandırmıştır. Doktrinde, uluslararası

---

<sup>145</sup> ICJ Reports, 1970, s. 32, parag. no. 33.

<sup>146</sup> Zemanek, s. 34.

<sup>147</sup> Bkz. [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf), (Erişim Tarihi: 09.07.2015).

<sup>148</sup> Pazarıcı, s. 6-9.

andlaşma, uluslararası teamül kuralı ve uluslararası hukukun genel ilkelerinin kendi arasında bir hiyerarşiye tabi olup olmadığına ilişkin birçok tartışma yapılmış ve genel olarak bunlar arasında bir hiyerarşi bulunmadığı ortaya konulmuştur<sup>149</sup>. Ancak, BM Andlaşması'nın 103. maddesinde yer alan,

*“Birleşmiş Milletler Andlaşması çerçevesinde Birleşmiş Milletler üyelerinin uymaları gereken yükümlülükler ile diğer bir uluslararası andlaşma çerçevesinde uyulması gereken yükümlülüklerin çatışması durumunda bu andlaşma hükümleri uygulanır.”*

hükümünün<sup>150</sup> sonucu olarak BM Andlaşması'nın diğer uluslararası andlaşma hükümlerinden hiyerarşik olarak üst düzeyde bulunduğu kabul edilmektedir<sup>151</sup>. Bu tartışmaların ötesinde ayrıca *jus cogens* kurallar açısından Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin getirdiği pozitif düzenlemenin sonucu olarak bunların da hiyerarşik bir üstünlüğü kabul edilmektedir<sup>152</sup>. Çünkü söz konusu andlaşma hükümlerine göre emredici hukuk kurallarına

<sup>149</sup> Uluslararası hukukta kaideten, hukukun kaynağı olarak kabul edilen uluslararası andlaşma, uluslararası teamül kuralı ve uluslararası hukukun genel ilkeleri arasında hiyerarşik bir altlık – üstlük ilişkisinin bulunmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Bu kabul, devletlerin iradesinin her üç hukuk kaynağında da farksız olarak tezahür etmesinden kaynaklanmaktadır. Göçer, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı*, s. 8. Karakoç, s. 94-95. Denk, s. 52. Talat Kaya, “Uluslararası Hukuk Bölünüyor mu? Uluslararası Hukukun Genişlemesi ve Farklılaşmasından Kaynaklanan Zorluklar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (1), 2012, s. 167. Ancak bununla birlikte diğer bir görüş ise uluslararası andlaşmaların, diğer uluslararası hukuk kurallarına göre hiyerarşik olarak daha üst düzey olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşün dayanak noktası uluslararası andlaşmaların diğer uluslararası hukuk kaynaklarına göre daha açık olması ve açık rızaya dayanmasından dolayı bir üstünlük göstermesidir. Bkz. Serap Akipek, “Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar ile Uyumlaştırılması Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 17 ve 4. dipnot. Bazı yazarlar ise uluslararası andlaşmalar ile teamül kurallarının eşit düzeyde olduğunu, ancak açık andlaşma hükümleri karşısında uluslararası teamül kurallarının ileri sürülmesinin uygulamada pek mümkün olmadığını belirtmekte ve ayrıca uluslararası hukukun genel ilkelerinin diğer iki uluslararası hukuk kaynağına göre ikincil ve tamamlayıcı nitelikte hukuk kuralları olduğunu ileri sürmektedir. Pazarıcı, s. 111, 118.

<sup>150</sup> Andlaşma metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.1.2015). Türkçe metin için bkz. [http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc027/kanuntbmmc027/kanuntbmmc02704801.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc027/kanuntbmmc027/kanuntbmmc02704801.pdf), (Erişim Tarihi: 28.1.2015).

<sup>151</sup> AB hukuk düzeninin uluslararası hukuk düzeni karşısındaki hukuksal konumu hakkında bkz. Pazarıcı, s. 29-30.

<sup>152</sup> Gündüz, s. 37. Göçer, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı*, s. 10. Berat Lale Akkutay, s. 102. Denk, s. 52.

aykırı nitelik taşıyan andlaşma hükümleri batıl olacaktır. Bunun doğal sonucu olarak emredici hukuk kurallarının diğer uluslararası hukuk kurallarından üstünlüğü kendiliğinden ortaya çıkmaktadır<sup>153</sup>.

Aynı durumun *erga omnes* yükümlülük doğuran kurallar açısından gerçekleşmesi söz konusu olabilir mi? Doktrinde bazı yazarlar, *erga omnes* yükümlülük doğuran kuralların diğer uluslararası hukuk kurallarına göre üstünlüğünü kabul etmektedir. GÜNDÜZ, *erga omnes* yükümlülük doğuran kuralların hiyerarşik durumuna ilişkin olarak şu açıklamayı yapmaktadır<sup>154</sup>:

“... bazı MAH kurallarının aksiyomatik (açık, kesin ve ispata gerek göstermeyen) ve Anayasal olduğu ve diğer kurallardan daha esash, daha önemli oldukları ve onlardan önce geldikleri de kabul edilmektedir.”

KAYA ise *erga omnes* yükümlülük yükleyen kuralların hiyerarşik olarak diğer uluslararası hukuk kurallarından üstün, ancak emredici hukuk kurallarından aşağıda bulunduğunu ileri sürmektedir<sup>155</sup>. Bu görüşlerin temel dayanak noktasını *erga omnes* yükümlülük doğuran kuralların diğer uluslararası hukuk kurallarından farklı olarak herkese karşı ileri sürülebilir olması oluşturmaktadır. Elbette bu husus *erga omnes* yükümlülük doğuran kuralların diğerlerine karşı üstünlüğünün hukuksal bir gerekçesi olarak gösterilebilir. Ancak, *Barcelona Traction* Kararı'nda *erga omnes* yükümlülük doğrudan kuralların diğer uluslararası hukuk kurallarına göre üst düzeyde bulduklarına yönelik bir gerekçe ortaya konulmamıştır. Viyana Andlaşmalar Sözleşmesi'nde de böyle bir hükme yer verilmemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi aslında *erga omnes*, doğrudan uluslararası hukuk kurallarını tanımlamamaktadır. *Erga omnes* bazı uluslararası hukuk kurallarının niteliğini ve etkisini ortaya koyan bir anlayıştır. *Erga omnes* ile bazı uluslararası hukuk kurallarının diğerlerine göre farklı olduğu ve farklılığın bu kurallarının herkese karşı ileri sürülebilmesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir. O halde bir uluslararası hukuk kuralının *erga omnes* nitelikte kabul edilmesi, bu kuralı doğrudan diğer uluslararası hukuk kurallarından hiyerarşik olarak üst düzeye getirmez. *Erga omnes* nitelikte olduğu kabul edilen uluslararası hukuk kuralının emredici hukuk kuralları ile bağlantısının kurulması durumunda ise vardığımız bu sonuç değişecektir. Yani *erga omnes* yükümlülük doğuran bir uluslararası hukuk kuralı aynı zamanda emredici bir hukuk kuralı ise artık bu kuralın emredici nitelikte olmasından dolayı diğer uluslararası hukuk

---

<sup>153</sup> Pazarıcı, s. 80-81.

<sup>154</sup> Gündüz, s. 36. Aynı yönde bkz. Başlar, s. 81.

<sup>155</sup> Kaya, s. 168-169.

kurallarından daha üstün olduğu söylenebilecektir. Bu çerçevede *erga omnes* yükümlülük doğuran soykırım, ırkçılık, kölelik ve saldırının önlenmesi gibi uluslararası hukuk kurallarının aynı zamanda emredici uluslararası hukuk kuralları olduğu için diğer uluslararası hukuk kurallarına göre hiyerarşik olarak üst düzeyde yer aldığı söylenebilir.

## SONUÇ

*Barcelona Traction* Kararı, bir taraftan şirketlerin vatandaşlığının tespitinde gerçek bir vatandaşlık bağının aranıp aranmaması, diğer taraftan, hissedarlar adına vatandaşlığında buldukları devletin diplomatik himaye hakkının varlığı veya yokluğuna ilişkin tartışmalarda en başta atıfta bulunulacak kararlardan birisi olma özelliğini sürdürmektedir. Bu tartışmalar son zamanlarda hız kazanan insan hakları ve bireysel yatırım hukuku alanındaki gelişmeler ile birlikte daha da alevlenmektedir. Geleceğe yönelik olarak bu iki alandaki gelişmelerin klasik diplomatik himaye kurallarının yumuşatılması yönünde bir eğilim oluşturacağı öngörülebilir.

*Barcelona Traction* davasında Divan tarafından ortaya konulan, hissedarlar adına bunların vatandaşlığında bulunduğu devletin diplomatik himaye sağlayamayacağına yönelik karar, esasen hissedarlar dışında şirketin ayrı bir tüzel kişiliğinin bulunması ve şirketin zarara uğramasına yol açan fiillerden hukuki olarak doğrudan şirketin etkilenebileceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Ancak 1960'lı yıllardan itibaren devletler tarafından yürürlüğe konulan iki taraflı yatırım andlaşmalarında, genellikle şirket hissedarları adına şirketin vatandaşlığında bulunduğu devletin veya doğrudan şirket veya hissedarlar tarafından uluslararası hakeme başvurulabileceğine yönelik hükümlere yer verilmesi, en azından iki taraflı andlaşmalar boyutunda bu yöndeki anlayışın değişmeye başladığını göstermektedir. Bununla birlikte *Barcelona Traction* kararında ortaya konulan şirketlerin diplomatik himayesine ilişkin yaklaşım halen uluslararası hukukta geçerliliğini devam ettirmektedir.

*Barcelona Traction* Kararı ile geliştirilen *erga omnes* konsepti ise belirsizlik içerdiği yönündeki eleştirilere rağmen özellikle soykırım, kölelik, ırkçılık ve saldırının yasaklanması gibi uluslararası hukukun genel ilkelerinin gelişimine katkı sağlamış ve uluslararası alanda insan haklarının korunmasına yönelik çabaları güçlendirmiştir. Elbette uluslararası hukukunun bugün geldiği aşamada *erga omnes* konseptinin kendisinden beklenen faydayı tam olarak ortaya koyabilmesinin önünde birçok engel bulunmaktadır. Bu anlayışın, devletlerin gücüne ve kendi ulusal çıkarlarına göre tanımlanması

ve kullanılması da mümkündür. Ancak, emredici hukuk kuralları, insani müdahale ve insanlığın ortak ilgisi gibi değerlerin uluslararası hukukta kurumsallaşması, *erga omnes* konseptinin gelişmesine de katkı sağlayacaktır.

### KAYNAKÇA

AKEHURST, Michael, **A Modern Introduction to International Law**, Sixth Edition, Unwin Hyman, London, 1987.

AKİPEK, Serap, “Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar ile Uyumlaştırılması Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 15-22.

AKKUTAY, Ali İbrahim; **Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

AKKUTAY, Berat Lale, “Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağımsızlığı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 113, 2014, s. 99-125.

AYBAY, Rona, **Vatandaşlık Hukuku**, 6. Bası, Aybay Yayınları, İstanbul, 2003.

BASSIOUNI, M. Cherif, “International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes”, **59 Law and Contemporary Problems**, Autumn 1996, s. 63-74.

BAŞLAR, Kemal, “Uluslararası Hukukta Erga Omnes Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, Yıl: 22, Sayı:2, 2002, s. 75-107.

BİLGE, A. Suat, **Tebaanın Yabancı Memleketlerde Diplomatik Himayesi**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 33-15, Ankara, 1953.

BOZKURT, Enver, KÜTÜKÇÜ, M. Akif, POYRAZ, Yasin, **Devletler Hukuku**, Genişletilmiş 4. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004.

BROWNLIE, Ian, **Principles of Public International Law**, Second Edition, Clarendon Press-Oxford, 1973.

CAFLISCH, Lucius C., “The Protection of Corporate Investment Abroad In The Light of The Barcelona Traction Case”, **Zeitschrift für**

**ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, Stuttgart, Berlin (etc.), 1971, 31, 1-2, s. 162-196, [http://www.zaoerv.de/31\\_1971\\_1\\_2\\_a\\_162\\_196.pdf](http://www.zaoerv.de/31_1971_1_2_a_162_196.pdf), (Erişim Tarihi: 10.07.2015).

DE WET, Erika, “Jus Cogens and Obligations Erga Omnes”, Dinah Shelton (Ed.), **The Oxford Handbook on Human Rights**, January 15, 2013, s. 541 - 561, <http://ssrn.com/abstract=2279563>, (Erişim Tarihi: 9.1.2015).

DENK, Erdem, “Uluslararası Andlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kuralları”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 56-2, s. 43-70.

DOĞAN, İlyas, **Devletler Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

DOST, Süleyman; **Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve İcsid Tahkimi**, Asil Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Ankara, 2006, s. 122-123.

DUMBERRY, Patrick, “The Legal Standing of Shareholders Before Arbitral Tribunals: Has Any Rule of Customary International Law Crystallised?”, **Michigan State Journal of International Law**, Vol. 18:3, 2010, s. 353-374.

EDİS, Seyfullah, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 30, Sayı: 1-4, Ankara, 1973, s. 169-196.

GÖÇER, Mahmut, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 4, 2008, s. 219-236.

GÖÇER, Mahmut, “Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 57-2, s. 1-16.

GÜNDÜZ, Aslan, **Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar**, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2000.

HARRIS, D. J., **Cases and Materials on International Law**, Sixth Edition, London, Sweet&Maxwell, 2004.

İŞİK, Olcay, “Uluslararası Hukukta Yatırım Kavramı: Antlaşmalar Temelinde Bir Değerlendirme”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt 7, Sayı 28, 2011, s. 125-145.

KAYA, Talat, “Uluslararası Hukuk Bölünüyor mu? Uluslararası

Hukukun Genişlemesi ve Farklılaşmasından Kaynaklanan Zorluklar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 61 (1), 2012, s. 149-173.

KARAKOÇ, İrem, “Uluslararası Hukukta Emredici Kural (Jus Cogens=Peremptory Norms) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2006, s. 87-122.

MCCORQUODALE, Robert, DIXON, Martin, **Cases and Materials on International Law**, Fourth Edition, Oxford University Press, 2003.

MERAY, Seha L., **Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1977.

MOROĞLU, Erdoğan, “Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, Yıl. 22, Sayı. 2, 2002, s. 413-419.

NELSON, Timothy G., “When The Lights Went Out: The Strange Death and Stranger Afterlife of the Barcelona Traction Case”, **The Paris Journal of International Arbitration**, 2011-4, s. 939-971.

ÖZKÖK, Gülriz, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 2, 2002, s. 1-18.

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

PERGANTIS, Vasileios, “Towards a ‘Humanization’ of Diplomatic Protection?”, **ZaöRV** 66, 2006, s. 351-397.

POLITIS, Nicolas, (Çev. İlhan Lütem), “Devletlerarası Nizamda Ferdin Mevkii”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1946, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 199-213.

SHAW, Malcolm N., **International Law**, Fifth Edition, Oxford University Press, 2003.

SLOMANSON, William R., **Fundamental Perspectives on International Law**, Fifth Edition, Thomson Wadsworth, 2007.

TAMS, Christian J., **Enforcing Obligations Erga Omnes In International Law**, Cambridge University Press, New York, 2007.

TAMS, Christian J. / TZANAKOPOULOS, Antonios, “Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development”, **Leiden Journal of International Law**, 23 (4), 2010, s. 781-800.

THIRLWAY, Hugh, “The Sources of International Law”, Editör: Malcolm D. EVANS, **International Law**, First Edition, Oxford University Press, s. 117-144.

TOLUNER, Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi**, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2613, Hukuk Fakültesi No: 587, İstanbul, 1979.

TOPSOY, Fevzi, “Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasında ‘Hakkaniyet İlkesi’ ve Dağıtıcı Adaletin Sağlanmasındaki Rolü”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, <http://www.anadolu.edu.tr/sites/default/files/files/17.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.02.2015), s. 191-203.

VICUNA, Francisco Orrego, “Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement”, <http://www.arbitration-icca.org/>, (Erişim Tarihi: 11.01.2015), s. 1-31.

YARWOOD, Lisa, **State Accountability Under International Law Holding States Accountable For a Breach of *Jus Cogens* Norms**, Routledge, London and New York, 2012.

ZEMANEK, Karl, “New Trends in the Enforcement of Erga Omnes Obligations”, in. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Ed. Jochen A. Frowein, Rüdiger Wolfrum, Vol. 4, 2000, s. 1-52.

### **ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR**

Charter of The United Nations, 24 October 1945,

<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.1.2015).

Draft Articles on Diplomatic Protection,

[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9\\_8\\_2006.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf), (Erişim Tarihi: 03.07.2015)

Draft Articles on Responsibility of States For Internationally Wrongful Acts, [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf), (Erişim Tarihi: 09.07.2015).

Statute of The International Court of Justice, 24 October 1945, <http://www.icj-cij.org/documents/?p1=4&p2=2>, (Erişim Tarihi: 03.07.2015).



Vienna Convention on Consular Relations, 24 April 1963,

<http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/MultilateralConventions/ViennaConventiononConsularRelations.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.07.2015).

Vienna Convention on The Law of Treaties, 23 May 1969, No. 18232,

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.07.2015).

### **MAHKEME KARARLARI**

*Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic Of The Congo)*, Judgment, ICJ Reports, 30 November 2010, <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.07.2015).

*Case Concerning Application of The Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.07.2015).

*Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment of 30 June 1995, <http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6949.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.07.2015).

*Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgment of 20 July 1989, <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.07.2015).

*Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgium v. Spain)*, Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1970, <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.1.2015).

*Nottebohm Case, (Liechtenstein v. Guatemala)*, Second Phase, Judgment of April 6th, 1955, <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.07.2015).

*LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001, <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.07.2015).

