

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNE
KONU OLMASI

Doktora Tezi

Banu Fatma GÜNARSLAN

Ankara-2021

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNE
KONU OLMASI

Doktora Tezi
Banu Fatma GÜNARSLAN

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara-2021

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNE
KONU OLMASI

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Arzu OĞUZ

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1- Prof. Dr. Arzu OĞUZ

.....

2- Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

.....

3- Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

.....

4- Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

.....

5- Doç Dr. Yıldız ABİK

.....

Tez Savunması Tarihi: 24.11.2021

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE,

Prof. Dr. Arzu OĞUZ danışmanlığında hazırladığım “Fikri Mülkiyet Haklarının Uluslararası Yatırım Tahkimine Konu Olması (Ankara-2021)” adlı doktora tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih:

Adı-Soyadı ve İmza

Banu Fatma GÜNARSLAN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI, ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKU VE TAHKİM

I. ULUSLARARASI FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU	8
A. Fikri Mülkiyet Korumasının Gelişimi	8
B. Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukuku ve Ülkesellik	15
C. Fikri Mülkiyet Korumasına Uluslararası Standartlar Getiren Anlaşma: TRIPS Anlaşması	19
II. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKU VE TAHKİM	24
A. Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ve Yatırımcı-Devlet Tahkimi	24
B. Uluslararası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi Arasındaki Benzerlikler ve Farklar	32
C. Yatırım Tahkiminin Olumlu ve Olumsuz Yönleri	34
1. Olumlu Yönleri	34
2. Olumsuz Yönleri	38
III. YABANCI YATIRIM VE FİKRİ MÜLKİYET İLİŞKİSİ	46
A. Fikri Mülkiyetin Yabancı Yatırımlar Üzerindeki Etkisi	46
B. Fikri Mülkiyet Yatırım İlişkisine Tarihsel Bir Bakış	48
C. Uluslararası Yatırım Tahkiminde Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıkları	52

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCI YATIRIM OLARAK FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI

I. ULUSLARARASI YATIRIM ANLAŞMALARINDA ‘YATIRIM’ OLARAK MAL VARLIĞI	62
A. Yatırım Teriminin Gelişimi	62
B. Yatırım Kavramı	65
II. ULUSLARARASI YATIRIM ANLAŞMALARINDA ‘YATIRIM’ OLARAK FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI	83
A. Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Fikri Mülkiyet Haklarının Korunması	83
B. ICSID Konvansiyonu’nda ‘Yatırım’ Olarak Fikri Mülkiyet Hakları	97

III. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ ‘YATIRIM’ KAPSAMINA DÂHİL OLMASI İLE İLGİLİ MESELELER	111
A. Fikri Mülkiyetin Uluslararası Yatırım Anlaşmaları Kapsamında Yatırım Sayılmasında Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar	111
B. Fikri Mülkiyet Yatırımları ve Uluslararası Yatırım Anlaşmaları Bağlamında Ülkesellik ve Uygulanabilir Hukuk.....	128

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA KORUMA STANDARTLARI VE FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU

I. MİLLİ MUAMELE STANDARDI	141
A. Uluslararası Yatırım Hukukunda Milli Muamele Standardı	141
B. Fikri Mülkiyet Hakları ile İlgili Anlaşmalarda Milli Muamele Standardı	144
II. EN ÇOK GÖZETİLEN ULUS MUAMELESİ STANDARDI.....	148
A. Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi Standardı	148
B. Fikri Mülkiyet Hakları ile İlgili Anlaşmalarda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi Standardı.....	158
III. ADİL VE EŞİT MUAMELE STANDARDI.....	161
A. Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Eşit Muamele Standardı.....	161
B. Fikri Mülkiyet Hakları ile İlgili Anlaşmalarda Adil ve Eşit Muamele Standardı	178
IV. KAMULAŞTIRMA	189
A. Uluslararası Yatırım Hukukunda Kamulaştırma.....	189
1. Kamulaştırma Kavramı	189
2. Kamulaştırma ile Tazminat Gerektirmeyen Düzenleme Arasındaki Farkın Ortaya Konulması.....	193
a. Yalnız Etki Doktrini (Sole Effect Doctrine).....	197
b. Radikal Kamu Gücü Doktrini (Radical Police Powers Doctrine).....	200
c. İlmli Kamu Gücü Doktrini (Moderate Police Powers Doctrine).....	204
B. Fikri Mülkiyet Haklarının Kamulaştırma İddialarına Konu Olması.....	207
C. Dolaylı Kamulaştırma ve Zorunlu Lisans	215
1. TRIPS Anlaşması’na Atıf Yapılmadığında Zorunlu Lisansın Kamulaştırma İddiasına Konu olması	217
a. Zorunlu Lisansın Yatırımda Ekonomik Yoksunluğa Neden Olması	218
b. Zorunlu Lisansın Yatırımcının Meşru Beklentileriyle Çelişmesi	220
c. Zorunlu Lisansın Altında Yatan Amaç.....	224
2. TRIPS Anlaşması’na Atıf Yapıldığında Zorunlu Lisansın Kamulaştırma İddialarına Konu olması.....	226

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ YATIRIMCI-DEVLET TAHKİMİ ARACILIĞI İLE UYGULANMASI – GÜNCEL TAHKİM KARARLARININ İNCELENMESİ

I. PHILIP MORRIS V URUGUAY.....	231
A. Davanın Özeti	231
B. Davacının İddiası	234
C. Davalının Savunması.....	236
D. Karar	236
E. Davanın Analizi	238
1. Kamulaştırma İddiası Yönünden.....	238
a. Düzenleyici Önlemin Yatırım Üzerindeki Etkisi.....	244
b. Devletin Yasa Yapma ve Uygulama Gücü, Düzenleyici Önlemin Kamu Yararı Amacı.....	246
2. Adil ve Eşit Muamele İhlali İddiası Yönünden.....	259
II. ELI LILLY V KANADA.....	264
A. Davanın Özeti	264
B. Davacının İddiası	268
C. Davalının Savunması.....	269
D. Karar	270
E. Davanın Analizi	272
III. PHILIP MORRIS V URUGUAY VE ELI LILLY V KANADA DAVALARINDAN ÇIKARILAN SONUÇLAR	286

BEŞİNCİ BÖLÜM

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ YATIRIMCI-DEVLET TAHKİMİ ARACILIĞI İLE UYGULANMASININ ETKİLERİ

I. GENEL OLARAK.....	301
A. Soğutucu Etki.....	302
B. TRIPS Esneklikleri.....	304
II. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ YATIRIMCI-DEVLET TAHKİMİ ARACILIĞI İLE UYGULANMASININ ‘SOĞUTUCU ETKİ’ YARATMASI	306
A. Soğutucu Etki Kavramı	306
B. Fikri Mülkiyet Yatırım Tahkimi Davalarının Devletlerin Düzenleme Yapma Yetkileri Üzerindeki Soğutucu Etkisi.....	308
III. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ YATIRIMCI-DEVLET TAHKİMİ ARACILIĞI İLE UYGULANMASININ TRIPS ESNEKLİKLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	313

A. Patent Verilebilirlik Standartları	316
B. Zorunlu Lisanslar	326

ALTINCI BÖLÜM

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNE KONU OLMASINDAN KAYNAKLANAN MUHTEMEL SORUNLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

I. ULUSLARARASI YATIRIM ANLAŞMASI HÜKÜMLERİNİN GÖZDEN GEÇİRİLMESİ – FİKRİ MÜLKİYETİN YATIRIM TAHKİMİ DAVALARINDAN HARİÇ TUTULMASI	346
A. Yatırım Tanımının Kapsamının Sınırlandırılması	348
B. Yatırım İddialarının Kapsamının Sınırlandırılması – Koruma Klozları	354
1. Koruma Klozlarının Yaratabileceği Olumsuzluklar	360
2. Endişeleri Gidermeye Yönelik Atılan Adımlar	362
II. DEVLETİN KAMU YARARI İLE İLGİLİ DÜZENLEME YAPMA YETKİSİNİN TANINMASI.....	369
A. İç Hukuk Uygulamalarına Saygı Gösterilmesi (Deference).....	374
B. Orantılılık Analizi (Proportionality Analysis)	376
III. YATIRIMCI-DEVLET UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM MEKANİZMASININ İYİLEŞTİRİLMESİNE YÖNELİK GETİRİLEN ÖNERİLER.....	379
A. Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının Yarattığı Endişeler	379
B. Endişeleri Gidermeye Yönelik Kurumsal İyileştirme Önerileri	384
SONUÇ	394
KAYNAKÇA	402
ÖZET	469
SUMMARY	471

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
art.	: article (madde)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BIT	: Bilateral Investment Treaty (İki Taraflı Yatırım Anlaşması)
bkz.	: bakınız
CETA	: Comprehensive and Economic Trade Agreement (Kapsamlı ve Ekonomik Ticaret Anlaşması)
CPTTP	: Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pasific Partnership (Trans-Pasifik Ortaklığı için Kapsamlı ve Aşamalı Anlaşma)
DSB	: Dispute Settlement Body (Anlaşmazlıkların Halli Organı)
DSÖ	: Dünya Sağlık Örgütü
DSU	: Dispute Settlement Understanding (Anlaşmazlıkların Halli Sistemi)
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
dn.	: dipnot
E	: Esas
EFTA	: European Free Trade Association (Avrupa Serbest Ticaret Birliği)
EU	: European Union (Avrupa Birliği)

FCTC	: Framework Convention on Tobacco Control (Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi)
FİSAUM	: Fikri ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi
GATT	: General Agreement on Tariffs and Trade (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması)
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes (Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi)
ILA	: International Law Association (Uluslararası Hukuk Derneği)
ISDS	: Investor-State Dispute Settlement (Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü)
K	: Karar
m.	: madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NAFTA	: North American Free Trade Agreement (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması)
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü)
para.	: paragraf
PCT	: Patent Cooperation Treaty (Patent İşbirliği Anlaşması)
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
TPP	: Transpacific Partnership Agreement (Trans Pasifik Ortaklık Anlaşması)

TRIPS	: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması)
TTIP	: Transatlantic Trade and Investment Partnership (Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı)
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development (Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı)
v.	: versus
vd.	: ve devamı
Vol	: Volume (Sayı)
WHO	: World Health Organization (Dünya Sağlık Örgütü)
WIPO	: World Intellectual Property Organization (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)
WTO	: World Trade Organization (Dünya Ticaret Örgütü)
Y	: Yargıtay

GİRİŞ

Doğal kaynakları geliştirmek, yeni istihdam alanları ve teknoloji transferi gibi olanaklar sağlamak, yabancı yatırımcıları cezbetmek ve yatırımları teşvik etmek amacıyla, ülkeler arasında yatırım anlaşmaları imzalanmaktadır. Yabancı yatırımlara verilen önemle birlikte yatırımcı-devlet tahkimi de eş zamanlı olarak gelişmiştir. Özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde ulusal mahkemelerin yeterli güvence sağlayamadığı düşüncesiyle yabancı yatırımcılar, iddialarını uluslararası mecralarda takip etmek istemişlerdir. Yabancı yatırımcıların haklarının korunması gayesiyle, yatırım uyuşmazlığının ulusal mahkemelerde veya geleneksel devlet müzakereleri yoluyla çözümü yerine, yatırımcıya devleti dava etme hakkı tanınmıştır.¹

Uluslararası yatırım anlaşmalarında ‘yatırım’ kavramı çoğunlukla, doğrudan ve geniş bir biçimde tarif edilmektedir. Yine de yatırım kavramının tanımlanma şekli, anlaşma pratiğinde ve tarihsel süreç içinde çeşitlilik göstermektedir. Bugün fikri mülkiyet hakları, çoğu uluslararası yatırım anlaşmasında bir yatırım türü olarak, yatırım tanımı kapsamına dâhil edilmiştir. Uluslararası yatırım anlaşmaları genellikle, fikri mülkiyeti açık bir biçimde yatırım varlıklarından biri olarak içerir². Tahkim kararları yatırım kavramının tanımlanmasında ve fikri mülkiyet yatırım ilişkisinin tespitinde yol gösterici olmaktadır.

¹ **William L Owens, R Andrew Fitzpatrick**, “Investment Arbitration under NAFTA Chapter 11: A Threat to Sovereignty of Member States”, Canada-United States Law Journal, Vol. 39, 2015, s. 56.

² **Pratyush Nath Upreti**, “Enforcing IPRs Through Investor-State Dispute Settlement: A Paradigm Shift in Global IP Practice” Journal of World Intellectual Property, Vol. 19, Issue. 1-2, 2016, s. 54.

Uluslararası yatırım anlaşmaları, yabancı yatırımcılara yatırımcı-devlet tahkimine doğrudan başvuru hakkı tanımak suretiyle geniş bir güvence sağlamaktadır. Fikri mülkiyet hakları da, bir yatırım türü olarak yatırım anlaşmalarına dâhil olmuştur. Dolayısıyla, yabancı yatırımcı olarak kabul edilen fikri mülkiyet hak sahipleri, ev sahibi devletin, yatırım anlaşmasının ihlali olarak değerlendirilebilecek iç hukuk uygulamalarına karşı uluslararası yatırım tahkimine başvurma hakkı elde etmişlerdir.

Fikri mülkiyet hakkının yatırım anlaşmalarındaki yatırım kavramı kapsamında kabul edilmesi, fikri mülkiyet hakkı sahibine anlaşmanın sunduğu güvenceleri kullanma hakkı vermiştir. Dolayısıyla yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü, fikri mülkiyet hakkı sahiplerine fikri mülkiyet uyuşmazlıklarını dava edebilecekleri bir merci sağlamakta, ‘adil ve eşit muamele’, ‘kamulaştırma’ gibi geniş korumalar sunmaktadır. Bu durum, fikri mülkiyet hakkı sahiplerine, kendi fikri mülkiyet haklarını etkileyebilecek ev sahibi devletin düzenleyici tasarruflarını dava edebilmeleri için muazzam bir olanak tanımaktadır³. Bununla birlikte bu tasarrufların, yatırımcı-devlet tahkiminde dava konusu edilmesi, ev sahibi devlet yönünden kamu düzeni ve egemenlik kaygılarına neden olabilir⁴. Bu durum ayrıca, uluslararası fikri mülkiyet hukuku tarafından kabul edilen dengelerin sarsılmasına da sebep olabilir.

Uluslararası yatırım hukuku bağlamında, ev sahibi ülkenin egemenliğine ve kamu yararı politikalarına ilişkin tartışmalar süregelmektedir. Akademisyenler ve ülkeler, uluslararası yatırım hukukunun devletlerin menfaatlerini yeterince korumadığını ileri sürerek yatırımcı-devlet tahkimini birçok açıdan eleştirmişlerdir. Bu itibarla,

³ **Henning Grosse Ruse-Khan**, “Challenging Compliance with International Intellectual Property Norms in Investor-State Dispute Settlement”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 19, 2016, s. 250.

⁴ **Grosse Ruse-Khan**, *Challenging*, s. 241.

uluslararası yatırım hukuku muazzam bir tartışmanın odağındadır⁵. Örneğin, yatırımın korunması ile sağlığın teşviki ve geliştirilmesi hedefleri arasında gerilim bulunduğu öne sürülmüştür⁶. Bu konudaki en büyük eleştiri, büyük uluslararası şirketlerin uluslararası yatırım anlaşmalarından orantısız şekilde faydalanarak devlet egemenliğine zarar verdikleri şeklindedir⁷. Yatırımcı-devlet tahkiminin özel niteliği dikkate alındığında, özel bireylerin, kamu politikalarını etkilediği öne sürülmektedir⁸. Diğer bir deyişle, yabancı yatırımcılar uluslararası yatırım anlaşmaları aracılığı ile devletlerin düzenleyici gücünü sınırlandırabilir. Bu ihtimal, kamu yararı lehine alınabilecek yeni politik önlemleri alma noktasında devletleri caydırarak ‘düzenlemede soğukluk’un yükselmesine neden olabilir⁹. Bunun sonucu olarak, yatırım tahkimi kararlarının, devletlerin düzenleyici işlevleri ve uluslararası fikri mülkiyet hukukunda tanınan esneklikler üzerinde ‘soğutucu etki’ye (chilling effect) neden oldukları ileri sürülmektedir¹⁰. Ayrıca

⁵ **David P Rosenberg**, Notes “Fee Shifting in Investor-State Arbitration: Doctrine and Policy Justifying Application of the English Rule” Duke Law Journal, Vol. 60, 2011, s. 985.

⁶ **Sharon Friel, Libby Hattersley, Ruth Townsend**, “Trade Policy and Public Health”, Annual Review of Public Health, Vol. 36, 2015.

⁷ **Tamara L Slater**, “Investor-State Arbitration and Domestic Environment Protection” Washington University Global Studies Law Review, Vol. 14, 2015, s. 132-133.

⁸ **Susan D Franck**, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, Fordham Law Review, Vol. 73, Issue. 4, 2005, s. 1571.

⁹ **Vivian D R Gabriel, Alebe L Mesquita**, “Repacking Intellectual Property Protection in International Investment Law: Lessons from The Philip Morris v. Uruguay Case” Georgetown Journal of International Law, Vol. 49, Issue. 3, 2018, s. 1128-1129.

¹⁰ **Cynthia M Ho**, “Sovereignty under Siege: Corporate Challenges to Domestic

uluslararası yatırım tahkimi sisteminin reforma ihtiyacı olduğu da dile getirilmektedir.

Son yıllarda, fikri mülkiyete ilişkin muhtelif davalar yatırımcı-devlet tahkimine konu edilmiştir. Fikri mülkiyet yatırım ilişkisinin Philip Morris ve Eli Lilly şirketleri tarafından açılan güncel davalarla birlikte gün yüzüne çıkması, öğretide pek çok tartışmayı beraberinde getirmiştir.

Bu çalışmada; fikri mülkiyet ve yatırım ilişkisi, fikri mülkiyet haklarının korunduğu yatırım anlaşmaları, fikri mülkiyet ile ilişkili yatırım iddiaları, tahkim heyetlerinin bu iddialara yaklaşımı, tahkim kararlarının sonuçları, fikri mülkiyetin yatırım tahkimine konu olmasından kaynaklanan endişeleri gidermeye yönelik çözüm önerileri öğretideki görüşler ve tahkim kararları ışığında eleştirel bir biçimde tartışılacaktır.

Bu itibarla ‘Fikri Mülkiyet Hakları, Uluslararası Yatırım Hukuku ve Tahkim’ konu başlıklı birinci bölümde; fikri mülkiyet korumasının gelişimi, ülkesellik ilkesi ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması’na (TRIPS) değinilecek, uluslararası yatırım anlaşmaları ve yatırımcı-devlet tahkimi konularında genel bir çerçeve çizilecek, son olarak yabancı yatırım ve fikri mülkiyet ilişkisi genel hatlarıyla açıklanmaya çalışılacaktır.

‘Yabancı Yatırım Olarak Fikri Mülkiyet Hakları’ başlıklı ikinci bölümde; ‘yatırım’ kavramı, fikri mülkiyet haklarının uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alması ve bundan doğan hukuki meseleler ayrıntılı olarak işlenmeye çalışılacaktır. Bu bölümde özellikle çeşitli yatırım anlaşmalarının hükümlerine ve öğretideki tartışmalara yer verilerek kapsamlı bir inceleme yapmaya özen gösterilecektir.

Intellectual Property Decisions”, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 30, Issue. 1, 2015, s. 233.

‘Uluslararası Yatırım Hukukunda Koruma Standartları ve Fikri Mülkiyet Hukuku’ konu başlıklı üçüncü bölümde; milli muamele, en çok gözetilen ulus, adil ve eşit muamele standartları ve kamulaştırma, fikri mülkiyet koruması ile ilişkileri bakımından incelenecektir. Bu bağlamda özellikle, yaygın olarak dava konusu edilmeleri ve öğretide tartışmalı olmaları bakımından adil ve eşit muamele standardı ile kamulaştırma konuları, çeşitli görüşler ve tahkim kararlarından yararlanılmak suretiyle ayrıntılı biçimde işlenmeye çalışılacaktır.

‘Fikri Mülkiyet Haklarının Yatırımcı-Devlet Tahkimi Aracılığı ile Uygulanması – Güncel Tahkim Kararlarının İncelenmesi’ konu başlıklı dördüncü bölümde; düz paketlenme (plain packaging) düzenlemesini konu alan Philip Morris v Uruguay davası ve ulusal mahkemenin patent geçersizliği kararını konu alan Eli Lilly v Kanada davasına ayrıntılı olarak yer verilecektir. Bu suretle, tarafların iddia ve savunmaları, davalara ilişkin hakem heyetlerinin kararları değerlendirmeye alınacak, davaların analizleri eleştirel bir biçimde ortaya konulmaya çalışılacaktır.

‘Fikri Mülkiyet Haklarının Yatırımcı-Devlet Tahkimi Aracılığı ile Uygulanmasının Etkileri’ konu başlıklı beşinci bölümde; tahkim kararlarının, devletlerin kamu yararı güden düzenlemeleri üzerinde ‘soğutucu etki’ yaratması ve TRIPS esnekliklerine dair muhtemel olumsuz etkileri ele alınacaktır.

‘Fikri Mülkiyet Haklarının Uluslararası Yatırım Tahkimine Konu Olmasından Kaynaklanan Muhtemel Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri’ konu başlıklı altıncı bölümde; fikri mülkiyet haklarının uluslararası yatırım tahkimine konu olmasından doğan endişeleri gidermeye yönelik çeşitli öneriler ele alınacaktır. Bu bağlamda, anlaşmalarda koruma klotlarına yer verilmesi, tahkim yargılamalarında devletin iç hukuk uygulamalarına saygı gösterilmesi, orantılılık analizi yapılması gibi öğretide ileri

sürülen yöntemler incelenecektir. Ayrıca uluslararası yatırım tahkimi mekanizmasının iyileştirilmesine dair çeşitli reform önerilerine yer verilecektir.

Fikri mülkiyet yatırım ilişkisi, henüz yeni gün yüzüne çıkmış olup oldukça karmaşık, tam olarak oturmamış ve soru işaretleriyle örülü pek çok unsuru bünyesinde barındırmaktadır. Bu konu, güncel ve hassas olması, öğretilerde dikkatleri üzerine toplaması nedenleriyle titizlikle ele alınmaya çalışılacaktır. Bu itibarla çalışmamızda çokça yatırım anlaşmasına, çeşitli tahkim kararlarına ve öğretilerdeki eleştirilere yer verilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI, ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKU VE TAHKİM

Ulusal fikri mülkiyet hukuku, hakların kapsamı, edinilmesi ve kullanılmasına ilişkin hükümleri ortaya koyarken, uluslararası fikri mülkiyet hukuku, genel ilkeleri ve asgari uyum standartlarını düzenlemektedir¹¹.

Fikri mülkiyet hukukunun uluslararası yönü dikkate alındığında, Dünya Ticaret Örgütü'ne (DTÖ) üye ülkeler bakımından TRIPS Anlaşması, fikri mülkiyet haklarına asgari koruma standartları getiren çok önemli bir anlaşmadır. Bu anlaşma, asgari koruma standartlarını güvence altına alsa da, yeknesak standartlar öngörmez. Dolayısıyla bu durum, devletlere standartları ne şekilde tanımlayacakları hususunda esneklik tanımaktadır¹².

Uluslararası yatırım hukuku ise yabancı yatırımın korunmasına ilişkindir. Uluslararası yatırım anlaşmaları, yabancı yatırımcılara temel haklar sağlayarak, bu yatırımcıları korumayı ve yatırımları geliştirmeyi amaçlamaktadır¹³. Günümüzde, yabancı yatırımcılar kendilerine uluslararası örf ve adet hukukuna nazaran daha somut haklar tanıyan uluslararası anlaşmalar aracılığıyla, ev sahibi devletlere karşı yatırımlarını korumayı hedeflemektedirler. Uluslararası yatırım anlaşmaları, yabancı yatırımcılara kamulaştırma, adil ve eşit muamele, en çok gözetilen ulus ilkeleri gibi

¹¹ **Simon Klopschinski**, “Public Policy Considerations in Intellectual Property-Related International Investment Arbitration”, Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s. 219-220.

¹² **Ho**, Sovereignty, s. 229.

¹³ **Ho**, Sovereignty, s. 231.

koruma standartları temin eder¹⁴.

Bu bölümde, fikri mülkiyet hakları ve yatırım hukukunun karakteristik özellikleri ana hatları ile izah edilecektir. Bu bağlamda, uluslararası fikri mülkiyet hukuku, uluslararası yatırım hukuku ve tahkim ile yabancı yatırım ve fikri mülkiyet ilişkisi hususlarında açıklamalar yapılarak konuya ilişkin genel bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır.

I. ULUSLARARASI FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU

A. Fikri Mülkiyet Korumasının Gelişimi

Fikri mülkiyetin korunmasının genel kabul gören gerekçesi teşvik etme temeline dayandırılmaktadır. İnovasyonu teşvik etme amacıyla yaratıcı fikir ve üretimler koruma altına alınmalıdır¹⁵.

Paris ve Bern Konvansiyonları geniş oranda teşvik temelli yaklaşımı takip etmişlerdir. 19. yüzyılın sonunda bu anlaşmalar kabul edildiğinde, uluslararası mesele, telifli ürünlerin korunmadıkları yerden korundukları yere geçişleriyle ilgiliydi. Birbirine yakın ve aynı dili konuşan ülkeler arasında bu tarz geçişler meydana gelebilmekte ve koruma sağlanan ülkedeki dengelerin zayıflamasına neden olabilmekteydi. Örneğin Fransa’da telif hakkı tanınan çalışmalar için telif ücreti ödemek zorunda olan yayıncılar, Belçika’da yetkisiz olarak çoğaltılmış kopyaların Fransa sınırından geri gelmesi durumu

¹⁴ **David Collins**, An Introduction to International Investment Law, Cambridge University Press, 2016, s. 33.

¹⁵ **Rochelle Dreyfuss, Susy Frankel**, “From Incentive to Commodity to Asset: How International Law is Reconceptualizing Intellectual Property”, Michigan Journal of International Law, Vol. 36, Issue. 4, 2015, s. 560.

ile rekabet edemezdi¹⁶. Bunun gibi problemleri çözmek için uluslararası anlaşmalar, üye ülkelerin uyması gereken bir kısım asgari korumalar öngörmüştür¹⁷. Ayrıca, Paris Konvansiyonu, üye ülkelerde bilinen markaların üçüncü kişiler tarafından kullanılmasının önlenmesini gerektirmiş ve patent ve markaların öncelik tarihlerinin belirlenmesi için kurallar getirmiştir¹⁸. Bern Konvansiyonu da telif korumasının şartı olarak formaliteleri yasaklamak suretiyle birtakım kolaylıklar sağlamıştır¹⁹. Ancak genel itibariyle iki anlaşma da çoğu meseleyi iç hukuka bırakmıştır. Bu nedenle bazı sınırlamalar dışında, her üye devlet, kendi halkının çıkarlarını korumak için gerekli olduğunu düşündüğü konularda sınırlama ve istisna getirmekte serbest kalmıştır. İki anlaşma da güçlü bir uygunluk mekanizması öngörmediği için, fikri mülkiyet konularıyla ilgili yerel uygulamalar, uluslararası bir mecraya taşınmamıştır²⁰.

İkinci Dünya Savaşı sonrası fikri mülkiyet yeni bir boyut kazanmaya başlamıştır. Uluslararası rejim, ticaret aracılığıyla ekonomik refah ve barışın sağlanmasını teşvik etmiştir. Teknolojik gelişmeler de uluslararası ticaretin gelişmesinde önemli rol oynamıştır. Pazar fırsatlarının genişlemesi ve yabancı yaratıcı ürünlere olan ilginin artması, inovasyon için daha fazla teşvikler sağlanmasını gerektirmiştir. Ekonomik

¹⁶ **Dreyfuss, Frankel**, s. 561.

¹⁷ Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi, Sınai Hakların Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi.

¹⁸ Paris Sözleşmesi, m. 6 (Birinci Mükerrer) ve 4.

¹⁹ Bern Sözleşmesi, m. 5(2); Bern Sözleşmesi hakkında bkz. **Ernst Hirsh**, Bern Sözleşmesi, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/638364> (erişim tarihi: 06.02.2021); fikri mülkiyet haklarının tarihsel gelişimi hakkında bkz. **Ernst Hirsh**, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara Ar Basımevi, Ankara 1948, s. 16-56.

²⁰ **Dreyfuss, Frankel**, s. 562.

öneminin artmasıyla fikri mülkiyet dikkat çeken bir olgu haline gelmiştir. Bern ve Paris Konvansiyonları küreselleşmeye eşlik edecek şekilde güncelliklerini koruyamadıklarında dikkatler Dünya Ticaret Örgütü'ne (DTÖ) çevrilmiş ve bu durum TRIPS Anlaşması'nın ortaya çıkmasını sağlamıştır. Fikri mülkiyet küresel bir ticari mesele haline geldiğinde korumanın yapısıyla ilgili farklı bir söylem dile getirilmiştir. Fikri mülkiyet koruması bir yenilik teşvikinden daha çok bir hak olarak değerlendirilmiştir²¹.

İlk olarak, ulusal taahhütler, DTÖ'nün Anlaşmazlıkların Halli Sistemi²² (Dispute Settlement Understanding - DSU) tarafından uygulanan mekanizmanın konusu haline gelmiştir²³. Bu mekanizma bir üye devletin, anlaşmaya uymayan diğer bir üye devleti Anlaşmazlıkların Halli Organı²⁴ (Dispute Settlement Body-DSB) önünde dava edebileceği bir sistem getirmektedir²⁵. Bu şekilde ilk defa, uluslararası fikri mülkiyet

²¹ Dreyfuss, Frankel, s. 562-563.

²² Dışişleri Bakanlığı internet sitesinde DSU, “Anlaşmazlıkların Halli Sistemi” olarak ifade edilmektedir. <https://www.mfa.gov.tr/dunya-ticaret-orgutu-doha-bakanlar-toplantisi-ve-sonrasi.tr.mfa> (erişim tarihi: 26.08.2021).

²³ DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması hakkında genel bilgi için bkz. <https://ticaret.gov.tr/data/5c1cdf5913b8761fc0cf270d/08.Anla%C5%9Fmazl%C4%B1klar%C4%B1n%20Halli%20Mekanizmas%C4%B1.doc> (erişim tarihi: 26.08.2021).

²⁴ Ticaret Bakanlığı internet sitesinde DSB, “Anlaşmazlıkların Halli Organı” olarak ifade edilmektedir. <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/cok-terafli-ve-bolgesel-iliskiler/cok-terafli-iliskiler/dunya-ticaret-orgutu-dto> (erişim tarihi: 26.08.2021).

²⁵ Orijinal adı “Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes” (Dispute Settlement Understanding-DSU) olan Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Usûlleri Hakkındaki Mutabakat Metni, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması Ek

yükümlülüklerine aykırılık, misilleme veya tazminat gibi yaptırımlara neden olabilir duruma gelmiştir²⁶.

Fikri mülkiyetle ilgili müzakerelerde fikri mülkiyetin mal varlığı olduğu değerlendirildiğinde, yatırım anlaşmalarında ve serbest ticaret anlaşmalarının yatırım bölümlerinde fikri mülkiyeti varlık olarak tanımlayan hükümlere ve yatırımcı-devlet tahkimi (uluslararası yatırım tahkimi) mekanizmasına yer verilmiştir. İlk zamanlar Paris ve Bern Konvansiyonlarının terminolojisi benimsenmişse de, koruma yaygınlaştıkça dil de değişmiştir. Daha sonraları iki taraflı yatırım anlaşmaları TRIPS'e işaret etmişler ve 'fikri mülkiyet hakları' terimini veya yaratıcı ürünleri kapsayıcı daha geniş terimleri kullanmışlardır²⁷.

Fikri mülkiyet bir yatırım varlığı olarak değerlendirildiğinde, fikri mülkiyetin mal varlığı boyutu daha keskin hale gelmiştir. Geleneksel anlamda fikri mülkiyet hukuku yaratıcılığı teşvik etmeyi amaçladığından, koruma ile ilgili meseleler yatırım üzerine değil, inovasyon üzerinedir. Bu durum markalarda müşteri ile etkili iletişim, patentlerde buluşçuluk, telifte orijinal ifade ile ilgilidir. Yatırım hukukunda tanımlandığında ise fikri mülkiyetin sermaye ve kaynak taahhüdü, kazanç beklentisi

2 olarak 25.02.1995 tarih ve 22213 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anlaşmanın tam metni için bkz.

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm (erişim tarihi: 26.08.2021);

Orijinal adı "Marrakesh Agreement Establishing The World Trade Organisation" olan

Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın (Marrakesh Anlaşması) tam metni için

bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm (erişim tarihi:

26.08.2021).

²⁶ Dreyfuss, Frankel, s. 563.

²⁷ Dreyfuss, Frankel, s. 571.

veya risk üstlenilmesi gibi yatırım özellikleri üzerinde durulmaktadır. Bununla birlikte, geleneksel anlamda fikri mülkiyet hukukunun, markalar için kaynağı belirleme, patent ve telif için inovasyonu teşvik etme gibi kriterleri varken, fikri mülkiyette kamulaştırmanın nasıl oluşacağına ilişkin belirli kriterler bulunmamaktadır²⁸.

Fikri mülkiyetin mal varlığı olması durumu hem maddi hukukta hem de yargılama usulünde değişikliklere neden olmuştur. Esas olarak yatırım uyuşmazlıkları DTÖ'deki uyuşmazlıklardan farklıdır. DTÖ'de uyuşmazlığı Anlaşmazlıkların Halli Organı'na (Dispute Settlement Body-DSB) taşıyıp taşımamaya devletler karar vermektedir. Devletler zarara uğramış olsalar dahi, siyasi nedenlerden dolayı DTÖ'de dava açmayabilirler. Bir devlet dava açmaya karar verdiğinde dahi Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Usûlleri Hakkındaki Mutabakat Metni (DSU) uyarınca dava başlamadan önce diplomatik görüşmeler yapmak zorundadır²⁹. Bu müzakereler genellikle uyuşmazlığı sona erdirmektedir³⁰. Ayrıca bir dava açıldığında, devletler hangi argümanları sunacaklarına kendileri karar vermektedir. Aksine, yatırım tahkimi yatırımcı hak sahipleri tarafından başlatılmaktadır. Jeopolitik kaygılar ve sosyal refah, yatırımcıların tahkime başvurma, uyuşmazlığı çözme veya belli iddialar ileri sürme kararlarında göz önünde bulundurdıkları hususlar değildir³¹.

²⁸ Dreyfuss, Frankel, s. 572.

²⁹ Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Usûlleri Hakkındaki Mutabakat Metni (DSU), m. 4.

³⁰ Bkz. Permanent Mission Report, Argentina-Patent Protection for Pharmaceuticals and Test Data Protection for Agricultural Chemicals, WT/DS171, WT/DS196 (May 31, 2002), https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds196_e.htm (erişim tarihi:26.08.2021).

³¹ Dreyfuss, Frankel, s. 573.

DTÖ’de ve yatırım uyuşmazlığında karar verilen konular da farklılık göstermektedir. Anlaşmazlıkların Halli Organının (DSB), fikri mülkiyet davaları ile ilgili olarak ‘adil ve eşit’ usul ve yöntemler hakkında belirlenmiş kriterleri vardır. Yatırım uyuşmazlıklarında ise sorun, devletin ‘adil yargılanma’ ve ‘adil ve eşit muamele’ sağlayıp sağlayamadığı ile ilgilidir fakat fikri mülkiyet özelinde belirlenmiş kriterler bulunmamaktadır³².

DTÖ davalarında devletler mevzuatlarını Anlaşmazlıkların Halli Organının (DSB) kararına uygun hale getirmek, misilleme ile karşılaşmak veya zararlar için tazminat ödemek durumundadırlar³³. Yatırım tahkiminde ise, bir devlet anlaşmayı ihlal ettiğinde yatırımcının uğradığı zararları karşılamakla yükümlüdür.

Son dönemlerde yatırım anlaşmaları, TRIPS gibi fikri mülkiyet yükümlülükleri ile uyumlu olarak fikri mülkiyet haklarının yaratılmasını, sınırlandırılmasını, kaldırılmasını ve zorunlu lisans çıkarılmasını hariç tutmaktadırlar³⁴. Ancak bu durumda

³² Dreyfuss, Frankel, s. 573.

³³ Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Usûlleri Hakkındaki Mutabakat Metni (DSU), m. 3.7, 22. DTÖ Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının yaptırımları hakkında genel bilgi için bkz. **Özlem Canbeldek Akın**, “Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasında Misilleme Yaptırımı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Pekcanitez’e Armağan, Cilt. 16, Özel Sayı, 2014.

³⁴ The Australia–United States Free Trade Agreement, U.S.-Austl., May 18, 2004, 43 I.L.M. 1248, <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta/final-text> (erişim tarihi: 06.02.2021) art. 11.7(5); Free Trade Agreement between the United States of America and the Republic of Korea, U.S.-S. Kor., June 30, 2007–Feb. 21, 2012, <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta/final-text> (erişim tarihi: 06.02.2021) art. 11.6(5).

bile farklı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Şöyle ki, bir yatırım anlaşması, TRIPS'ten daha fazla olacak şekilde esnekliklere sınırlamalar getirebilir. Örneğin TRIPS, bitkilere patent verilmesine istisna getirilmesine izin vermektedir. Dolayısıyla bitkilere patent verilmemesi halinde bu durum, bir TRIPS uyuşmazlığı olarak getirilemez iken, bir yatırım uyuşmazlığına konu edilmesi söz konusu olabilir³⁵.

Bunların yanı sıra, bir TRIPS uyuşmazlığında uluslararası yükümlülöklere aykırılık davacı tarafından ispatlanmalıdır. Yatırım tahkiminde ise TRIPS ile uyumlu olmak esasında bir savunmadır, dolayısıyla da davalı devlet tarafından ispatlanmalıdır. Dahası yatırımcılar, yatırım yaptıkları esnada beklentilerinin oluştuğunu iddia etmektedirler. Dolayısıyla, bir devletin TRIPS ile uyumlu olarak ve fakat yatırımı etkileyecek şekilde fikri mülkiyet mevzuatında değişiklik yapıp yapamayacağı önemli bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır. Tahkim davalarından kaçınmak amacıyla kamu yararını üstün tutan hükümlerin mevzuatlardan çıkarılmasının gündeme gelmesi mümkündür³⁶.

Fikri mülkiyet korumasının son dalgası olan uluslararası yatırım hukuku, fikri mülkiyeti bir yatırım türü olarak değerlendirmektedir. Uluslararası ticaret ve yabancı yatırım bağlamında, özellikle modern piyasa ekonomisinde fikri mülkiyet hakları, sahibine yabancı piyasaya girmek ve rekabetçi pozisyonunu sürdürmek için gereken hukuki korumayı sağlamaktadır. Bu anlamda fikri mülkiyet hakları, sahibinin piyasada yükselmesine olanak tanıyan stratejik bir varlık olarak hizmet etmektedir³⁷. Diğer

³⁵ Dreyfuss, Frankel, s. 574.

³⁶ Dreyfuss, Frankel, s. 574-575.

³⁷ Simon Klopschinski, Christopher Gibson, Henning Grosse Ruse-Khan, The Protection of Intellectual Property Rights Under International Investment Law, Oxford University Press, 2021, s. 35.

taftan, yatırım anlaşmaları yatırım kavramını geniş tanımladıklarında, bir devletin yabancı yatırımlara müdahale niteliğinde olacak şekilde ilaç patentleriyle ilgili düzenleme getirmesi, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında gerginlik yaratmaktadır. Zira böyle bir düzenleme, yabancı şirketlerin patent haklarını koruyan yatırım anlaşması hükümlerinin bir ihlali olarak algılanabilmektedir. Dahası, yatırım anlaşmaları ile yabancı yatırımcılara yatırım tahkimine doğrudan giriş hakkı tanınması nedeniyle, yabancı yatırımcılar ulusal düzenlemeleri doğrudan dava edebilmektedir. Yatırımcılar böylece, kendi yatırım ve ticari faaliyetlerini etkileyen bu düzenlemeler için tazminat talep edebilmektedir³⁸.

B. Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukuku ve Ülkesellik

Her ülke, maddi ve şekli (tescil gibi) koşulları karşılamak suretiyle, fikri mülkiyet haklarını kendi ülkesinin sınırları içinde korumaktadır³⁹. Diğer bir anlatımla, tescil, ilgili ülke sınırları dâhilinde etkili olacaktır. Bu durum, ülkesellik ilkesinin bir gereğidir⁴⁰.

Uluslararası fikri mülkiyet hukukunun birkaç kaynağı patentler konusunda düzenleme getirmektedir. Patentlerin ulusal sınırlarının tanınması uzun bir geçmişe

³⁸ **Valentina S Vadi**, “Towards a New Dialectics: Pharmaceutical Patents, Public Health and Foreign Direct Investments” New York University Journal of Intellectual Property & Entertainment Law, Vol. 5, Issue. 1, 2015, s. 128.

³⁹ **Ünal Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 48; **Ömer Arbek**, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 46.

⁴⁰ **Cahit Suluk, (Rauf Karasu, Temel Nal)**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2019, s. 7.

dayanmaktadır. Paris Konvansiyonu, patentlerle ilgili en eski uluslararası anlaşmalardan biridir⁴¹. Fakat bu Konvansiyon, hiçbir üye ülkeye patent verme yükümlülüğü yüklememektedir. Paris Konvansiyonu, sınai mülkiyetin korunmasına ilişkin yabancıların vatandaşla aynı korumadan yararlanmasını sağlayan kurallar koymaktadır⁴². Gerçekten de, patentlerin bağımsızlığına dair hükme göre, bir ülkede bir buluş için patent verilmesi veya başvurunun reddedilmesi başka bir ülkenin bu konudaki kararını etkilemez⁴³. Bu kural, patentlerin yerel takdir yetkisine bağlı olduğunu ve patent veren ulusun ülkesi ile sınırlı olduğunu tanımakta ve pekiştirmektedir. Dolayısıyla ülkelerin sadece patentleri tamamen yasaklayıp yasaklamadıkları değil, patent verme koşulları da ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir⁴⁴.

Paris Konvansiyonu fikri mülkiyeti, inovasyonu özendiren bir teşvik olarak yorumlamaktadır⁴⁵. Bu konvansiyon öncelik, kayıt ve lisans verme usullerinde uyum sağlamak ve yabancı patent sahipleri için milli muamele gerektirmektedir. Teorik olarak Paris Konvansiyonu kapsamındaki yükümlülöklere uygun davranmayan bir üye devlet, Uluslararası Adalet Divanı'nda dava edilebilmekte ise de pratikte böyle bir dava ile karşılaşılmamıştır⁴⁶. Yine de, DTÖ bünyesindeki TRIPS Anlaşması, Paris

⁴¹ Sınai Hakların Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi, 20 Mart 1883 tarihinde akdedilmiş, son olarak 14 Temmuz 1967'de Stockholm'de tadil edilmiştir.

⁴² Paris Sözleşmesi, m. 2-3.

⁴³ Paris Sözleşmesi, m. 4 (Birinci Mükerrer).

⁴⁴ Ho, Sovereignty, s. 228.

⁴⁵ Dreyfuss, Frankel, s. 561.

⁴⁶ Paris Sözleşmesi, m. 28.

Konvansiyonu'nun bazı hükümlerini ihtiva etmekte olup, bu hükümler DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması aracılığıyla uygulanabilmektedir⁴⁷.

Patentlerle ilgili ikinci önemli uluslararası anlaşma Patent İşbirliği Anlaşmasıdır (Patent Cooperation Treaty-PCT). 1970 tarihli bu anlaşma, her bir üye devlette uygulanabilen tek tip başvuru ile birden fazla ülkede patent elde etmeyi kolaylaştıran bir mekanizma sağlamaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu anlaşma da, genel egemenliği ve ülkesel sınırları tanımakta olup tek bir başvuru ile birden fazla ülkede patent başvurusu yapma sürecini kolaylaştırmaktadır. Örneğin, bir başvuru, her bir üye devlette öncelikli başvuru tarihi oluşturmakta, fakat her devlet kendi patent standartlarına göre başvuruyu değerlendirmektedir⁴⁸.

Günümüzde pek çok devlet DTÖ'ye üyedir ve bu nedenle de fikri mülkiyet haklarını TRIPS Anlaşması'na göre düzenlemek zorundadır. 1994 tarihli bu anlaşma, ülkelerin patent verme uygulamaları üzerinde büyük bir değişiklik meydana getirmiştir. Üye ülkeler, belli patent verilebilirlik standartlarını karşılayan bütün buluşlara patent hakkı vermekle yükümlüdür.

TRIPS Anlaşması günümüzde pek çok ülkeye patent hakkı tanıma yükümlülüğü getirirse de, tek tip standartlardan ziyade asgari standartlar öngördüğünden yerel hukuk kurallarındaki çeşitliliği açıkça kabul etmektedir⁴⁹. Diğer bir anlatımla bu anlaşma, patent hakkı verme konusunda önemli ölçüde esneklik de sağlamaktadır. Örneğin,

⁴⁷ **Vadi**, Towards, s. 126.

⁴⁸ Patent İşbirliği Anlaşması (Patent Cooperation Treaty-PCT), 19 Haziran 1970.

⁴⁹ Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS), 15 Nisan 1994, m. 1(1), anlaşmanın tam metni için bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04_e.htm (erişim tarihi:06.02.2021).

TRIPS Anlaşması patent verilebilirlik sağlayan buluşlara patent verilmesini gerekli kılmasına rağmen, ‘buluş’un tanımını yapmamaktadır⁵⁰. Dolayısıyla bir ülke örneğin, bilgisayar yazılımını bir buluş olarak kabul etmiyorsa patent verilebilir olmaktan hariç tutabilir. Benzer şekilde, Anlaşma ‘yeni’, ‘buluş basamağı içeren’ ve ‘sanayiye uygulanabilir’ buluşlar için patent verilmesi yükümlülüğü getirse de, bu koşulları tanımlamamıştır⁵¹. TRIPS Anlaşması’nın özel tanımlamalar içermemesi, ülkelere kendi tanımlamalarını yapma imkânı sağlamaktadır⁵².

Dolayısıyla, örneğin, ülkeler ilaç patentlerine birtakım korumalar sağlamak zorunda iseler de, sosyal politikalar üzerinde oluşabilecek olumsuz etkileri en aza indirmek için TRIPS Anlaşması’nın patent verilebilirlik kriterlerini kendileri tanımlayabilirler. Bir ülke, bilinen bir bileşimin yeni keşfedilen kullanımını bir buluş veya yenilik olarak değerlendirmeyebilir. Zira TRIPS Anlaşması bu terimleri tanımlamamıştır. Kullanımın kendisi yeni olsa da, bu kullanım bileşimin içerisinde hâlihazırda bulunmaktadır. Ülkeler ayrıca, böyle bir kullanımın yaratıcılık eşiğinin altında kaldığını öngörebilir⁵³. Hindistan’daki patentlere dair yasal değişiklikler, bilinen bileşimlerin yeni kullanımlarına patent verilmesinin önlenmesinde bu yaklaşımı benimsemiştir⁵⁴.

Ülkeler ayrıca, bir buluşun ‘yararlı’ olması gerektiğine dair TRIPS Anlaşması’nın patent verilebilirlik koşulunun nasıl sağlanacağına kendileri karar

⁵⁰ TRIPS Anlaşması, m. 27.

⁵¹ TRIPS Anlaşması, m. 27.

⁵² **Ho**, Sovereignty, s. 229.

⁵³ **Ho**, Sovereignty, s. 230.

⁵⁴ The Patents (Amendment) Act, 2005, No. 15, § 3(d), Acts of Parliament, 2005 (India).

verebilmektedir⁵⁵. TRIPS Anlaşması'nın 27. maddesi, endüstriyel uygulamaya elverişli olan buluşlara patent verilmesini öngörmektedir. İlgili maddenin dipnotunda, bu ifadenin 'yararlı' olmakla eş anlamlı olduğuna dair açıklama yer almaktadır⁵⁶.

Fikri mülkiyet korumasına ilişkin kurallar içeren uluslararası anlaşmalar yürürlükte ve ülkesellik ilkesi de geçerliliğini sürdürmektedir⁵⁷.

C. Fikri Mülkiyet Korumasına Uluslararası Standartlar Getiren Anlaşma: TRIPS Anlaşması

Geçtiğimiz yüzyılda, fikri mülkiyet korumasına belli bir standart getirmek amacıyla birtakım uluslararası girişimlerde bulunulmuştur. Bu girişimler, fikri mülkiyetin yabancı ve yerli sahiplerine belli düzeyde koruma sağlamayı, asgari düzeyde maddi hukuk korumaları ve usule ilişkin korumalar getirmeyi kapsamaktadır⁵⁸.

Uluslararası fikri mülkiyet kuralları oluşturmaya yönelik daha eski tarihli girişimler bulunsada, TRIPS Anlaşması, DTÖ üye ülkelerinde fikri mülkiyet korumasına bir dereceye kadar uyum getirmeyi amaçlamıştır⁵⁹.

⁵⁵ TRIPS Anlaşması, m. 27 (1).

⁵⁶ TRIPS Anlaşması Türkçe metni için bkz. https://fikrimulkiyet.com/mevzuat/ticaretle-baglantili-fikri-mulkiyet-haklari/#_ftn8 (erişim tarihi: 06.02.2021).

⁵⁷ Ho, Sovereignty, s. 231.

⁵⁸ David Hindman, "The Effect of Intellectual Property Regimes on Foreign Investments in Developing Economies", Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol. 23, Issue. 2, 2006, s. 481.

⁵⁹ Hindman, s. 482.

Fikri mülkiyet koruması, TRIPS Anlaşması aracılığıyla uluslararası ticaretle bağlantı yakalamıştır. Ticaretin fikri mülkiyet ihlalleri ile zarar görmesi nedeniyle, başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere pek çok ülke, uluslararası ticaret müzakerelerine fikri mülkiyet korumasını dâhil etmek istemişlerdir. Ayrıca, DTÖ'ye kabul edilmek geliştirmekte olan ülkeler için önem taşıdığından, TRIPS Anlaşması'nın DTÖ'ye katılmaya bağlanması, fikri mülkiyet koruması için uluslararası kuralların kabul edilmesindeki tedirginlikleri büyük oranda ortadan kaldırmıştır⁶⁰.

TRIPS Anlaşması, fikri mülkiyet alanında en kapsamlı uluslararası anlaşmadır. Bu anlaşma, uluslararası kamu hukukunda fikri mülkiyet korumasının çok önemli bir belgesidir. TRIPS Anlaşması, DTÖ üye ülkeleri arasındaki tüm önemli fikri mülkiyet haklarını, sorumlulukları ve yükümlülükleri düzenlemektedir. Bu anlaşma, Paris ve Bern Konvansiyonlarındaki esaslı koruma standartlarını da barındırmaktadır⁶¹. TRIPS Anlaşması'nda, üye devletlerin kendi ulusal hukuk sistemlerinde uygulamak zorunda oldukları asgari standartlara yer verilmiştir. Bu standartlar fikri mülkiyetin mevcudiyeti, kapsamı, kullanımı, korunması ve uygulanması ile ilgilidir. TRIPS Anlaşması aynı zamanda, kamu sağlığının veya hayati önemi bulunan sektörlerde kamu yararının teşvik edilmesi için, standartların uygulanmasında esneklik sağlayan hükümlere de yer vermektedir⁶².

TRIPS Anlaşması'na taraf olmak, DTÖ'ye girebilmek için zorunlu bir koşuldur. TRIPS Anlaşması, bütün üye ülkelerin uymak zorunda olduğu asgari düzeyde fikri mülkiyet kabul edilebilirlik koşulları öngörmektedir. DTÖ'nün ticari yaptırım tehdidi,

⁶⁰ Hindman, s. 482.

⁶¹ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 41.

⁶² Bkz. TRIPS Anlaşması, m. 8.1; Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 42.

tüm üye devletlerde bu asgari düzeyin fikri mülkiyet koruması için zemin oluşturmalarını garanti etmektedir⁶³.

Bununla birlikte, TRIPS Anlaşması ulusüstü bir rejim yaratmamaktadır. Ülkesellik ilkesine uygun şekilde, fikri mülkiyeti ulusal sistemler aracılığıyla uyumlulaştıran bir yaklaşım öngörmektedir. Üye devletler ulusal fikri mülkiyet kurallarını anlaşmada öngörülen standartlara uygun hale getirmek zorundadırlar⁶⁴. Bir üye devlet, diğer bir üye devletin TRIPS Anlaşması ile uyumluluğunu, DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Organı önünde dava edebilir⁶⁵.

TRIPS Anlaşması asgari standartlar öngördüğünden, üye devletler, en çok gözetilen ulus ve milli muamele gibi genel ilkelere uymak koşuluyla TRIPS Anlaşması'nda yer almayan daha geniş korumalar da getirebilirler⁶⁶. Bu nedenle, DTÖ üye devletleri tarafından TRIPS Anlaşması'ndan sonra müzakere edilen herhangi bir fikri mülkiyet anlaşması ancak benzer veya daha yüksek standartlar (genellikle TRIPS-plus olarak bilinen) öngörebilir⁶⁷.

Gelişmekte olan ülkeler, TRIPS Anlaşması kapsamında fikri mülkiyete gereğinden fazla koruma sağlandığına ilişkin kaygılarını dile getirmişlerdir. Gelişmiş ülkelerle aynı standartlara tabi tutulmanın adil olmadığını savunmuşlardır. TRIPS Anlaşması'nın, bir ülkenin kamu sağlığını geliştirmek için teknolojiyi kullanmasına engel olabileceği endişesini ifade etmişlerdir. Fikri mülkiyet korumasının teknolojiye erişimin fiyatını yükselterek, yerel şirketleri rekabet edemez hale getirerek ve onları

⁶³ **Hindman**, s. 482.

⁶⁴ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 42.

⁶⁵ TRIPS Anlaşması m. 64.

⁶⁶ TRIPS Anlaşması m. 1.1.

⁶⁷ **Vadi**, Towards, s. 128.

piyasanın dışına sürerek ekonomik gelişmeyi engelleyebileceği şeklindeki kaygılar ileri sürülmüştür⁶⁸.

Bu kaygıları hafifletmek amacıyla TRIPS Anlaşması, gelişmekte olan ülkeler için beş yıllık, az gelişmiş ülkeler için on yıllık geçiş süreci öngörmüştür. Bu geçiş süreçleri, gelişmekte olan ülkelere fikri mülkiyet korumalarını uygulamaları için uygun bir süre tanımayı amaçlamıştır⁶⁹. Kasım 2001 tarihli Kamu Sağlığı ve TRIPS Anlaşması Hakkında Doha Bildirisinde, patentlerle ilgili geçiş süreci az gelişmiş ülkeler için 2016 yılına uzatılmıştır⁷⁰. Ancak Kasım 2015 tarihinde DTÖ TRIPS Konseyi, bu geçiş sürecini 1 Ocak 2033'e kadar uzatan bir karar almıştır⁷¹.

DTÖ, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (World Intellectual Property Organization-WIPO) gibi çok taraflı kuruluşlar vasıtasıyla uluslararası fikri mülkiyet korumasını güçlendirmeye çalışan eğilimler bulunmaktadır. Öte yandan, uluslararası fikri mülkiyet kurallarını kamu sağlığı gibi amaçlar doğrultusunda yeniden değerlendirmeye yönelik teşebbüsler söz konusu olmuştur⁷². Bu kapsamda, 2001 tarihinde AIDS salgınının etkisi

⁶⁸ Hindman, s. 483.

⁶⁹ Hindman, s. 483.

⁷⁰ DTÖ- Bakanlar Konferansı, TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığı Hakkında Bildiri, 20 Kasım 2001 (WTO-Ministerial Conference, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health) https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm (erişim tarihi: 06.02.2021).

⁷¹ Bkz. WTO website, 'Responding to least developed countries' special needs in intellectual property', https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ldc_e.htm (erişim tarihi: 18.01.2020).

⁷² Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 45.

ve gelişmekte olan ülkelerin girişimleriyle Kamu Sağlığı ve TRIPS Anlaşması Hakkında Doha Bildirisi yayınlanmıřtır⁷³. Doha Bildirisi esas olarak, TRIPS Anlaşması'nın kamu sağlığını destekleyecek şekilde yorumlanmasını teşvik etmektedir. Bildiri, kamu sağlığına ve patent haklarına odaklanmaktadır. Bu bildiri özellikle zorunlu lisans gibi TRIPS Anlaşması esnekliklerine açıklık getirmektedir⁷⁴.

TRIPS Anlaşması, imzalandığı tarihten bu yana tartışılmaktadır. Gelişmekte olan ülkeler, fikri mülkiyet korumasına yüksek standartlar getirilmesinin, tıbbi ilaçlara ve teknolojiye erişimi tehlikeye atacağı düşüncesiyle bu anlaşmaya karşı çıkmışlardır. Ayrıca bu anlaşma ile kamu sağlığı gibi önemli devlet politikalarına karşılık patent hakkı sahiplerinin ekonomik çıkarlarına ayrıcalık tanındığı ileri srlmřtr⁷⁵. TRIPS Anlaşması'nın uzun ve yoğun müzakereler sonucu imzalanması, özel çıkarlar ve kamu menfaatleri arasında en ideal dengenin sağlandığı anlamına gelmemektedir. Bilakis lkeler, genel itibariyle DT'den faydalanmak amacıyla, ilaç sektörü, teknoloji gibi alanlardaki düzenleme yetkilerinden taviz vermek suretiyle fikri mülkiyet korumasının yüksek standartlarını kabul etmiřlerdir⁷⁶.

Günümüzde fikri mülkiyet hakları artık yalnızca DT ve WIPO çerçevesinde tartışılmamaktadır. Fikri mülkiyet aynı zamanda, iki taraflı ve bölgesel serbest ticaret

⁷³ DT- Bakanlar Konferansı, TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığı Hakkında Bildiri, 20 Kasım 2001 (WTO-Ministerial Conference, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health).

⁷⁴ Bkz. Doha Bildirisi 4 ila 6. Paragrafları.

⁷⁵ **Jerome H Reichman**, "The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries", Case Western Reserve Journal of International Law, Vol. 32, Issue. 3, 2000, s. 441-43.

⁷⁶ **Vadi**, Towards, s. 127.

anlaşmalarında ve yatırım anlaşmalarında tartışılan konulardan biri haline gelmiştir. Uluslararası yatırım anlaşmaları ek bir hukuki rejim de öngörmektedir. Uluslararası fikri mülkiyet hukukunu çevreleyen bu parçalı yapı, kuralların birbiriyle tutarlı şekilde uygulanıp uygulanamayacağı hususunda endişeleri tetiklemektedir. Bu çerçevede, TRIPS Anlaşması, uluslararası yatırım anlaşmaları ve fikri mülkiyeti düzenleyen diğer uluslararası belgeler arasında çatışmaların meydana gelip gelmeyeceği, fikri mülkiyete dair geçerli bir soru olarak güncelliğini korumaktadır⁷⁷.

II. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKU VE TAHKİM

A. Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ve Yatırımcı-Devlet Tahkimi

Yabancı yatırımları düzenleyen uluslararası yatırım hukuku, uluslararası hukukun önemli bir kısmını teşkil etmektedir⁷⁸. Yabancı yatırımcılara, yatırımlarının korunması için haklar tanıyan ve bu hakların ulusal mahkemeler dışında korunabilmesi için mekanizmalar sağlayan 3000'in üzerinde uluslararası anlaşma bulunmaktadır. Bu anlaşmalar, iki taraflı yatırım anlaşmaları olabileceği gibi Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (North American Free Trade Agreement-NAFTA) gibi çok taraflı anlaşmalar da olabilmektedir⁷⁹.

Bu anlaşmalarda taraf devletler, diğer taraf devletin yatırımcılarına belli bir dereceye kadar koruma sağlama yükümlülüğü altına girmektedir. Bu yükümlülükler, en çok gözetilen ulus, adil ve eşit muamele, kamulaştırma durumunda tazminat gibi yükümlülükleri kapsamaktadır⁸⁰. Bu anlaşmalar yatırımcılara, yatırımlarının kamulaştırılması, sebepsiz ve ayrımcı önlemler alınması gibi durumlarda tazminat

⁷⁷ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 47.

⁷⁸ **Vadi**, Towards, s. 132.

⁷⁹ **Ho**, Sovereignty, s. 231.

⁸⁰ **Vadi**, Towards, s. 132.

güvencesi, eşit ve adil davranma garantisi gibi haklar tanımaktadır. Bütün bu haklar, yabancı yatırımcıları uygunsuz risklere karşı korumak suretiyle, yatırım yapmaları için teşvik etmeyi amaçlamaktadır⁸¹.

Yabancı yatırımların korunması için en önemli araç olarak kabul edilen uluslararası yatırım anlaşmaları, taraf devletler arasında yatırımların teşvik edileceğine dair genel bir beklenti doğurmaktadır. Ev sahibi ülkeler, yabancı yatırımları cezbetmek amacıyla, yabancı yatırımların korunmasına yönelik yükümlülükler altına girmektedirler. Devletler ayrıca, kendi yatırımcılarının diğer ülkelerdeki ekonomik çıkarlarını korumak için de yatırım anlaşmalarına uymaktadırlar. Bu nedenlerle, yabancı yatırımlara ilişkin büyüyen rekabet ortamında yatırım anlaşmaları çok önemli bir rol oynamaktadır⁸².

Yatırımcı-devlet tahkimi, yatırımları korumak ve teşvik etmek için imzalanan iki taraflı anlaşmalarla eş zamanlı olarak gelişmiştir. Bu durum İkinci Dünya Savaşından sonra bağımsızlığını kazanan devletlerin yabancı yatırımları kendi ülkelerine çekmek istemeleriyle başlamıştır⁸³.

Uluslararası yatırım anlaşmaları, yabancı yatırımcılara doğrudan yatırım tahkimine başvurma imkânı sunmaktadır. Geleneksel anlamda uluslararası hukuk, yabancı yatırımcılar ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için doğrudan bir mekanizma öngörmediğinden, bu durum uluslararası hukukta bir yenilik olarak ortaya çıkmıştır. Yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının uluslararası arenaya taşınmasının altında yatan neden, ulusal uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genellikle

⁸¹ **Ho**, Sovereignty, s. 232.

⁸² **Vadi**, Towards, s. 133.

⁸³ **Ho**, Sovereignty, s. 232.

önyargılı veya yabancı yatırımcıların korunması için yetersiz olmasına karşın, uluslararası hakem heyetlerinin bağımsız ve tarafsız olarak algılanmasıdır⁸⁴.

Her ne kadar yabancı yatırımcıların, devletleri ulusal mahkemelerde dava etme olanağı bulunsa da, mahkemelerin tarafsızlığından şüphe duymaları da muhtemeldir. Bazı durumlarda da devletin egemenliğinin bağımsızlığı ile karşı karşıya kalmaları söz konusu olabilmektedir. Bütün bu durumlar yabancı yatırımcıya, devletin eylem ve işlemlerine karşı sınırlı başvuru imkânları sunmaktadır. Bu nedenle yatırımcı-devlet tahkimi kendine özgü bir yöntemle, yatırımcılara, bu tür problemlere karşı önemli bir seçenek sunmaktadır. Yatırımcılar devlete karşı iddialarını ulusal veya uluslararası mahkemelerde değil, genellikle avukatlardan oluşan özel hakemler önünde ileri sürmektedir. Devletler, ilgili anlaşma hükmünü kabul ederek yatırım tahkimine rıza göstermiş sayılmaktadır. Yabancı yatırımcıların uyuşmazlıkları devlete karşı tahkime götürebilmesi, yatırımlara karşı engellemelerin önüne geçilmesini sağlamaktadır⁸⁵.

Genel olarak tahkim, tarafların bir uyuşmazlığın çözümü için tarafsız ve tarafları bağlayıcı karar almaları amacıyla ve ortak rıza ile özel karar vericiler olan hakemlere başvurmaları sürecidir. Tahkimin, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde tercih edilen bir araç olarak görülmeye başlaması, uluslararası ticari tahkim davalarında başarıya ulaşılmış olmasıyla ilgilidir. Tahkimin uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilen bir mekanizma haline gelmesi; tarafsız olması, kararlarının uygulanabilir olması, hakemlerin yetkin ve kaliteli olması, sürecin esnek, hızlı ve mahrem olması gibi nedenlere dayandırılmaktadır⁸⁶.

⁸⁴ **Vadi**, Towards, s. 133.

⁸⁵ **Ho**, Sovereignty, s. 232-233.

⁸⁶ **Flavia Marisi, Julien Chaisse**, “Is Intellectual Property Investment: Formation, Evolution, and Transformation of the Intellectual Property Rights - Foreign Direct

Yatırım tahkimi ve uluslararası ticari tahkim arasında genel itibariyle benzer özellikler bulunsada yatırım tahkimi, bir tarafın devlet olması nedeniyle hibrid bir tip olarak sınıflandırılmaktadır⁸⁷.

Uluslararası yatırım tahkiminin tercih edilen bir mekanizma olarak uygulanması birkaç nedene dayandırılmaktadır. Bunlardan biri, Batılı şirketlerin, ev sahibi ülkenin yerel mahkemelerinde dava açma konusunda endişe duymalarıdır. Tahkim sonucu verilen kararın uygulanabilirliği de diğer bir neden olarak gösterilmektedir. Tahkim kararlarının bağlayıcılığını ve uluslararası uygulanabilirliğini sağlayabilmek adına, 1958 tarihli Yabancı Tahkim Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konvansiyon (New York Konvansiyonu) 145 ülkenin üzerinde ülke tarafından imzalanmıştır⁸⁸.

Ayrıca yatırım tahkimi, taraflara tahkim yerini, usul kurallarını ve hakem heyetini seçme imkânı tanımaktadır. Taraflarca seçilen hakemler de genellikle alanında deneyimli ve yetkin hukukçular olmaktadır. Tahkim, daha hızlı bir yargılama süreci olması nedeniyle de yerel mahkemelere göre daha avantajlı olabilmektedir. Bütün bu nedenlerle, UNCTAD tarafından ‘ISDS'deki Güncel Gelişmeler’ 2015 notunda da açıklandığı üzere tahkim, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde en çok başvuru alan yöntem olmuştur⁸⁹.

Investment Normative Relationship” Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 34, Issue. 1, 2019, s. 141.

⁸⁷ Marisi, Chaisse, s. 141.

⁸⁸ Marisi, Chaisse, s. 142.

⁸⁹ UNCTAD, IIA Issues Note: Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014, United Nations Unctad (May 2015), https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaepcb2015d2_en.pdf (erişim tarihi: 26.08.2021).

Yatırım anlaşmalarının dikkate değer şekilde çoğalmasını, uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak tahkimi içermek suretiyle yatırımları koruma altına almış olmaları tetiklemiştir⁹⁰.

Yatırımcı-devlet tahkimini öngören hükümler, iki taraflı yatırım anlaşmalarında, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) (Bölüm 11), (ABD-Meksika-Kanada Anlaşması) (Bölüm 14), Kapsamlı ve Ekonomik Ticaret Anlaşması (Comprehensive and Economic Trade Agreement - CETA) (Bölüm 8), Trans-Pasifik Ortaklığı için Kapsamlı ve Aşamalı Anlaşma (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership - CPTTP) (Bölüm 9) gibi bölgesel serbest ticaret anlaşmalarında ve Enerji Şartı Anlaşması gibi sektöre özel anlaşmalarda yer almaktadır.

Yatırım uyuşmazlıklarının tahkim ile çözülmesine ilişkin olarak Dünya Bankası, Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Konvansiyonu (Washington Konvansiyonu)⁹¹ 1965 yılında kabul etmiştir⁹². Konvansiyon, çok taraflı bir sözleşme şeklinde Dünya Bankasına üye

⁹⁰ **Marisi, Chaisse**, s. 142.

⁹¹ ICSID Konvansiyonu veya ICSID Sözleşmesi olarak da anılmaktadır, bkz. **İlhan Yılmaz**, “ICSID Kurallarının Gelişimi ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 19, Sayı. 1, 2020, s. 456.

⁹² Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Mar. 18, 1965), 17 U.S.T. 1270; Türkiye, Konvansiyonu 24 Haziran 1987 tarihinde imzalamış, onay belgesini 3 Mart 1989’da sunmuş ve Türkiye bakımından Konvansiyon 2 Nisan 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir, bkz. **Yılmaz**, ICSID, s. 456, dn. 1; Konvansiyonun Türkçe metni için bakınız RG. 06.11.1988 - 20011.

ülkelere imzaya açılmıştır. Dünya Bankasına üye olmayıp Uluslararası Adalet Divanı Statüsüne taraf olan ülkeler de Konvansiyona taraf olabilir. Konvansiyon, 20 üye ülkenin onaylamasıyla 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁹³. Washington Konvansiyonu, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezini (International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID) kurmuştur. ICSID tahkimi, uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak pek çok yatırım anlaşmasına dâhil edilmiştir⁹⁴.

Yatırımcı-devlet tahkimine yapılan başvuru son yıllarda hızlı bir artış göstermektedir. 1 Ocak 2019 tarihinde bilinen yatırımcı-devlet tahkimi davalarının toplam sayısı 942 iken, yıl sonunda bu sayı yaklaşık 1000'e yükselmiştir⁹⁵. 1987 ile 2018 yılları arasındaki davaların yüzde 36'sı devlet yararına, yüzde 29'u yatırımcı yararına sonuçlanmıştır⁹⁶. Bilinen bütün davaların yüzde 71'ini oluşturacak şekilde, uluslararası yatırım tahkimine başvuran yatırımcılar gelişmiş ülkelerden gelen

⁹³ Yılmaz, ICSID, s. 456; Konvansiyonun 67. Maddesi uyarınca, Dünya Bankasına üye olmayan ülkelerin taraf olabilmesi için, Merkez İdari Konseyinin 2/3 çoğunluk kararıyla imza için davet edilmesi gerekmektedir, bkz. **İlhan Yılmaz**, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul 2004, s. 34 vd; Konvansiyonu 163 ülke imzalamış, 154 ülke onaylamıştır, bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> (erişim tarihi: 08.04.2020).

⁹⁴ **Marisi, Chaisse**, s. 143.

⁹⁵ UNCTAD, 'World Investment Report 2019—Special Economic Zones', UNCTAD/WIR/ 2019 (2019) s. 102, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf (erişim tarihi: 18.01.2020).

⁹⁶ UNCTAD, 'World Investment Report 2019—Special Economic Zones', UNCTAD/WIR/ 2019 (2019) s. 104.

yatırımcılardır. Son dönemlerde gelişmiş ülkelere karşı açılan davaların oranı artmış ise de, çoğu dava gelişmekte olan ülkelere karşı açılmaktadır⁹⁷.

Türk hukuku bakımından, mevzuatımızda tahkim ve yabancı yatırım konuları muhtelif kanunlarda düzenlenmiştir. Uluslararası tahkimi düzenleyen temel mevzuat 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'dur. 4686 sayılı Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya taraflarca ya da hakem heyetince uygulanabilir hukuk olarak seçildiği uyuşmazlıklarda uygulanacaktır⁹⁸. Uluslararası tahkime ilişkin bir diğer düzenleme, 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun'dur. Bu Kanun, Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin uygulanması ve yabancı yatırımcıları Türkiye'ye çekebilmek amacıyla çıkarılmıştır. Yap-İşlet-Devret, bir bayındırlık işinin özel teşebbüs tarafından kurulmasını, belli bir süre işletildikten sonra bedelsiz olarak ilgili kamu idare veya kurumuna teslimini öngören formüldür. Yabancı şirketlerin Türkiye'de kamu veya özel kuruluşlarla yaptıkları sözleşmelerde uyuşmazlıkların genellikle tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülmektedir. 1994 yılında, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunun 5. maddesi uyarınca, kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesine ilişkin yatırım sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi haline getirilmiştir. Bu hüküm ile Danıştay ön denetimini bertaraf etmek ve tahkim şartının geçerliliğine ilişkin yabancı yatırımcıların endişelerini ortadan kaldırmak hedeflenmiştir. Anayasa Mahkemesi,

⁹⁷ UNCTAD, 'World Investment Report 2019—Special Economic Zones', UNCTAD/WIR/ 2019 (2019) s. 103.

⁹⁸ **Sedat Çal**, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 142.

28.6.1995 tarihli ve 71/23 sayılı kararıyla bu maddeyi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bunun üzerine, 4446 sayılı ve 13.8.1999 tarihli Anayasa'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına bir hüküm eklenmiş, ayrıca 155. maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiştir. Anayasa'nın 125/1. maddesine eklenen hüküm uyarınca; kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime yalnızca yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir. Anayasa'nın 155. maddesinde yapılan değişiklikle de, kamu hizmetleri ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında Danıştay'ın iki ay içinde düşüncesini bildirmesi öngörülmüştür. Anayasa'da yapılan mezkûr değişiklikten sonra, 21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun çıkarılmıştır. 4501 sayılı Kanun, yalnızca yabancılık unsuru taşıyan imtiyaz sözleşmelerine dair tahkim sözleşmesi yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları düzenlemektedir⁹⁹. Yatırım tahkimine ilişkin bir başka düzenleme ise 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'dur. Bu Kanun ile doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesi, yabancı yatırımcıların haklarının korunması, doğrudan yabancı yatırımların arttırılması amaçlanmaktadır. Kanunun 2. maddesinde, yabancı yatırımcı ve doğrudan yabancı yatırım terimleri tanımlanmıştır. Ayrıca Kanunun 3(e) maddesinde, yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla da çözümlenebileceğine dair hükme yer verilmiştir¹⁰⁰.

⁹⁹ **Ziya Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, İstanbul 2016, s. 17-20.

¹⁰⁰ **Çal**, s. 144-145.

B. Uluslararası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi Arasındaki Benzerlikler ve Farklar

Uluslararası ticari tahkim ve yatırım tahkiminin birkaç ortak özelliği bulunmaktadır. İki tahkim türü için de rıza gerekmekte olup, rızanın gösterilme şekli farklılık arz etmektedir. Ayrıca, iki tahkim şeklinde de hakemler taraflarca veya tarafların onay verdiği kurumlar tarafından özel olarak seçilmekte olup, tarafları bağlayıcı karar vermektedirler. Buna ek olarak, UNCITRAL Kuralları gibi ticari tahkim kuralları, yatırım tahkim kuralları için esin kaynağı olmuştur¹⁰¹.

Diğer taraftan, uluslararası ticari tahkim ve yatırım tahkimi çeşitli açılardan farklılık göstermektedir. En önemli fark, uluslararası ticari tahkim özel iki taraf arasında iken, yatırım tahkiminin yatırımcı olan bir özel taraf ve bir devlet arasında olmasıdır. Bu nedenle, yatırım tahkimi kapsamında devletin çıkarları ve politikaları önemli ölçüde yer alabilmekte, tahkim kararı, geniş bir nüfus üzerinde etkilerini gösterebilmektedir¹⁰².

Diğer bir farklılık ise, yatırım tahkiminde yalnızca bir taraf diğer tarafa karşı dava açabiliyorken, uluslararası ticari tahkimde iki tarafın da iddialarını ileri sürebiliyor olmasıdır¹⁰³.

Yatırım tahkiminde iddia, anlaşma hükmünün ihlal edilmesine dayanmakta iken, uluslararası ticari tahkimde iddianın temeli bir sözleşme hükmünün ihlalidir¹⁰⁴.

Ayrıca, yatırım tahkimi ve uluslararası ticari tahkim hukuk kültürü, uygulanabilir hukuk, tahkim sürecinde izlenecek usul, yargılama, dava yönetimi,

¹⁰¹ **Marisi, Chaisse**, s. 145.

¹⁰² **Marisi, Chaisse**, s. 145.

¹⁰³ **Marisi, Chaisse**, s. 145.

¹⁰⁴ **Marisi, Chaisse**, s. 145.

şeffaflık ve gizliliğin dengelenmesinde gösterilen tutum, kararların yeknesaklığı konularında birtakım farklılıklar göstermektedir.

Hukuk kültürü açısından, uluslararası ticari tahkimde çoğu kurumsal tahkim kuralları, bölgeler arasında değişen ticari teamüllerin hakemlerce dikkate alınmasını zorunlu tutmaktadır. Yatırım tahkiminde de, her devletin kendi hukuk sistemlerinden kaynaklanan hukuk kültüründeki farklılıklar göz önüne alınmaktadır¹⁰⁵.

Uygulanabilir hukuk yönünden değerlendirme yapıldığında, New York Konvansiyonu, ticari tahkime uygulanabilecek tek anlaşmadır. Oysaki yatırım tahkimi ile ilgili olarak yaklaşık üç bin civarında iki taraflı yatırım anlaşması, ICSID Konvansiyonu, Enerji Şartı Anlaşması gibi çok taraflı anlaşmalar ve NAFTA, CETA gibi bölgesel anlaşmalar bulunmaktadır¹⁰⁶.

Hakemlerin atanması yönünden, uluslararası ticari tahkimde, tahkimin tarafları, çeşitli ticari konulardaki yetkinliklerine göre hakemler seçebilmektedir. Buna karşılık, yatırım tahkiminde hakemlerin seçimi genellikle uluslararası kamu hukukundaki uzmanlık seviyelerine bağlıdır¹⁰⁷.

Ticari tahkim ve yatırım tahkimi arasındaki farklardan biri de gizlilik konusundadır. Gizlilik bakımından, ticari tahkimde yargılama süreci ve kararlar genellikle açıklanmamaktadır. Diğer taraftan yatırım tahkiminde, hukukçuların ve hakemlerin eski tarihli davalardaki belli konular hakkında bilgi sahibi olmalarını

¹⁰⁵ **Karl-Heinz Bockstiegel**, “Commercial and Investment Arbitration: How Different Are They Today?”, *Arbitration International*, Vol. 28, Issue, 4, 2012, s. 578-79.

¹⁰⁶ **Marisi, Chaisse**, s. 146.

¹⁰⁷ **Marisi, Chaisse**, s. 147.

sağlamak amacıyla, tahkim kararları yayımlanabilmektedir¹⁰⁸. Avukatların ve hakemlerin önceki davalarda tartışılan hukuki argümanları öğrendikleri takdirde, kararların geçmiş tarihli kararlar ile tutarlılık göstermesi amaçlanmaktadır¹⁰⁹.

C. Yatırım Tahkiminin Olumlu ve Olumsuz Yönleri

1. Olumlu Yönleri

Uluslararası yatırım tahkimi, özellikle hukukun üstünlüğü ilkesinin sınırlı olarak uygulandığı veya yargı sisteminin az gelişmiş olduğu ülkelerde yatırım yapanlar için çekicilik arz etmektedir¹¹⁰. Ev sahibi devletin yargı sistemi adil ve tarafsız yargılama sağlayamadığı takdirde, yatırım tahkimi yatırımcıya uygun bir seçenek sunmaktadır¹¹¹. Zarara uğrayan yatırımcılar, adil ve bağımsız yargı sistemleri aracılığı ile haklarını aramadıkları takdirde büyük bir problemle karşı karşıya kalmış olurlar. Böyle bir sistemin yokluğu yatırımcıların zararlarını telafi etmelerini ve yatırımdan kâr etmelerini güçleştirmektedir. Yabancı yatırımcıları makul olmayan politik risklerden koruyan mekanizmaların varlığı, diğer ülkelerden yatırımcıları cezbetmek için de önemli görülmektedir¹¹².

Bunun yanı sıra, özellikle gelişmekte olan ülkelerde mahkemeler, kendi devletlerini koruma içgüdüğü ile hareket edebilirler. Dahası az gelişmiş veya gelişmekte

¹⁰⁸ **Bockstiegel**, s. 587-88.

¹⁰⁹ **Marisi, Chaisse**, s. 149.

¹¹⁰ **Peter K Yu**, “The Investment-Related Aspects of Intellectual Property Rights”, American University Law Review, Vol. 66, 2017, s. 845.

¹¹¹ **Vadi**, Towards, s. 142.

¹¹² **Yu**, Investment-Related, s. 845-46.

olan ülkelerdeki mahkemelerde yolsuzluk, önyargı, taraflı olma gibi durumlar da söz konusu olabilmektedir¹¹³.

Genel anlamda yatırım tahkimi, yatırım uyuşmazlıklarını politika ve diplomasiden uzak tutmak suretiyle küresel bir uyum sağlamaya çalışmaktadır. Zira etkin bir yatırımcı-devlet tahkim sisteminin varlığı durumunda, yatırımcının kendi ülkesi ile ev sahibi ülkenin yatırım uyuşmazlıklarına müdahil olması gerekmemektedir. Yatırım tahkiminin geçerli olduğu yerde, bu uyuşmazlıklar, siyasi arenadan, politik olmayan ve objektif kriterlere tâbi yargı forumuna geçiş yapmaktadır¹¹⁴.

Diplomatik faydaları bir kenara, yatırıma, tahkim aracılığı ile daha fazla koruma sağlanmasının, yerel hukuk sistemlerinin gelişmesine de yardımcı olabileceği ileri sürülmektedir. Zira yatırım anlaşmalarının öngördüğü hukukun üstünlüğü ve bunun etkin bir şekilde uygulanmasına ilişkin ilke ve kurallar, ilgili devletlerin ulusal hukuk sistemlerine de sirayet edebilmektedir¹¹⁵.

Ayrıca, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm sistemini, devlet-devlet uyuşmazlık çözüm sistemi ile karşılaştırdığımızda, örneğin DTÖ dava açma yetkisini hükümetler ile sınırlarken; yatırım tahkimi yatırımcılara uyuşmazlık çözüm stratejileri üzerinde daha fazla kontrol ve bağımsız hareket etme imkânı sunmaktadır. Yatırım tahkiminde yatırımcı kendi devletini devreye sokmadan, ne zaman dava açacağına kendisi karar verebilmektedir¹¹⁶. Dava açma konusunda kontrolün yatırımcıda olması özellikle önem

¹¹³ **Yu**, Investment-Related, s. 846-47.

¹¹⁴ **Yu**, Investment-Related, s. 848.

¹¹⁵ **Yu**, Investment-Related, s. 848.

¹¹⁶ **Christopher Gibson**, “A Look at the Compulsory License in Investment Arbitration: The Case of Indirect Expropriation”, American University International

arz etmektedir çünkü hükümetler DTÖ bünyesinde dava açma konusunda yatırımcıların taleplerini her zaman karşılayamamaktadır. Yatırımcının kendi hükümetini DTÖ mekanizmasında dava açmaya ikna edebilmek için politik yolları denemesi gerekebilir¹¹⁷. Oysa yatırım tahkimi yatırımcıya kendi hükümetini devreye sokmaksızın ev sahibi devlete karşı doğrudan dava açma hakkı sunmaktadır. Bu özel taraf, böylelikle, kendi yargılama stratejisini ortaya koyabilmekte ve ev sahibi devletin işlemlerinden dolayı tazminat elde edebilmektedir. Yatırım tahkiminin aksine, Uluslararası Adalet Divanı ve DTÖ uyuşmazlık çözüm sistemleri devletler arası uyuşmazlık çözüm sistemleridir¹¹⁸. Bu uyuşmazlık çözüm sistemlerine girebilmek, özel tarafın kendi devletinin takdirine ve isteğine bağlıdır. Devletler, politik ve diplomatik kaygılarla bir ticari dava başlatmaya isteksiz yaklaşabilmektedir. Devletler Uluslararası Adalet Divanında veya DTÖ bünyesinde dava açtıkları takdirde dahi, kendi düzenleyici yetkilerine sınırlama getirebileceğinden, uluslararası hukuk kurallarını yorumlamakta ihtiyatlı davranmaktadırlar. Dahası, Uluslararası Adalet Divanı veya DTÖ uyuşmazlığında, devletler zarar gören yatırımcıya tazminat ödeme yükümlülüğü altında değildir¹¹⁹.

Law Review, Vol. 25, Issue. 3, 2010, s. 407-08; **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 20.

¹¹⁷ **Gibson**, A Look, s. 407.

¹¹⁸ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü. 34(1), 26 Haz 1946, ("Divan önündeki davalarda yalnız devletler taraf olabilirler"); ayrıca bkz. Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Usûlleri Hakkındaki Mutabakat Metni (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes) m. 1, 15 Nisan 1994, Marrakeş Anlaşması Ek 2 (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2).

¹¹⁹ **Vadi**, Towards, s. 140-142.

Yatırım tahkimi, fikri mülkiyet alanına özel olarak bazı ekstra avantajlar sağlayabilir. Örneğin hükümetin ürün taklitçiliği ve korsancılık suçlarına ortak olması gibi bir durumla karşılaştıklarında yatırımcılar, hükümetlerin bunun gibi hukuk dışı faaliyetlerini engelleyemeseler dahi zararları için tazminat talep etmeleri mümkün olmaktadır¹²⁰. Devletlerin hukuk dışı faaliyetlere dâhil olması her zaman icrai faaliyet şeklinde gerçekleşmez. Ev sahibi devlet korsancılık faaliyetlerini desteklemiş ise bu faaliyetlere dâhil olduğu kabul edilmektedir. Bunun yanında, fikri mülkiyet haklarını etkili bir şekilde korumak için gerekli önlemleri almamışsa yine devletin müdahil olduğu kabul edilebilmektedir¹²¹.

Gelişmiş ülkeler, gelişmekte olan ülkelerdeki fikri mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin uygulamaları güçlendirmek için DTÖ uyuşmazlık çözüm yöntemini kullanmakta zorluk yaşamaktadırlar. Diğer bir anlatımla, fikri mülkiyet haklarının geliştirilmesinde ve korunmasında devlet-devlet uyuşmazlık çözüm yöntemleri yeterince etkili bir sonuç veremeyebilmektedir¹²². Fikri mülkiyet hakkı sahipleri, haklarını korumak için yatırım tahkimi yoluna başvurmaya başlamışlardır. Devletlerarası uyuşmazlık çözüm mekanizmalarında görülen fikri mülkiyet uyuşmazlıkları azalmakta iken, yatırımcı-devlet tahkimlerinde fikri mülkiyet uyuşmazlıkları ile ilgili artış gözlemlenmektedir. DTÖ uyuşmazlık çözüm mekanizmasının etkinliğinin tartışmalı olması ve son dönemlerde, fikri mülkiyet ile

¹²⁰ **Lukas Vanhonnaeker**, Intellectual Property Rights As Foreign Direct Investments: From Collision To Collaboration, Edward Elgar Publishing, 2015, s. 172-173.

¹²¹ **Vanhonnaeker**, s. 162.

¹²² **Peter K Yu**, “The Investment-Related Aspects of Intellectual Property Rights”, American University Law Review, Vol. 66, 2017, s. 850.

ilgili yatırım uyuşmazlıklarının artış göstermesi, fikri mülkiyet uyuşmazlıklarında mecra değişikliğinin göstergesi olarak yorumlanabilmektedir¹²³.

Modern ekonomilerde fikirler hayati bir öneme sahip olup bilim, teknoloji ve yaratıcılık ekonomik değer oluşturmaktadır. Fikri mülkiyet uyuşmazlıkları ile ilgili yatırım tahkiminde artış olması, servet üretiminin kaynağı olarak fikri sermayenin artan önemini yansıtmaktadır¹²⁴.

Yatırım tahkiminin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kullanılmasının olumlu tarafları olmakla birlikte, hükümetleri fikri mülkiyet haklarının korunmasında teşvik eden, etkili bir araç olup olmayacağı veya ne derece yeterli olacağı zamanla ortaya çıkacaktır¹²⁵.

2. Olumsuz Yönleri

Geçmişte, fikri mülkiyetin ekonomik önemine ve özel taraflar arasındaki uluslararası ticari tahkimin artış göstermesine rağmen, fikri mülkiyete ilişkin yatırım uyuşmazlıkları nadiren karşımıza çıkmakta idi. Ancak son zamanlarda bu durum değişmeye başlamıştır¹²⁶.

Fikri mülkiyet ve özellikle de patentle ilgili yatırım tahkimiyle görece az karşılaşılmasında birkaç faktör yer almaktadır. İlk olarak, yatırım tahkiminin sınırlı şeffaflığı nedeniyle, erişilebilen bilgiler buzdağının görünen kısmını yansıtmaktadır. ICSID, tahkim sürecini ve kararlarını kamu ile paylaşırken, diğer tahkim kurumları

¹²³ **Vadi**, Towards, s. 140-42.

¹²⁴ **Vadi**, Towards, s. 144.

¹²⁵ **Yu**, Investment-Related, s. 850.

¹²⁶ **Vadi**, Towards, s. 137.

genellikle kararları yayımlamamakta, ayrıca *ad hoc* tahkimler de bilinmez olarak kalmaktadır¹²⁷.

İkinci olarak, taraflar için bu yeni mecraya geçmek zaman almaktadır. Yatırımcı-devlet tahkimini öngören ilk iki taraflı yatırım anlaşması¹²⁸ 1959 yılında imzalanmış ise de, yatırım tahkimi ancak 1990'lı yıllarda uluslararası yargılama mekanizması olarak ortaya çıkmıştır. İlk yatırım tahkimi 1987 yılında kaydedilmiştir. Bu tarihten itibaren yatırım davaları ciddi bir şekilde artış göstermiştir. Fikri mülkiyet iddiaları için ise yatırımcılar genellikle diğer mekanizmaları tercih etmişlerdir. Ulusal mahkemeler, yabancı yatırımcılar için her zaman bir seçenek olmuştur. Ülkesellik ilkesi nazara alındığında, patent hakları her ülkenin kendi ulusal hukuk rejimine tabidir. Bölgesel anlamda, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) fikri mülkiyete ilişkin davalara karar vermektedir. Bir devletin TRIPS Anlaşması'ndan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda, DTÖ'nün Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması devreye girebilmektedir¹²⁹.

Yatırım tahkiminin olumlu ve faydalı tarafları bulunmasına rağmen, özellikle gelişmekte olan ülkeler perspektifinden bakıldığında, sorunlu yönleri de bulunmaktadır.

Tahkim sürecine ilişkin olumsuz yönlerin başında, masrafların fahiş derecede yüksek olabilmesi gelmektedir. Genel olarak bakıldığında, tahkim yargılaması

¹²⁷ **Vadi**, Towards, s. 138; **Valentina S Vadi**, "Trade Mark Protection, Public Health and International Investment Law: Strains and Paradoxes" European Journal of International Law, Vol. 20, Issue. 3, 2009, s. 780-81.

¹²⁸ Treaty for the Promotion and Protection of Investments, Ger.-Pak., Nov. 25, 1959, 457 U.N.T.S. 24, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1732/germany---pakistan-bit-1959-> (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹²⁹ **Vadi**, Towards, s. 138-39.

masraflarının ortalaması 8 milyon doların üzerinde seyretmektedir. Bazı davalarda bu miktar 30 milyon doların üzerine çıkabilmektedir. DTÖ bünyesinde bir dava için harcanan masrafın ortalama 400.000 dolar (2004 rakamlarına göre) olduğu nazara alındığında, yatırımcı-devlet tahkimi masrafları oldukça yüksektir¹³⁰. Yatırım tahkimi süreci uzun yıllar sürmekte ve ulusal ve bölgesel uyuşmazlık çözüm mekanizmalarından daha pahalıya mal olmaktadır. Bu nedenle, yatırım tahkimine başvurmak ancak, milyon dolarla ölçülebilecek miktarları karşılayabilecek uluslararası firmalar için uygun bir seçenek olabilmektedir¹³¹.

İkinci olarak, yatırımcı-devlet tahkiminde hakemlerin taraflı davranabildiği durumlar söz konusu olabilmektedir. Örneğin bazı hakemlerin çalıştıkları hukuk firmalarının yatırımcı ile aynı endüstride çalışan müvekkilleri bulunabilir. Ayrıca bu hakemler, yatırım tahkimine başvuran yatırımcılarla benzer durumda olan kurumsal müvekkillere hizmet veriyor olabilirler. Bu gibi nedenlerle, gelişmekte olan ülkelerdeki politikacılar, akademisyenler ve sivil toplum kuruluşları, sıklıkla tahkim sürecinin uluslararası şirketlerin çıkarları doğrultusunda ilerlediğini öne sürerek endişelerini dile getirmektedir¹³². Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm sistemindeki davalarda, davacıların büyük çoğunluğunun gelişmiş ülkelere geldikleri nazara alındığında, bu tür kaygıların anlaşılabilir olduğu söylenebilir¹³³.

Yatırım tahkimi sürecinin diğer bir olumsuz tarafı ise tahkim sürecinin gizli tutulmasıdır. Sivil toplum örgütleri, yazar, yorumcu ve politikacılar, tahkim davalarının nasıl yürütüldüğünü, bu davalarda neler yapıldığını ortaya çıkarmakta zorluk

¹³⁰ **Yu**, Investment-Related, s. 851.

¹³¹ **Vadi**, Towards, s. 139; **Vadi**, Trade Mark, s. 781.

¹³² **Yu**, Investment-Related, s. 852-53.

¹³³ **Yu**, Investment-Related, s. 853.

yaşamaktadır. Yatırım tahkimi ile karşılaştırıldığında, DTÖ bünyesindeki uyuşmazlık çözüm sistemi çok daha şeffaftır. Bu şeffaflık yalnızca davacı ve davalıyı değil, üçüncü kişileri de kapsamaktadır¹³⁴. DTÖ dava sürecinde neredeyse bütün önemli belgeler kurumsal internet sitesinden ulaşılabilir durumdadır¹³⁵.

Yatırım tahkiminin diğer bir zayıf tarafı ise yatırımcıların önemsiz dava açmaları durumunda, ev sahibi devletin sınırlı kaynaklarının boşa harcanmasına neden olmasıdır. Yatırım tahkim sürecini masraflı bulan devletler, bu masraftan kaçınmak için kanunları değiştirmeye yönelebilir. Bu nedenle bazı yorumcular, yatırım tahkiminin, işlerinin normal risklerini dahi üstlenmek istemeyen şirketler için fazlasıyla kamu güvencesi sağladığını öne sürerek sistemi eleştirmektedirler¹³⁶.

Dahası, yatırımcı-devlet tahkiminin yüksek masrafları ve davanın kaybedilmesi durumunda ödenmesi muhtemel tazminatlar dikkate alındığında, çoğu gelişmekte olan devlet, kanunlarını uluslararası standartlara uygun hale getirmiş olsa dahi, yine de uyuşmazlığı çözme yoluna gidebilir. Uluslararası standartlarla uyumlu olduğu dikkate alınmaksızın zoraki alınan bu çözümler, uyuşmazlık çözüm yönteminin meşruiyetine

¹³⁴ **Yu**, Investment-Related, s. 854.

¹³⁵ Bkz. WTO Documents, World Trade Org., https://www.wto.org/english/docs_e/docs_e.htm (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹³⁶ **Maude Barlow**, “CETA Changes Make Investor-State Provisions Worse”, Huffington Post 02.02.2016, http://www.huffingtonpost.ca/maude-barlow/cetachanges_b_9130538.html (erişim tarihi: 27.08.2021); **Daniel J Ikenson**, “A Compromise to Advance the Trade Agenda: Purge Negotiations of Investor-State Dispute Settlement”, Free Trade Bulletin, Vol. 57, Cato Institute, 04.03.2014, <https://www.cato.org/free-trade-bulletin/compromise-advance-trade-agenda-purge-negotiations-investor-state-dispute> (erişim tarihi: 27.08.2021).

zarar verebilmektedir¹³⁷. Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm sisteminin getirdiği zorluklardan kaçınmak için, Endonezya ve Güney Afrika gibi bazı ülkeler uluslararası yatırım anlaşmalarını sona erdirmeye başlamışlardır¹³⁸.

Yatırımcı-devlet tahkiminin bir diğer olumsuz tarafı hakemler tarafından yapılan değerlendirmeler ile ilgilidir. Yatırım tahkimi alanında bağlayıcı içtihatlar bulunmamaktadır. Yine de uyuşmazlığın tarafları, tutarlı ve öngörülebilir şekilde, benzer davalara benzer yönde karar verilmesini beklemektedir. Örneğin, belli bir içtihadın takip edilmesi gerekmediği halde, DTÖ davalarında önceki davalara atıf yapılmak ve bu kararlardan yararlanılmak suretiyle gerekçeler oluşturulmaktadır¹³⁹.

Fikri mülkiyet alanına gelindiğinde ise yatırım tahkimi hakemlerinin, fikri mülkiyet haklarını, dar bir bakış açısıyla yorumlayabilecekleri yönünde kaygılar bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla, hakemlerin karşılıklı sınırlama ve istisnaları yeterince düşünmeksizin, fikri mülkiyet haklarını koruma odaklı hareket edebilmeleri mümkündür. Ayrıca, TRIPS Anlaşması'nda dikkatli bir şekilde öngörülen pek çok

¹³⁷ Yu, Investment-Related, s. 855.

¹³⁸ Ben Bland, Shawn Donnan, "Indonesia to Terminate More than 60 Bilateral Investment Treaties", Fin. Times, 26.03.2014, <https://www.ft.com/content/3755c1b2-b4e2-11e3-af92-00144feabdc0> (erişim tarihi: 27.08.2021); Adam Green, "South Africa: BITs in Pieces", Beyondbrics, 19.10.2012, <https://www.ft.com/content/b0eec497-5123-3939-92f7-a5fbc73dd33> (erişim tarihi: 27.08.2021).

¹³⁹ Legal Effect of Panel and Appellate Body Reports and DSB Recommendations and Rulings, World Trade Organization, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c7s2p1_e.htm (erişim tarihi: 27.08.2021).

sınırlama ve esnekliğin göz ardı edilmesi de söz konusu olabilir. Bu sınırlama ve esnekliklerin dikkate alınmaması ise ev sahibi ülkeler açısından sıkıntılı sonuçlar doğurabilmektedir¹⁴⁰.

Yatırım hukukçularının fikri mülkiyet ile ilgili yeterli bilgiden yoksun olmaları mümkündür. Zira uzunca bir süre fikri mülkiyet teknik bir konu olarak algılandığından, yatırım uyuşmazlıkları genellikle maddi malvarlıklarına odaklanmıştır. Ayrıca, fikri mülkiyet hukukçuları da uluslararası yatırım hukuku alanında yeterli bilgiye sahip olmayabilir¹⁴¹.

Yatırım tahkiminin diğer bir olumsuz tarafı tahkim sonucu verilen kararlarla ilgilidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, tahkim kararları ile hükmedilen tazminat miktarları çok yüksek olabilmektedir. Bir davada Rusya'nın haksız kamulaştırması nedeniyle Yukos Oil firmasına 50 milyar dolar tazminat ödenmesine karar verilmiştir¹⁴². Bu tazminat miktarı, pek çok gelişmekte olan ülkenin gayri safi yurt içi hasılasından fazladır¹⁴³.

¹⁴⁰ **Yu**, Investment-Related, s. 857.

¹⁴¹ **Vadi**, Towards, s. 139-40; **Vadi**, Trademark, s. 781.

¹⁴² **Henry Meyer**, "Russia Faces \$50 Billion Fight in US., UK. for Yukos Damages", Bloomberg (24.07.2015), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-07-24/russia-faces-50-billion-fight-in-u-s-u-k-for-yukos-damages> (erişim tarihi: 27.08.2021).

¹⁴³ 2015 yılında, Yukos Oil tazminatından daha düşük GSYH sahip olan AB üyesi ülkeler: Bulgaristan (\$48.95 milyar), Hırvatistan (\$48.73 milyar), Güney Kıbrıs (\$19.32 milyar), Estonya (\$22.69 milyar), Letonya (\$27.04 milyar), Litvanya (\$41.24 milyar) ve Slovenya (\$42.75 milyar). Dünya Bankası, <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD> (erişim tarihi: 27.08.2021).

Ayrıca, yatırımcı-devlet uyuşmazlık sistemi, uluslararası şirketlere, kamu sağlığı, çevre ve çalışma gibi konuları içeren yasal düzenlemelere karşı çıkma ve dava etme olanağı vermektedir¹⁴⁴. Bu tür meydan okumalar, sivil toplum kuruluşları, yazar ve yorumcuların dile getirdiği üzere ‘düzenleyici soğukluk’ (regulatory chill) oluşmasına neden olmaktadır. ‘Soğutucu etki’ (chilling effect) olarak da ifade edilen bu durum, uluslararası şirketler tarafından da işlenebilen zararlı eylemlere karşı, devletin düzenleme yetkisini büyük oranda etkilemektedir¹⁴⁵. Avustralya ve Uruguay’daki tütün ürünlerinin düz-paket düzenlemelerine karşı Philip Morris’in ve yine Kanada’daki patent verilebilirlik koşullarına karşı Eli Lilly’nin yatırım tahkimine başvurmasında soğutucu etkinin izleri görülebilmektedir¹⁴⁶.

Düzenleyici soğukluk, ispatı zor olmakla birlikte, fikri mülkiyet alanında özellikle sorunlu olabilmektedir¹⁴⁷. Zira devletler, fikri mülkiyet sistemlerini yerel ihtiyaç, ilgi, koşul ve önceliklerine göre inşa etmek için otonomiye sahip olmalıdır. Yatırım kapsamında fikri mülkiyet yükümlülükleri yabancı yatırımcılara, devletin kamusal yarar gözeterek yürürlüğe koyduğu hukuki düzenlemeleri, uluslararası anlaşmalara uygun olsalar dahi dava etme imkânı vermektedir. Bu durum ise devletlerin

¹⁴⁴ **Jane Kelsey, Lori Wallach**, “Investor-State” Disputes in Trade Pacts Threaten Fundamental Principles of National Judicial Systems”, Public Citizen (Nisan 2012), <https://www.citizen.org/wp-content/uploads/isds-domestic-legal-process-background-brief.pdf> (erişim tarihi: 27.08.2021).

¹⁴⁵ **Ho**, Sovereignty, s. 233.

¹⁴⁶ **Yu**, Investment-Related, s. 859.

¹⁴⁷ **Ruth L Okediji**, “Is Intellectual Property “Investment”? Eli Lilly v. Canada and the International Intellectual Property System”, University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 35, Issue. 4, 2014, s. 1133.

hukuki düzenleme yapma konusundaki egemenlik gücüne yeni bir tehdit oluşturmaktadır¹⁴⁸.

Yatırımcı-devlet uyuşmazlık sistemi, yabancı yatırımcılara gelişmekte olan ülkeleri dava edebilmeleri için yeni bir alan yaratmaktadır. Hükümetlerin eylem ve işlemleri için davalar, geleneksel anlamda yerel mahkemelerde ve uluslararası yargı mahkemelerinde açılmaktadır. Yatırımcı-devlet uyuşmazlık sistemi, bu davalar için alternatif bir mecra sağlayarak özel aktörlerin bu süreçleri atlamasına izin vermektedir. Bunun yanında, yatırımcıların kendi hükümetleri de devlet-devlet uyuşmazlık çözüm sistemi aracılığıyla dava açabilmektedir. Sonuç olarak, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm sisteminin, daha fazla uyuşmazlık yaratan bir kısır döngü meydana getirmesi muhtemeldir¹⁴⁹.

Yatırımcı-devlet uyuşmazlık sistemi, TRIPS Anlaşması'nın, çok taraflı ticaret veya fikri mülkiyet anlaşmalarının özel aktörler olan yatırımcılar tarafından yeniden yazılmasına sebep olabilir¹⁵⁰. Bu yeniden yazım ise DTÖ müzakerelerinde gelişmekte olan devletlerin güçlkle elde ettikleri kazanımların temelini sarsabilir¹⁵¹.

Özetlemek gerekirse, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm yönteminin yararlı tarafları olmakla birlikte, bu sistem pek çok olumsuzluğu da bünyesinde barındırmaktadır. Philip Morris ve Eli Lilly tarafından açılan tahkim davaları yatırımcı-devlet uyuşmazlık sisteminin kusurlarını gözler önüne sermiştir. Avustralya ve Kanada,

¹⁴⁸ **Okediji**, Eli Lilly, s. 1122.

¹⁴⁹ **Yu**, Investment-Related, s. 860-61.

¹⁵⁰ **Yu**, Investment-Related, s. 862; ayrıca bkz. **Ho**, Sovereignty, s. 223.

¹⁵¹ **Yu**, Investment-Related, s. 862; ayrıca bkz. **Susy Frankel**, "Interpreting the Overlap of International Investment and Intellectual Property Law", Journal of International Economic Law, Vol. 19, Issue. 1, 2016, s. 124; **Ho**, Sovereignty, s. 250.

hukukun üstünlüğünden veya iyi işleyen yargı sisteminden yoksun ülkeler değildir. Ayrıca bu devletlerin taklitçilik veya korsancılık fiillerine suç ortaklığı yaptıkları yönünde yoğun eleştiriye uğramaları da söz konusu değildir. Bu davalar sadece ev sahibi ülkelerin tütün kontrol tedbirleri veya patent verilebilirlik koşulları gibi yasal düzenlemelerine itiraz etmek amacıyla açılmışlardır¹⁵².

III. YABANCI YATIRIM VE FİKRİ MÜLKİYET İLİŞKİSİ

A. Fikri Mülkiyetin Yabancı Yatırımlar Üzerindeki Etkisi

Fikri mülkiyet hakları, modern ekonomilerdeki büyümenin büyük bir kısmını teşkil etmektedir. Bir gereklilik olarak ortaya çıkan bu eğilim, maddi malvarlıkları üzerindeki mülkiyete gösterilen önemin, fikri mülkiyete yönelmesine neden olmuştur.

Fikri mülkiyet hakları, maddi olmayan, soyut yapıları gereği, diğer haklardan ayrılmaktadır. Fikri mülkiyet hakları, koruma hükümlerine, uygulama yöntemlerine, kapsam ve sınırlarına ilişkin düzenlemelerle, devletler tarafından mevzuatlarında kabul edildikleri takdirde var olabileceklerdir. Küresel ekonomilerde, fikri mülkiyet hakkı sahibinin uluslararası ihtiyaçları ile fikri mülkiyet korumasının ülkesel sınırları arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Ayrıca, fikri mülkiyete resmi koruma verilse dahi, ulusal hukukun her zaman yeterli seviyede koruma sağlayamaması söz konusu olabilmektedir¹⁵³.

Uluslararası bağlamda, fikri mülkiyet haklarının ekonomik gelişme, ticaret ve teknoloji transferi üzerindeki etkileri bakımından tartışmalar süregelmıştır. Fikri

¹⁵² **Yu**, Investment-Related, s. 864.

¹⁵³ **Christopher S Gibson**, “Latent Grounds in Investor-State Arbitration: Do International Investment Agreements Provide New Means to Enforce Intellectual Property Rights?” Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010, 2010, s. 406-407.

mülkiyete atfedilen önem ve yabancı yatırımlardaki artış, fikri mülkiyet hakları ile yabancı yatırımlar arasındaki ilişkinin incelenmesini teşvik etmiştir. Bir yabancı yatırımın içeriğinde fikri mülkiyet bileşenini tespit etmek zor olabilmektedir. Ayrıca, gelişmekte olan bir ülkedeki artan fikri mülkiyet korumalarının ve yabancı yatırımların hangisinin ülkenin ticaret, bilgi ve teknoloji transferi aracılığıyla gelişmesine ne derece etki ettiğinin kesin olarak ölçülmesi de zordur¹⁵⁴. Ancak, iki taraflı ticaret anlaşmaları ve yabancı yatırımların artışında, fikri mülkiyet faktörünün göz ardı edilemeyeceği öne sürülmektedir¹⁵⁵.

Sonuç olarak, önceleri büyük altyapı faaliyetleri, inşaatlar gibi maddi malvarlıkları yabancı yatırımların önemli bir bölümünü teşkil ederken, yatırımların konusu günümüzde çeşitlilik arz etmektedir. Günümüzde yabancı yatırımlar yalnızca geleneksel kategorileri kapsamına dâhil etmeyip ayrıca, bilgi teknolojileri, telekomünikasyon, medya, ilaç endüstrisi, biyo-teknoloji gibi fikri mülkiyet haklarının yansımalarının bulunduğu sektörlerdeki yatırımları da kapsamaktadır. İnternet, biyo-teknoloji gibi maddi olmayan, soyut malvarlıklarına ilişkin ekonomiye yönelme devam ettiği sürece, yabancı yatırımların fikri mülkiyet temelli malvarlıklarını içererek koruma altına alması da yükselen bir eğilim halini almaktadır. Uluslararası ticaret faaliyetlerinin ve yabancı yatırımcıların artışında fikri mülkiyet unsurunun ne derece etkili olduğunun tespiti ve ölçülmesi zor olsa da, bilim, teknoloji ve inovasyonun büyük bir ekonomik değer oluşturduğu küresel dünyada, fikri mülkiyetin önemi inkâr edilemez bir

¹⁵⁴ **Gibson**, Latent Grounds, s. 408-409.

¹⁵⁵ **Daniel J Gervais**, “Intellectual Property, Trade and Development: the State of Play,” Fordham Law Review, Vol. 74, 2005, s. 524.

gerçektir¹⁵⁶. Fikri mülkiyetin artan önemi ve yabancı yatırımların konusunu oluşturması ise yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili bir kısım sorun ve endişeleri beraberinde getirmektedir.

B. Fikri Mülkiyet Yatırım İlişkisine Tarihsel Bir Bakış

Günümüzde, fikri mülkiyet hakları ile ilgili uluslararası yatırım tahkim süreçlerinin işletilmesi, yatırım hukuku ile fikri mülkiyet ilişkisinin de yeni olduğu algısını yaratmakta ise de, bu algı tarihsel olarak gerçeği yansıtmamaktadır. Zira fikri mülkiyet ile yatırım ilişkisinin izleri yıllar öncesine dayanmaktadır.

İlk iki taraflı yatırım anlaşması, Pakistan ve Batı Almanya arasında 1959'da imzalanmıştır¹⁵⁷. İki taraflı, bölgesel veya çok taraflı yatırım anlaşmalarının temelini

¹⁵⁶ **Gibson**, Latent Grounds, s. 411-412; diğer taraftan, yabancı yatırımların çok olduğu ancak fikri mülkiyet korumasının zayıf olduğu Çin örneğinden yola çıkarak, güçlü fikri mülkiyet koruması ile yabancı yatırımlar arasında sıkı bir ilişki olmadığı görüşünde bkz.

James Thuo Gathii, “Strength in Intellectual Property Protection and Foreign Direct Investment Flows in Least Developed Countries” Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 44, 2016, s. 545.

¹⁵⁷ Treaty for the Promotion and Protection of Investments, Ger.-Pak., Nov. 25, 1959, 457 U.N.T.S. 6575.

genellikle bu anlaşmaya dayandığı kabul edilmektedir¹⁵⁸. Bunun yanı sıra, Mart 1965 tarihinde ICSID Konvansiyonu kabul edilmiştir¹⁵⁹.

Gelişmekte olan ülkelerin, yabancı yatırımları, geleneksel uluslararası hukuk kuralları dışında uluslararası bir enstrüman aracılığı ile düzenleme ihtiyacı 1960'lı yıllara tekabül etmektedir. 1960'lı yıllar ayrıca, gelişmekte olan ülkelerin uluslararası fikri mülkiyet rejiminden tatmin olmamaya başladıkları yıllardır. Bu dönemde, bağımsızlıklarını ilan eden devletler, önceki koloni güçlerinin uluslararası yükümlülüklerini devam ettirmenin iyi bir fikir olup olmadığını sorgulamaya başlamışlardır. 1948 yılında Bern Konvansiyonu Brüksel'de revize edildiğinde, yalnızca Hindistan ve Pakistan tamamıyla bağımsız milletler olarak katılmıştır. Bağımsız olmayan, az gelişmiş ülkeler ise bağlı bölgeler olarak Konvansiyona tabi tutulmuşlardır. Ancak bu ülkeler bağımsızlıklarını kazandıklarında, Bern Konvansiyonunun üyeliğini sürdürmeyi ya da çekilmeyi sorgulamışlardır. Hindistan, Pakistan, Filipinler ve pek çok Fransız ve Belçika kolonisi Konvansiyon ile bağlı kalmayı seçerken, Endonezya çekilmeyi tercih etmiştir¹⁶⁰.

1970'ler ve 1980'lere gelindiğinde, gelişmekte olan ülkelerin zayıf ekonomilerinin de etkisiyle ticari faaliyetler yavaşlamış ise de, TRIPS Anlaşması'nın kabul edilmesini takiben fikri mülkiyet ile yatırım arasındaki ilişkiye olan ilgi yeniden

¹⁵⁸ **Bryan Mercurio**, “Awakening the Sleeping Giant: Intellectual Property Rights in International Investment Agreements”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 15, Issue. 3, 2012, s. 874; **Okediji**, Eli Lilly, s. 1124.

¹⁵⁹ Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ICSID Konvansiyonu) 18.03.1965, http://sice.oas.org/dispute/comarb/icsid/w_conv1.asp (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹⁶⁰ **Yu**, Investment-Related, s. 838-39.

canlanmıştır. Gelişmekte olan ülkeler için TRIPS geçiş sürecinin 1 Ocak 2000 tarihinde sona ermesi ve gelişmiş ülkelerin iki taraflı, bölgesel ve çok taraflı ticaret anlaşmaları müzakereleriyle birlikte bu ilgi daha da artış göstermiştir¹⁶¹.

2000'li yılların ortalarına gelindiğinde ticaret anlaşmalarına dair müzakereler hızlanmış olup, akademik camiada uluslararası fikri mülkiyet hukuku yatırım bağlamında tartışılmaya başlanmıştır. Örneğin Peter Drahos iki taraflı yatırım anlaşmaları ile iki taraflı fikri mülkiyet anlaşmaları arasındaki bağlantıyı incelemiştir¹⁶². Carlos Correa, zorunlu lisanslar yönünden uluslararası yatırım anlaşmalarının etkilerini incelemiştir¹⁶³. Frederick Abbott ise ilaç endüstrisinde patent koruması ve yatırım ilişkisine dikkat çekmiştir¹⁶⁴.

2010'lu yıllara kadar uluslararası fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının çözümü için genel olarak iki tip uluslararası mekanizma bulunmaktaydı¹⁶⁵. Birincisi Paris ve Bern Konvansiyonlarının¹⁶⁶ bir seçenek olarak öngördüğü Uluslararası Adalet Divanı¹⁶⁷ idi.

¹⁶¹ **Yu**, Investment-Related, s. 840.

¹⁶² **Peter Drahos**, “BITs and BIPs: Bilateralism in Intellectual Property”, Journal of World Intellectual Property, Vol. 4, Issue, 6, 2001.

¹⁶³ **Carlos M Correa**, “Investment Protection in Bilateral and Free Trade Agreements: Implications for the Granting of Compulsory Licenses”, Michigan Journal of International Law, Vol. 26, Issue. 1, 2004.

¹⁶⁴ **Frederick M Abbott**, “The Cycle of Action and Reaction: Developments and Trends in Intellectual Property and Health”, Negotiating Health: Intellectual Property And Access To Medicines, (P. Roffe, G. Tansey, D. Vivas-Eugui, eds.), 2005, s. 36.

¹⁶⁵ **Yu**, Investment-Related, s. 843.

¹⁶⁶ Bern Sözleşmesi, m. 33(1); Paris Sözleşmesi, m. 28(1).

Ancak, hiçbir devlet, fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının çözümü için Uluslararası Adalet Divanına başvurmamıştır¹⁶⁸. Diğer bir yöntem ise NAFTA ve Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması gibi ticaret anlaşmalarıdır¹⁶⁹. DTÖ'nün devlet-devlet uyuşmazlık çözüm yöntemi, özel kişilere devletleri dava etme imkânı sunmamaktadır¹⁷⁰. Bu nedenle de, özel sektör aktörleri, kendi devletlerinin yardımına ihtiyaç duymakta idiler.

Tarihsel süreç dikkate alındığında, fikri mülkiyet meselelerinin yatırım bağlamında tartışılmasının yeni bir husus olmadığı anlaşılmaktadır. Hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkeler yıllardır fikri mülkiyeti yatırım bakış açısıyla değerlendirmişlerdir. Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü (Investor-State Dispute Settlement - ISDS) mekanizmaları, NAFTA veya diğer yatırım anlaşmalarında öngörülmüş olup, yatırım tahkimi yeni bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir¹⁷¹. Yeni gelişme sayılabilecek durum ise Philip Morris ve Eli Lilly gibi fikri mülkiyet yatırımcılarının uluslararası fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının çözümünde ve uluslararası fikri mülkiyet kurallarının şekillendirilmesinde yatırım tahkimini kullanmaya başlamış olmalarıdır¹⁷².

¹⁶⁷ International Court of Justice, Hague Justice Portal, <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=305> (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹⁶⁸ **Yu**, Investment-Related, s. 844.

¹⁶⁹ TRIPS Anlaşması, m. 64.

¹⁷⁰ Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Usûlleri Hakkındaki Mutabakat Metni (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes) m. 2-3, 15 Nisan 1994, Marrakeş Anlaşması Ek 2 (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2).

¹⁷¹ NAFTA, m. 1115-1120.

¹⁷² **Yu**, Investment-Related, s. 843.

Özetlemek gerekirse, fikri mülkiyet ile yatırım ilişkisinde yeni olan durum, fikri mülkiyet haklarının yatırım olarak görülmesi değildir, zira fikri mülkiyet yıllardır yatırım anlaşmalarında yer almaktadır. Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin yatırımcılara devletleri dava etme olanağı tanınması da yeni sayılabilecek bir durum değildir. Ancak yatırımcıların, fikri mülkiyet korumasını istedikleri seviyeye çekebilmek ve kuralları şekillendirmek amacıyla, devletlere karşı yatırım tahkimine başvurmaları, fikri mülkiyet alanında daha önce karşılaşılmamış bir durum olarak ortaya çıkmaktadır¹⁷³. Diğer bir anlatımla, fikri mülkiyet ile yatırımın kesişmesinin, devletin düzenleyici gücüne temas ettiğinde beklenmedik sonuçlar doğurabileceği fark edilmiştir¹⁷⁴.

C. Uluslararası Yatırım Tahkiminde Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıkları

Özel hukukla ilgili olarak tipik bir fikri mülkiyet uyuşmazlığı, üretme hakkı veren bir lisans sözleşmesinin ihlali halinde ortaya çıkabilmektedir. Bu ihlal, lisans ücretlerinin ödenmemesi veya lisanslı fikri mülkiyet hakkının uygunsuz kullanımından kaynaklanabilir. Bir diğer özel fikri mülkiyet uyuşmazlığı ticari sırların gizli tutulmasına dair sözleşme hükmünün ihlali halinde söz konusu olabilir. Bir fikri mülkiyet uyuşmazlığı, ilgili sözleşme hükmünün ihlalinden kaynaklansa da, fikri mülkiyet haklarının geçerliliği, kapsamı veya uygulanması ile ilgili meseleler de uyuşmazlığa neden olabilmektedir. Diğer bir anlatımla, özel hukuk fikri mülkiyet

¹⁷³ **Yu**, Investment-Related, s. 844.

¹⁷⁴ **Pedro Roffee**, “Mapping the Nexus Between Intellectual Property, Trade and Investment”, Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s. 65.

iddiaları yalnızca sözleşmesel yükümlülüklerden değil, geçerlilik ve kapsam gibi kamusal düzenlemelerden de doğabilmektedir¹⁷⁵.

Aynı ülkeden olan taraflar için, özel hukuk fikri mülkiyet iddiaları genellikle ulusal mahkemelerde görülmektedir. Eğer bir fikri mülkiyet uyuşmazlığı, uluslararası olarak farklı iki taraf arasında meydana gelmişse, taraflardan her biri karşı tarafın ülkesinde dava açmaktan kaçınmak isteyebilir. Yabancı yatırım ile ilgili olarak, taraflardan biri ev sahibi ülkenin hükümeti ise, bu endişe daha da pekişmektedir. Bu nedenle taraflar, tarafsız, bağımsız ve alanında uzman hakemlerden oluşan, tarafsız bir yerde konumlandırılmış uluslararası tahkim yoluna başvurmayı tercih etmektedirler. Bu şekilde tahkim usulünden yararlanabilmek için genellikle uyuşmazlığın tarafları arasında tahkim anlaşmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Fikri mülkiyet ihlali durumlarında ise genellikle sözleşmesel bir ilişki bulunmamaktadır¹⁷⁶.

Fikri mülkiyet uyuşmazlıkları genellikle iki özel taraf arasında, fikri mülkiyet sahibinin haklarının hukuken geçerli olarak tanındığı ülkedeki ulusal mahkemeler aracılığı ile çözüme kavuşturulmaktadır. Çoğu uyuşmazlıkta fikri mülkiyet hakkı sahibi, haklarını ihlal ettiği iddiasıyla üçüncü kişiye karşı dava açmaktadır. Örneğin, tipik olarak, B şirketi, A şirketinin teknolojisini yetkisiz olarak kullanırsa, A şirketi haklarının ihlal edildiğini iddia edebilir. Bu tür uyuşmazlıklar, aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan taraflar arasında ortaya çıkmaktadır. Aralarında sözleşme ilişkisi bulunmadığı takdirde, tarafların uyuşmazlık çözüm yöntemleri üzerinde önceden anlaşmış olmaları da mümkün değildir. Tarafların uyuşmazlık çıktığı anda tahkime rıza

¹⁷⁵ **Gibson**, Latent Grounds, s. 418-19.

¹⁷⁶ **Gibson**, Latent Grounds, s. 420.

vermeleri de pek rastlanılan bir durum değildir¹⁷⁷. Bu anlamda, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm sistemi, yabancı yatırım ile bağlantılı fikri mülkiyet hak sahiplerine farklı bir uygulama alanı sunmaktadır¹⁷⁸.

Fikri mülkiyet yatırımları üzerinde, ev sahibi devletin işlemlerine karşı yabancı yatırımcılar, uluslararası yatırım anlaşmaları uyarınca doğrudan tahkim yoluna başvurabilmektedir. Bu iddialar fikri mülkiyet temelli yatırımların korunması için ev sahibi ülkede yeterli derecede hukuki tedbir alınmamasından kaynaklanabilmektedir. Uluslararası yatırım anlaşmalarının büyük çoğunluğunda, diğer taraf ülkeden gelen yatırımcı ile yatırım uyuşmazlığı meydana geldiğinde, bu uyuşmazlığın çözümü için uluslararası tahkime gidilebileceğine dair uyuşmazlık çözüm hükümleri yer almaktadır¹⁷⁹. Tahkime ilişkin rıza, iki taraflı sözleşmelerin ev sahibi ülke yükümlülüklerinde, bölgesel ticaret anlaşmalarının yatırımı düzenleyen bölümlerinde veya ulusal mevzuatlarda düzenlenmektedir. Rıza gösteren ev sahibi devlet, yatırımcının başlattığı tahkim sürecine, davalı olarak katılma taahhüdü altına girmektedir. Ev sahibi devletin kontrolü altında olmayan dava sürecine katılabilmek imkânı, modern yatırım anlaşmalarının birincil avantajı olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, yatırım uyuşmazlıklarında tahkime rıza verilmesine dair geliştirilen model, uluslararası hukukta son kırk yılın en önemli gelişmelerinden bir olarak lanse edilmektedir¹⁸⁰.

¹⁷⁷ **Christopher Gibson**, “A Look At The Compulsory License in Investment Arbitration: The Case of Indirect Expropriation”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 2, 2009, s. 15–16.

¹⁷⁸ **Gibson**, *Transnational*, s. 15–16.

¹⁷⁹ **Gibson**, *Transnational*, s. 15–16.

¹⁸⁰ **Gibson**, *Latent Grounds*, s. 413-14.

Fikri mülkiyet hakkının ihlali durumunda uyuşmazlığın tarafları arasında genellikle sözleşmesel bir ilişki bulunmadığından, fikri mülkiyet alanında devlet tarafından verilen rıza ayrıca önem arz etmektedir. Devletler arasında uluslararası yatırım anlaşması ile verilen ve yatırımcılara, anlaşmanın koruma hükümlerinin ihlali durumunda ev sahibi ülkeye karşı dava açmasına imkân sağlayan rıza paradigması, yatırım hukuku bağlamında uyuşmazlık çözüm sistemine dönüşmüştür. 1990'lı yılların başlarından itibaren uluslararası yatırım anlaşmalarının hızla yükselişinde, yatırımcıların ev sahibi devletlere karşı dava açabileceklerine dair güvencenin etkisi bulunmaktadır¹⁸¹.

Fikri mülkiyetin kamu hukuku ilişkisine gelindiğinde, bir fikri mülkiyet uyuşmazlığı, bir ülkenin uluslararası fikri mülkiyet normlarını ihlal etmesi ya da yetersiz şekilde uygulaması halinde ortaya çıkabilir. 1995 yılından önce telif, patent ve markaları içeren uluslararası normlar Bern Konvansiyonu ve Paris Konvansiyonu gibi çok taraflı anlaşmalarla düzenlenmekteydi¹⁸². Bir devletin bu anlaşmalarla korunan bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, yatırımcı yararına kendi hükümeti tarafından ihlalde bulunan devlete karşı Uluslararası Adalet Divanında dava açılması mümkündür¹⁸³. Ancak uygulamada devletler, Uluslararası Adalet Divanında, fikri mülkiyet uyuşmazlıkları ile ilgili, ihlalde bulunan devlete karşı dava açma konusunda isteksiz davranmaktaydılar¹⁸⁴.

1995 yılında Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulmasıyla TRIPS Anlaşması, Bern ve Paris Konvansiyonlarında yer alan temel hükümleri de kapsayacak şekilde fikri mülkiyet korumalarına dair geniş kapsamlı uluslararası kurallar öngörmüştür. Bir

¹⁸¹ **Gibson**, Latent Grounds, s. 416.

¹⁸² Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi, 9 Eylül 1886; Sınai Hakların Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi, 20 Mart 1883.

¹⁸³ Bern Sözleşmesi m. 33(1) ve Paris Sözleşmesi m. 28(1).

¹⁸⁴ **Gibson**, Latent Grounds, s. 421.

ülkenin TRIPS Anlaşması yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması halinde, DTÖ'nün Anlaşmazlıkların Halli Sistemi (Dispute Settlement Understanding - DSU)¹⁸⁵, devlet-devlet uyuşmazlık çözümü için yargı süreci öngörmektedir¹⁸⁶. Eğer özel bir aktör, DTÖ'ye üye devletin Anlaşmaya aykırı davranmasından olumsuz etkilenmekte ise, bu kişinin DTÖ bünyesinde dava açması için kendi hükümetini ikna etmesi gerekmektedir¹⁸⁷.

Fikri mülkiyetin yatırım tahkimi aracılığıyla uygulanmasından önce, fikri mülkiyet yatırımlarının aleyhine hükümet tasarruflarına karşı, yatırımcıların başvurabileceği uluslararası mekanizmalar bulunmamaktaydı. Ev sahibi hükümetlerin davranışları nedeniyle fikri mülkiyet yatırımları zarar gören yatırımcılar bir kısım seçeneklerle karşı karşıya kalmaktaydılar. Bu durumda yatırımcı yabancı piyasadan çekilmeyi düşünebilirdi. İkinci bir seçenek olarak, yatırımcı ev sahibi devletin yargı sistemi içinde dava açabilirdi ancak bu durumda da devletin bağıışıklığı savunması ile karşı karşıya gelebilir veya ulusal mahkemenin taraflı davranması, yeterli olmaması gibi endişeleri taşıyabilirdi. Diğer bir seçenek, ev sahibi devletin ilgili sözleşmenin tarafı olması halinde sözleşmede öngörülen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabilirdi. Son olarak ise, yatırımcının, diplomatik yollardan sorunu çözmesi için kendi hükümetinden yardım istemesi gerekebilirdi¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Usûlleri Hakkındaki Mutabakat Metni (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes), 15 Nisan 1994, Marrakeş Anlaşması Ek 2 (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2).

¹⁸⁶ TRIPS Anlaşması, m. 64.

¹⁸⁷ **Gibson**, Latent Grounds, s. 422.

¹⁸⁸ **Gibson**, Latent Grounds, s. 422-23.

Özetle; DTÖ'den önceki dönemde, uyuşmazlık çözüm sistemi, yatırımcı adına hükümetinin Uluslararası Adalet Divanında dava açmasını içermekteydi. Ancak DTÖ'nün Anlaşmazlıkların Halli Sistemi, uluslararası fikri mülkiyet uyuşmazlıkları yönünden bu rejimin yerini almıştır. Bu nedenle, ev sahibi devlet DTÖ üyesi ise ve ilgili iddialar ev sahibi devletin TRIPS Anlaşması yükümlülüklerinden kaynaklanıyorsa, yatırımcının kendi hükümetini DTÖ mekanizmasına başvurması için ikna etmesi söz konusu olmaktadır. Bu halde de yine yatırımcının durumu, kendi hükümetinin dava açmaya istekli olup olmadığına bağlıdır. Ayrıca, kendi hükümeti tarafından açılan dava üzerinde yatırımcının doğrudan kontrolü de söz konusu değildir¹⁸⁹.

Ev sahibi devletlerin davranışları nedeniyle fikri mülkiyet yatırımları ciddi kayıplara uğrayan yabancı yatırımcıların gözünden bahse konu seçenekler yeterli güvence sağlayamamaktadır. Ancak devletler arasındaki uluslararası yatırım anlaşmasında uyuşmazlık çözümü için tahkim öngörülmüşse, anlaşmadaki koruma standartlarından kaynaklanan iddialar için yatırımcı doğrudan tahkime başvurma hakkına sahip olur¹⁹⁰.

Yatırımcı-devlet tahkiminin, uluslararası fikri mülkiyet uyuşmazlıkları için, özel hukuk ve kamu hukuku karışımı olarak üçüncü bir kategori meydana getirdiği ileri sürülmüştür. Yatırım tahkimi, geleneksel anlamda özel uyuşmazlık çözüm sistemini, devletler arasındaki uluslararası anlaşmanın üzerine nakleden 'karışım' bir sistem olarak nitelendirilmiştir. Yatırım tahkimi, iki devlet arasındaki, genellikle bir kısım kamusal çıkarları içeren hakların müzakeresinden kaynaklanmaktadır. Anlaşmada öngörülen haklar doğrultusunda, özel bir tarafa ev sahibi devlete karşı dava açma imkânı sunan bu tahkim şekli, sözleşme özgürlüğü ve özel hukuk kuralları uyarınca kabul edilen

¹⁸⁹ **Gibson**, Latent Grounds, s. 423.

¹⁹⁰ **Gibson**, Latent Grounds, s. 424.

uluslararası ticari tahkimden farklılık arz etmektedir¹⁹¹. Hükümetlerin taraf olarak katılması ve kamusal yararların dâhil olması nedeniyle bu uyuşmazlıklar geniş kapsamlı etki ve sonuç doğurabilmektedir. Özel hukuk ve kamu hukuku karışımı olarak değerlendirilen uluslararası fikri mülkiyet yatırım iddiaları; yatırımcının özel amaçları ile ev sahibi devletin kamusal çıkarları arasında gerginlik ve çatışma barındırmaktadır.

Fikri mülkiyet bağlamında değerlendirme yapıldığında, kamu yararını içeren başka bir faktör daha devreye girmektedir. Fikri mülkiyet haklarından kaynaklanan yatırım uyuşmazlığı söz konusu olduğunda, yalnızca yatırım anlaşması bağlamında kamusal çıkarlar değil, fikri mülkiyet hakları ile ilgili kamusal çıkarlar da gündeme gelmektedir. Fikri mülkiyet hak sahipliğinin temelinde, üçüncü kişileri ilgili fikri ürünü kullanmaktan uzak tutma hakkı yer almaktadır. Bu haklar genellikle devlet tarafından tescil gibi yollarla hak tanınmasıyla kazanılmaktadır. Bazı fikri mülkiyet haklarının verilmesi, idare edilmesi veya kontrolü kamu kurumları tarafından yerine getirilmektedir¹⁹².

Fikri mülkiyet yatırım uyuşmazlıkları, yalnızca yatırım anlaşmasındaki koruma standartlarının kapsamı ve hakların geçerliliği ile ilgili meseleleri değil, ayrıca ilgili mevzuattaki fikri mülkiyet hakları ile ilgili konuları da bünyesinde barındırmaktadır. Bu durumun yatırım tahkimi lehine bir argüman oluşturduğu ileri sürülmüştür. Zira bağımsız ve nötr bir forum, fikri mülkiyet konseptine eşit oranda ağırlık verilmesini sağlayabilir¹⁹³. Fikri mülkiyet haklarında ülkesellik ilkesi nazara alındığında, örneğin, ulusal hukuk kuralları uyarınca verilen patentlerin kapsamı ve patent verilebilirlik

¹⁹¹ **Gibson**, Latent Grounds, s. 424.

¹⁹² **Gibson**, Latent Grounds, s. 425.

¹⁹³ **Gibson**, Latent Grounds, s. 426.

koşulları ev sahibi ülkenin yetki alanı içerisinde¹⁹⁴. Ev sahibi devlete karşı, fikri mülkiyete dayalı yatırım iddiasında bulunulduğunda, yerel mahkemelerin bu meselelere karar vermesi, potansiyel çıkar çatışmaları yaratabilmektedir. Bununla ilgili olarak, patent hakkı verildikten sonra uluslararası yatırım hukukunun konusunu oluşturduğu ve bu aşamadan sonra ev sahibi devletin yetkilerinin sınırlı olduğu ileri sürülmüştür¹⁹⁵. Bu argümanda, ev sahibi devletin hareketinin, düzenleme yetkisinin meşru bir şekilde kullanımı mı olduğu yoksa yatırım anlaşması koruma standartlarının ihlalini mi oluşturduğu hususunun etkili ve dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi için, uyuşmazlığın çözümünün yatırım tahkimine bırakılması gerektiği savunulmaktadır.

Yatırım anlaşması kapsamında ev sahibi ülkeye karşı ileri sürülen fikri mülkiyet yatırım iddiası, ulusal fikri mülkiyet hukuku, uluslararası yatırım hukuku ve TRIPS Anlaşması gibi pek çok ulusal ve uluslararası hukuk meselelerini bünyesinde barındırabilmektedir. Bu meselelerin arkasında yer alan fikri mülkiyet ve kamu politikaları arasında denge kurulması gerekliliği, akademik çevrede son yıllarda artan bir ilgi ve merak uyandırmıştır. Yatırım bağlamında, yorumcular yeni bir soru yöneltmektedirler. Şöyle ki; yatırım anlaşması yükümlülüklerinin fikri mülkiyet hukuku ile kesişmesi, uyuşmazlık çözümü için adil ve etkili bir sistem mi yaratmakta, yoksa diğer önemli kamu politikalarının zararına, yatırımcı lehine olacak şekilde TRIPS-plus korumaları için bir kalkan mı oluşturmaktadır?¹⁹⁶

¹⁹⁴ **Marie Louise Seelig**, “Can Patent Revocation or Invalidation Constitute A Form Of Expropriation?,” *Transnational Dispute Management*, Vol. 2, 2009, s. 5.

¹⁹⁵ **Seelig**, s. 9.

¹⁹⁶ **Gibson**, *Latent Grounds*, s. 426-27; **Metka Potočnik**, *Arbitrating Brands International Investment Treaties and Trade Marks*, Edward Elgar Publishing, 2019, s. 13.

Doktrinde bazı yazarlar, fikri mülkiyet haklarının yatırımcı-devlet tahkimine konu edilmesinin, ulusal fikri mülkiyet sistemlerinde kurulan dengenin bozulmasına ve TRIPS Anlaşması'nda benimsenen esnekliklerin zayıflamasına neden olacağı yönünde endişelerini dile getirmişlerdir¹⁹⁷. Bu zamana kadar karar verilen fikri mülkiyetle ilgili yatırım tahkimi davalarının sayısının az olması nedeniyle, bu endişelerin ne derece haklı olduğuna dair kesin bir kanaatte bulunmak için henüz erkendir. Ancak dördüncü bölümde ayrıntılı olarak incelenecek olan güncel kararlara bakıldığında, Philip Morris v Uruguay davasında hakem heyeti, yatırımcının markasına zarar vermiş olsa dahi, Uruguay'ın düzenleme yapma hakkını tanımıştır. Dava konusu tasarruflar, kamu sağlığının korunmasına yönelik kamu gücünün geçerli bir uygulaması olarak kabul edilmiştir. Diğer taraftan Eli Lilly v Kanada kararı, yabancı yatırımcıların, iç hukuk kurallarını geliştirmek isteyen devletlere karşı dava açabilmeleri için bir nevi davet olarak yorumlanabilmektedir.

¹⁹⁷ **Cynthia M Ho**, “Sovereignty Under Siege: Corporate Challenges to Domestic Intellectual Property Decisions”, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 30, Issue. 1, 2015; **Henning Grosse Ruse-Khan**, “Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation” Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL) Working Paper No. 2014-21, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 14-13, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 52/2014, 2014, <https://ssrn.com/abstract=2463711> (erişim tarihi: 06.02.2021); **Susy Frankel**, “Interpreting the Overlap of International Investment and Intellectual Property Law”, Journal of International Economic Law, Vol. 19, Issue. 1, 2016.

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCI YATIRIM OLARAK FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI

Günümüzde fikri mülkiyet hakları, çoğu uluslararası yatırım anlaşmasında bir yatırım türü olarak, yatırım tanımı altında yer almaktadır.

Fikri mülkiyet haklarının uluslararası yatırım anlaşmalarında korunması, hak sahibi yatırımcıların bu anlaşmalar ile sağlanan korumaları, yatırımcı-devlet tahkimi aracılığı ile talep etmelerine olanak sunmaktadır¹⁹⁸. Diğer bir deyişle, fikri mülkiyet haklarının yatırım kavramı kapsamına dâhil edilmesi, yatırımcıya yatırımcı-devlet tahkiminde ev sahibi devleti doğrudan dava ederek fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının çözümünde yeni bir yol sunmaktadır¹⁹⁹.

Son zamanlarda fikri mülkiyet ve yatırım hukuku arasındaki ilişki yoğun bir biçimde tartışılmıştır. Fikri mülkiyet ve uluslararası yatırım hukuku arasındaki karmaşık ilişki, yakın tarihli bazı davalarda gün yüzüne çıkmıştır²⁰⁰.

Bu bölümde yatırım kavramı, fikri mülkiyet haklarının yatırım olarak kabul edilmesi ve fikri mülkiyet haklarının yatırım kapsamına dâhil olmasından kaynaklanan meseleler çeşitli anlaşma hükümleri ve tahkim kararları ışığında incelenecektir.

¹⁹⁸ **Grosse Ruse-Khan**, Challenging, s. 242.

¹⁹⁹ **Vadi**, Towards, s. 118.

²⁰⁰ **Upreti**, s. 53; bu davalardan Philip Morris v Uruguay ile Eli Lilly v Kanada, dördüncü bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

I. ULUSLARARASI YATIRIM ANLAŞMALARINDA ‘YATIRIM’ OLARAK MAL VARLIĞI

A. Yatırım Teriminin Gelişimi

Uluslararası hukuk, devletin yabancıya asgari standartlara uygun şekilde davranmadığı takdirde sorumlu tutulabileceği yaklaşımı doğrultusunda gelişim göstermiştir. Devletin göstermesi gereken bu davranış standardı ilk zamanlar, yabancıların fiziki mal varlığı ile ilgiliydi. Yabancılar verilen zararlardan kaynaklanan devletin sorumluluğu ile ilgili ilk tartışmalar, yabancıların ev sahibi ülkedeki fiziki mal varlığı üzerindeki haklarının ihlali veya kötüye kullanılması bağlamında yapılmaktaydı. Yabancı yatırımla ilgili uluslararası hukukun doğuşu, yabancıyı ve yabancıların fiziki mal varlığını korumak için yaratılan yükümlülük ve devletin bu yükümlülüğü yerine getirmemesinden kaynaklanan sorumluluğuna dayanmaktaydı. Yabancı yatırımlar geliştikçe hukuk, yabancıların maddi malvarlıklarının hükümetin müdahalelerinden korunması yönünde genişlemiştir. İlk davalar, yabancıya ait mal varlığının yok edilmesi veya arazisinin alınması gibi konularla ilgiliydi. Ev sahibi devletin koruması altındaki ve fiziki mal varlığı şeklindeki bu ekonomik değer, yatırımın tanımının başlangıç noktası olmuştur²⁰¹.

Zaman içerisinde yatırım terimi, maddi olmayan malvarlıklarını kapsar hale gelmiştir²⁰². İlk olarak bunlar, yabancı yatırımcının ev sahibi ülkede makine, ekipman gibi malları alabilmesi için sözleşmesel hakları içermekteydi. Bu haklar, kira, rehin, ipotek gibi bir malı elinde tutmayla ilgili haklardı. Şirket hisseleri ile ilgili durumlarda

²⁰¹ **M Sornarajah**, The International Law on Foreign Investment, Third Edition, Cambridge University Press, 2010, s. 11.

²⁰² **Lale Ayhan İzmirli**, “Uluslararası Yatırım Hukukunda ‘Yatırım’ Kavramı”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 8, Sayı. 2, 2018, s. 100.

güçlük bulunmaktaydı²⁰³. Barcelona Traction davasında²⁰⁴, Uluslararası Adalet Divanı, bir şirketteki hissedarın haklarının, hissedarın kendi devletinin diplomatik müdahalesi aracılığıyla korunamayacağına karar vermişti. Mahkemeye göre, yalnızca şirketin kurulduğu yerdeki devlet şirket adına devreye girebilirdi ve hissedarların uluslararası hukuk tarafından korunan, bağımsız çıkarları bulunmamaktaydı. Bu durum, şirket hissedarlarının haklarının korunması ile ilgili bir sorun olduğunu gözler önüne sermişti.

Barcelona Traction davasına karşılık olarak, ‘yatırım’ terimi içerisinde şirket hisselerine yer verilmek suretiyle hissedar, yatırım anlaşmalarında koruma kapsamına alınmıştır. Yatırım anlaşmalarında işaret edilen bu hisseler, yatırıma hizmet eden bir şirketin hisseleri olup, bu yatırım portföy yatırımı değildir. Şirket hisselerinin yatırım olarak korunması, uluslararası yatırım hukukunda portföy yatırımlarının korunduğu anlamına gelmemektedir²⁰⁵.

Yatırım anlaşmalarındaki diğer bir gelişme, fikri mülkiyet haklarının yabancı yatırım kapsamına dâhil edilmesidir. Gelişmiş ülkelerdeki buluşların kopyalanmasının yaygınlaşması, fikri mülkiyet hakkı korumasının genişletilmesinin nedeni olmuştur. Yeni bir buluş, gelişmekte olan bir ülkede üretime sokulduğunda veya yabancı yatırımcı tarafından yerel ortağına yeni bir teknoloji transferi yapıldığında, fikri mülkiyet hakları için de koruma sağlanması bir gereklilik halini almıştı. Fikri mülkiyet haklarının korunması ihtiyacı ortaya çıktığında, anlaşmalar, fikri mülkiyet haklarını da dâhil etmek suretiyle yabancı yatırımın anlamını genişlettiler. Böylelikle önceleri yalnızca yatırımcının fiziki mal varlığıyla sınırlı olan yatırımın kapsamı genişletilmiş oldu. Fakat

²⁰³ Sornarajah, s. 11.

²⁰⁴ Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd (1970) ICJ 1, <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments> (erişim tarihi: 06.02.2021).

²⁰⁵ Sornarajah, s. 12.

fikri mülkiyet hakları ile ilgili durum biraz farklılık arz etmektedir. Zira fikri mülkiyet, ev sahibi devletin kanunları tarafından hak tanınması yoluyla oluşturulmaktadır. Bu nedenle, teknik olarak bu mülkiyet, ev sahibi devlet tarafından hak tanınan ve yabancıya ait olan bir mülkiyettir. Fikri mülkiyet haklarının yatırım anlaşmaları aracılığıyla korunmasının altında yatan gerekçe, fikri mülkiyetin yatırım anlaşmalarında korunduğu takdirde, gelişmekte olan ülkelere daha fazla teknoloji transferinin sağlanacağı yönündeki düşüncedir. Bir devlet fikri mülkiyet haklarına müdahale ettiğinde, bir anlamda kendisinin yaratmış olduğu hakka müdahale etmiş olur. Devlet tarafından tanınan bu hakların uluslararası anlaşmanın standartlarına uygun olarak korunması gerektiğinde, anlaşma bu hakları uluslararası hale getirmiş olur. Devletin kendi yarattığı mülkiyetin üzerinde tam bir kontrolünün olması argümanı, uluslararası anlaşmanın devreye girmesiyle uygulanamaz hale gelir. Yerel hukuk kuralları altında yaratılan mülkiyetin uluslararası hale getirilme süreci, yabancı yatırım ve uluslararası ticaret alanlarında kabul edilen fikri mülkiyet korumasının temelini oluşturmaktadır. Bunun sonucu olarak, fikri mülkiyet haklarına herhangi bir devlet müdahalesi, uluslararası anlaşma ihlaline neden olabilmekte ve devlet için tazminat yükümlülüğü doğurabilmektedir. Geniş yorumlama yapılması halinde, patentlerin zorunlu lisanslanmasının veya paralel ithalatın, anlaşmanın ihlali sayılabileceği tehlikesi gündeme gelmektedir. Bu tehlike özellikle tıbbi ürün ve ilaçlar gibi alanlarda ortaya çıkmaktadır. Başka bir ülkede ucuza üretilen bir AIDS ilacının paralel ithalatı, ‘yabancı yatırım’ terimi ve ‘almak’ kavramının geniş yorumlanması sonucu, anlaşma standartlarının bir ihlali olarak değerlendirilme tehlikesi altındadır²⁰⁶.

Koruma sağlanan yabancı yatırımların gelişimine tarihsel süreç içerisinde bakıldığında, ilk olarak yabancı yatırımcının fiziki mal varlığının koruma kapsamına

²⁰⁶ Sornarajah, s. 12-13.

alındığı, daha sonra bu korumanın maddi olmayan malvarlıklarını kapsayacak şekilde genişletildiği anlaşılmaktadır. Fikri mülkiyetle ilgili çoğu hak devlet tarafından verilmektedir. Teknik olarak, hakkı veren devletin bu hakkı geri alması da mümkündür. Ancak yabancı yatırımcıya tanınan ve uluslararası anlaşma korumasına tabi olan hakkın geri çekilmesi devletin sorumluluğuna neden olabilmektedir.

Yabancı yatırım, esas olarak ev sahibi devletin ülke sınırları içerisinde gerçekleşen bir süreçtir. Bu süreci yerel alandan çıkararak uluslararası kurallara tabi kılmak, yatırımın korunmasındaki uluslararası çıkarlar ile ev sahibi ülkenin çıkarları arasında iyi bir denge sağlanmasını gerektirmektedir. Bu husus, uluslararası yatırım hukukunun temelini teşkil etmektedir. Yabancı yatırımın tanımı, bu tarihsel anlayışa göre değerlendirilmeli ve değerlendirme yapılırken anlaşmanın lafzı ile amacının dışına çıkılmamalıdır²⁰⁷.

B. Yatırım Kavramı

Çoğu uluslararası yatırım anlaşmasının tanımlar bölümünde, anlaşma kapsamında korunan yatırımın tanımına yer vermektedir. İlk zamanlar tanımlar genellikle bilinçli olarak açık uçlu ve geniş kapsamlı yapılmaktaydı. ‘Yatırım’, neredeyse her çeşit ticari faaliyeti ve her türlü mal varlığını içerecek şekilde düşünülmekteydi²⁰⁸. İki taraflı yatırım anlaşmalarında, Enerji Şartı Anlaşması’nda ve serbest ticaret anlaşmalarında ‘yatırım’ neredeyse her çeşit ticari faaliyeti içeren bir kavram olarak nitelendirilmektedir. Yatırımın tanımı genellikle mal varlığı temeline dayanmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, şirketlerin öz sermayesi, para alacakları, sözleşmesel haklar, fikri mülkiyet hakları, lisanslar gibi bir girişimin bütün varlıkları,

²⁰⁷ Sornarajah, s. 18.

²⁰⁸ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 143.

yatırım kapsamına dâhil edilmektedir. Ancak uluslararası yatırım anlaşmalarındaki yatırım tanımları yeknesak değildir. Günümüzde uluslararası yatırım anlaşmalarında, yatırım tanımındaki mal varlıklarına ek sınırlamalar getirilmektedir²⁰⁹.

Şili-Birleşik Devletler Serbest Ticaret Anlaşmasında²¹⁰ yatırım tanımı şunları içermektedir:

“(a) bir girişim,

(b) hisse senetleri ve bir girişimdeki diğer özsermaye türleri

(c) tahviller, borçlar, diğer borçlanma araçları ve krediler;

(d) vadeli işlemler, opsiyonlar ve diğer türevler;

(e) anahtar teslimi, inşaat, yönetim, üretim, imtiyaz, gelir paylaşımı ve benzeri sözleşmeler;

(f) fikri mülkiyet hakları;

(g) yürürlükteki iç hukuk kuralları uyarınca verilen lisanslar, izinler ve benzeri haklar ve

(h) diğer maddi veya maddi olmayan, taşınır veya taşınmaz mallar ile kira, ipotek gibi ilgili mülkiyet hakları, haciz ve rehin.”

Enerji Şartı Anlaşması’nda²¹¹ da yatırım kavramı oldukça geniş bir biçimde kaleme alınmıştır. Anlaşmanın 1. maddesinde yatırım terimi hem genel olarak

²⁰⁹ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 144.

²¹⁰ U.S. – Chile Free Trade Agreement, art. 10.27.
https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/chile/asset_upload_file1_4004.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021).

²¹¹ Anlaşmanın Türkçe metni için bkz RG., 17.07.2000, S. 24107, Mükerrer.

tanımlanmış hem de yatırımdan nelerin anlaşılması gerektiği detaylı olarak açıklanmıştır. Buna göre;

“Yatırım; bir yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan ya da kontrol edilen her türlü varlığı ifade etmektedir ve aşağıdaki hususları kapsamaktadır:

(a) aynı veya aynı olmayan, taşınır ve taşınmaz servetler ve ipotek, haciz ve teminatlar gibi her türlü mülkiyet hakkı;

(b) bir firma veya teşebbüs, ya da bir firma veya teşebbüsteki hisse senetleri, tahviller veya diğer iştirak şekilleri ve bonolar ve bir firma veya teşebbüsün borçları;

(c) bir ekonomik değere sahip olan ve bir yatırıma ilişkin olarak yapılan kontratla ilgili olan para ve hizmet performansı talepleri;

(d) Fikri mülkiyet;

(e) Kazanç;

(f) Yasalarla, kontratlarla veya enerji sektöründeki herhangi bir ekonomik aktivite girişimine ilişkin kanunlara uygun olarak verilen ruhsat ve izin belgelerine binaen tevcih edilen haklar”.

2008 Alman model iki taraflı yatırım anlaşmasının 1.1 maddesinde ‘yatırım’, “taraf devletlerden birinin yatırımcıları tarafından, diğer taraf devletin ülkesinde doğrudan veya dolaylı olarak yatırım yapılan her çeşit mal varlığı” şeklinde tanımlanmıştır. Bu yatırım tanımında sınırlı sayıda olmayan, örnek kabilinden yatırımlar öngörülmüştür. Bu tanım uyarınca, yatırımcının ev sahibi devletin ülkesinde yatırım yapmasından başka, yatırımın özellikleriyle ilgili bir sınırlama bulunmamaktadır.

Çin ve İsviçre arasındaki iki taraflı yatırım anlaşması da ‘yatırım’ tanımına sınırlama getirmemiş olup benzer şekilde açık uçlu ve mal varlığı temelli bir yaklaşım benimsemiştir: “ ‘Yatırım’ terimi her çeşit mal varlığını içerecektir, özellikle:

...

(d) telif, sınai mülkiyet hakları (patentler, kullanışlı modeller, endüstriyel tasarımlar veya modeller, ticari veya hizmet markaları, ticari unvanlar, köken işaretleri), know-how ve peştemaliyeler”²¹².

Yatırımın kapsamının, sahiplik veya kontrolün bulunmadığı portföy yatırımlarını içerecek şekilde geniş yorumlanması, oldukça çeşitli ticari faaliyetlerin uluslararası yatırım anlaşması koruması kapsamına alınması sonucunu doğurmaktadır. Bu genişleme, doğrudan yabancı yatırımların iddia edilen faydalarının sorgulanmasına neden olabilmektedir. Örneğin, ev sahibi ülkede basit bir satış işleminin yapıldığı durumda bilgi transferi ve istihdam beklenebilir mi?²¹³ SD Myers v Kanada davasında, bir ABD şirketi tarafından yapılan basit bir satış işlemi yatırım olarak kabul edilmiştir²¹⁴. Başka bir davada, Pakistan hükümeti ile bir firma arasındaki sevkiyat öncesi muayene anlaşmasının, yatırımın tanımında ‘her çeşit mal varlığı’ ifadesini

²¹² Agreement between the Swiss Federal Council and the Government of the People’s Republic of China on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (27.01.2009), UNCTAD Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4811/download> (erişim tarihi: 31.08.2019).

²¹³ Collins, s. 76-77.

²¹⁴ S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL partial award (13.11.2000), <https://www.italaw.com/cases/969> (erişim tarihi: 06.02.2021).

içeren İsviçre-Pakistan iki taraflı yatırım anlaşması uyarınca yatırım olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir²¹⁵.

Diğer taraftan NAFTA'nın 1139. maddesinde 'yatırım' terimi açık uçlu olarak tanımlanmamıştır. Anılan maddede, yatırım olarak değerlendirilecek mal varlıkları kapsamlı bir liste halinde düzenlenmiş ve belli mal varlıkları da yatırım tanımından hariç tutulmuştur. Ayrıca bu maddede, fikri mülkiyet hakları özel olarak zikredilmemiş olup bu haklar madde metninde yer alan 'maddi veya maddi olmayan mal varlığı' kapsamında değerlendirilmektedir²¹⁶.

1995 tarihli Alman-Hindistan iki taraflı yatırım anlaşmasının 1.b maddesi, Alman model iki taraflı yatırım anlaşmasından farklılık arz etmektedir. Bu anlaşmanın yatırım tanımında, yatırımın ev sahibi devletin hukuk kurallarını karşılaması gerektiğine dair bir sınırlama yer almaktadır²¹⁷.

1987 tarihli ASEAN iki taraflı yatırım anlaşması II.1 maddesi uyarınca, ev sahibi devlet tarafından açıkça onaylanmayan yatırımlar anlaşma korumasından hariç tutulmuştur²¹⁸.

²¹⁵ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13 (06.08.2003), <https://www.italaw.com/cases/1009> (erişim tarihi: 06.02.2021).

²¹⁶ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 145.

²¹⁷ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 146.

²¹⁸ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 146; anlaşma metni için bkz. ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5554/download> (erişim tarihi: 06.02.2021). Bu anlaşmanın yerine kabul edilen

Kanada ve Ürdün arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasının 1. maddesinde de, nelerin yatırım sayılmayacağı açıkça ifade edilmek suretiyle, yatırımın tanımı daraltılmıştır. Buna göre şunlar yatırım sayılmamaktadır;

“(xi) yalnızca şunlardan doğan parasal iddialar a) bir tarafın ülkesindeki bir vatandaş veya girişim tarafından diğer tarafın ülkesindeki bir girişime mal veya hizmetlerin satışı için ticari sözleşmeler veya b) ticaret finansmanı gibi bir ticari işlemle ilgili kredilerin uzatılması”

Bütün bu örnekler, anlaşma pratiğinde, yatırım tanımı ile ilgili çeşitliliği gözler önüne sermektedir. Ancak genelleme yapmak gerekirse, anlaşmaların çoğunlukla sınırlı sayıda olmayan, açık uçlu ve örnekleyici listeler içeren, geniş kapsamlı yatırım tanımları içerdiği anlaşılmaktadır²¹⁹.

Yatırımdan söz edebilmek için, ev sahibi ülkenin ekonomik gelişimine katkıda bulunulması gerektiği ifade edilmektedir. Bu gereklilik bir dereceye kadar yatırım tahkiminde kabul edilmiştir. Salini v Fas davasında²²⁰, yatırım olarak 2009 tarihli ASEAN Kapsamlı Yatırım Anlaşması’nın 4. maddesindeki yatırım tanımında da; üye devletlerin kanunlarına göre kabul edilen ve yetkili otoritelerce özel olarak onaylanan yatırımlardan söz edilmektedir, bkz. ASEAN Comprehensive Investment Agreement, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3095/download> (erişim tarihi: 06.02.2021).

²¹⁹ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 146.

²²⁰ Salini et al. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (31.07.2001), <https://www.italaw.com/cases/958> (erişim tarihi: 06.02.2021). Salini davasında geliştirilen test uyarınca, yatırımın taşınması gereken özellikler; para veya ekonomik değeri olan diğer kaynakların taahhüdü, risk, süre ve ev sahibi ülkenin gelişimine katkı şeklinde ifade edilmiştir.

nitelendirilebilmek için ev sahibi ülkenin ekonomik gelişimine katkıda bulunulması gerektiği bir koşul olarak belirtilmiştir. Diğer taraftan, Salini test olarak bilinen koşulların yerleşik kriterler oluşturmaktan uzak olduğu ifade edilmiştir²²¹. Pantechniki v Arnavutluk²²² davasında da, Salini davasında belirtilen kriterlerin yatırımın özelliklerini gösteren bir test olmadığına işaret edilmiştir: “Bir kısım davada ‘Salini test’ olarak ifade edilenin ne anlama geldiği tartışılmıştır. Yanlış bir isimlendirme gibi görünmektedir. Yatırımların özelliklerini listeleyen bir test değildir. Salini kararı ile yatırımın tipik özellikleri olarak beş element belirlenmiş fakat birinin yokluğunun, bir diğerinin daha güçlü varlığı ile telafi edilebileceği belirtilmiştir. Ortaya çıkan takdir hakkı talihsizdir.”²²³

Salini test koşullarının en tartışmalı olanları, yatırımın belli bir süresi olması ve ev sahibi ülkenin ekonomik gelişimine katkıda bulunulması koşullarıdır. Bu iki gereklilik de belirsizlik içermekte olup ispatlanması zor konulardır²²⁴. Öte yandan, bazı yazarlar, yabancı firmaların da ev sahibi devletin gelişimine katkıda bulunma görevi olduğunu dile getirmektedir²²⁵. Bu mantığın altında, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkıda bulunma yükümlülüğünün, uluslararası yatırım anlaşması

²²¹ Collins, s. 78.

²²² Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21 (30.07.2009), <https://www.italaw.com/cases/810> (erişim tarihi: 06.02.2021).

²²³ Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21 (30.07.2009), para. 36.

²²⁴ Collins, s. 78.

²²⁵ Ör. Diane A Desierto, “Development as an International Right: Investment in the New Trade-Based IIAs” Trade Law and Development, Vol. 3, Issue. 2, 2011.

kapsamında yatırımcının sahip olduğu haklara karşılık gelen bir görev olması yatmaktadır.

Yine de, özellikle, yatırımcı-devlet tahkiminin temel kurallarını içeren ICSID Konvansiyonu'nun yatırımın tanımı konusunda sessiz kaldığı nazara alındığında, ilgili uluslararası yatırım anlaşmasında ifade edilenin dışında, yatırımın herhangi bir müstakıl tanımı olup olmadığı belirsizdir²²⁶. Pantechniki davasında hakem heyetinin değerlendirmesine göre, geniş oranda kabul edilen Salini test gibi tanımlamalar, yargısal gereklilikler seviyesine yükseltilemez. Bu tanımlar, tahkim yargılamalarındaki sübjektif değerlendirmeleri ortaya koymaktadır²²⁷. Pantechniki davasında hakem heyeti, davacı tarafından kaynak ve ekipman taahhüdü yapıldığı nazara alındığında ev sahibi ülkede yatırımın varlığından söz edilebileceğini ifade etmiştir. Ayrıca, davacının projesinin çok 'basit ve ani' olmadığı sürece yatırım olarak kabul edilebileceği değerlendirilmiştir²²⁸.

İtalyan oyun firmasının belli ürünleri kullanması ile ilgili Burimi v Arnavutluk Cumhuriyeti davasında²²⁹ da bu mesele incelenmiştir. Arnavutluk hükümeti, Burimi'nin oyun iznini kaldırmış, şirket bunun kamulaştırma olduğunu iddia etmiştir. Arnavutluk, Burimi'nin faaliyetlerinin bir yatırım oluşturmadığını zira süresinin yetersiz olduğunu ve ev sahibi ülkenin ekonomisine katkıda bulunmadığını savunmuştur. Diğer bir

²²⁶ Collins, s. 78.

²²⁷ Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21 (30.07.2009), para. 43.

²²⁸ Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21 (30.07.2009), para. 48.

²²⁹ Burimi SRL and Eagle Games SH.A v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/18 (29.05.2013), <https://www.italaw.com/cases/2010> (erişim tarihi: 06.02.2021).

anlatımla, finansman sağlamak için bir kısım özel kredi sözleşmeleri yapılması, bir yatırım için gerekli olan ekonomik taahhüt düzeyine erişemez²³⁰.

Yatırım kapsamının sınırlarını belirleyen diğer bir dava, Global Trading v Ukrayna davasıdır²³¹. Hakem heyeti bu davada, iki taraflı yatırım anlaşması yatırımı geniş bir biçimde tanımlasa da, faaliyetin yatırım sayılabilmesi için ICSID Konvansiyonu'nun anlayışına uygunluk göstermesi gerektiğine karar vermiştir. Davacının pozisyonu, sınırlı süreli bireysel sözleşmelere dayandığından, bunlar yalnızca ticari faaliyetler kapsamında olup yatırım niteliği taşımamaktadır.

Postavá banka v Yunanistan davasında²³² hakem heyeti, Yunanistan'ın kamu borcunun bir yatırım oluşturmayacağı kanaatiyle davayı reddetmiştir. Hakem heyeti, uyuşmazlık üzerinde yargılama yetkisinin bulunup bulunmadığını değerlendirirken, iki taraflı yatırım anlaşmasının kapalı bir listeden ziyade geniş mal varlığı tanımlarını içerdiğini belirtmiştir. Yine de, alt başlıklarda korunan yatırım kategorilerinin dikkatli bir şekilde kaleme alınmış olmasının, tanımın sınırlarının bulunduğu anlamına geldiğine karar vermiştir. Hakem heyeti ayrıca, alacaklının bir kamu borçlusuna karşı yasal yollarının çok daha sınırlı olduğunu, özel ve sıkı kurallara tabi olduğunu belirterek, kamu borcunun özel borçtan ayrılan özelliklerini incelemiştir. Bu şekilde, hiçbir iki taraflı yatırım anlaşmasının, yatırım tanımı içerisinde kamu borcunu kapsama niyetinde olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

²³⁰ Collins, s. 79.

²³¹ Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine, ARB/09/11 (01.12.2010), <https://www.italaw.com/cases/506> (erişim tarihi: 06.02.2021).

²³² Postavá banka v. Hellenic Republic, ICSID Case No. ARB/13/8 (09.04.2015), <https://www.italaw.com/cases/2073> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Hassan Awdi v Romanya davası²³³, Bükreş'te bir binanın özelleştirme projesi ile ilgilidir. Hakem heyeti, davacının ev sahibi ülkenin ekonomisine katkısının olmadığına dayanan Romanya'nın itirazlarını reddetmiştir. Romanya'nın, Salini testin yatırımın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğine dair itirazı reddedilmiştir. Bunun yerine hakem heyeti, yatırımın anlamına iki taraflı yatırım anlaşması ile sınırlı olarak karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. İki taraflı yatırım anlaşmasında açık uçlu mal varlığı temelli tanıma yer verilmesi nedeniyle, yargılama yetkisi için davacı ile yatırım arasındaki ekonomik ilişki yeterli görülmüştür.

Yatırımın anlamını tartışan bir diğer dava Nova Scotia Power Incorporated v Bolivarcı Venezuela Cumhuriyeti davasıdır²³⁴. Bu davada hakem heyeti, uyuşmazlığın olağan bir ticari sözleşmeden kaynaklanması nedeniyle, Kanada-Venezuela iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında yargılama yetkisinin olmadığına karar vermiştir. Söz konusu ticari işlem uzun süreli olmadığından bir yatırım olarak yatırım anlaşması korumasından yararlanmamalıdır. Dahası, ticari faaliyetin olası sonuçları tarafların kontrolü altında olmakla, risk koşulu da bulunmamaktadır.

Yatırım anlaşmaları, yabancı yatırımcıların doğrudan veya dolaylı kontrolleri altındaki mal varlıklarını korumaktadırlar. Ulusal hukuk kuralları, 'kontrol'ün ne anlama geldiğine ilişkin çeşitlilik göstermektedir. Belli hak veya fiili durumların ne zaman mal varlıkları üzerinde gerçek bir kontrol olarak değerlendirilebileceği

²³³ Mr. Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania, ICSID Case No. ARB/10/13 (02.03.2015), <https://www.italaw.com/cases/101> (erişim tarihi: 06.02.2021).

²³⁴ Nova Scotia Power Incorporated v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/1 (30.04.2014), <https://www.italaw.com/cases/2532> (erişim tarihi: 06.02.2021).

konusunda uluslararası bir standart bulunmamaktadır. Kontrolün varlığına karar verme ile ilgili zorlukların yanı sıra, hak sahipliği kavramının geniş yorumlanması, ev sahibi ülkede gerçek anlamda bir iş faaliyeti bulunmayan yatırımcıların korunmasına neden olabilir. Örneğin, sözleşmeye taraf olan ülkede kurulan ancak sözleşmeye taraf olmayan bir ülkede sahip olunan veya kontrol edilen yatırımlarda böyle bir durumdan söz edilir²³⁵.

Anılan tahkim kararlarından²³⁶ da anlaşılacağı üzere, uluslararası yatırım hukukunun korumalarından yararlanmak için yatırım teriminin anlamının karşılanması görüldüğü kadar kolay olmamaktadır. Bazı ticari faaliyetler, özellikle modern iki taraflı yatırım anlaşmalarında daha dar veya kapalı liste tanımlara yer verilmek suretiyle, anlaşma kapsamından hariç tutulmaktadır²³⁷.

2005 tarihli Amerika Birleşik Devletleri ve Uruguay arasındaki iki taraflı yatırım anlaşması, yatırım tanımına özellikler getiren yeni yaklaşımı yansıtmaktadır. Anlaşmada, yatırımı oluşturan malvarlıkları arasında ‘fikri mülkiyet hakları’ sayılmıştır. Bu anlaşmada yalnızca ‘her çeşit mal varlığı’na işaret edilmemiş, yatırım tanımına birtakım özellikler eklenmesi yoluna gidilmiştir. Anlaşmada yatırım tanımına, sermaye veya diğer kaynakların taahhüdü, kâr veya kazanç beklentisi veya risk üstlenilmesi

²³⁵ **Correa**, Investment Protection, s. 338.

²³⁶ SD Myers v Kanada, Pantechniki v Arnavutluk, Burimi v Arnavutluk, Global Trading v Ukrayna, Postavá banka v Yunanistan, Hassan Awdi v Romanya, Nova Scotia Power Incorporated v Bolivarcı Venezuela Cumhuriyeti dava özetleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Collins**, s. 77-81.

²³⁷ **Collins**, s. 81.

kriterleri eklenmiştir²³⁸. Bu ifade biçimi, Salini test olarak adlandırılan unsurları ihtiva etmektedir. Yeni nesil yatırım anlaşmalarında, ICSID Konvansiyonu 25. maddesindeki nitelikleri yansıtan bir dilin tercih edildiği anlaşılmaktadır²³⁹.

2012 ABD model iki taraflı yatırım anlaşmasında da benzer bir dil kullanılmıştır: “ ‘Yatırım’, bir yatırımcının doğrudan veya dolaylı olarak sahip olduğu veya kontrol ettiği, sermaye veya diğer kaynakların taahhüdü, kâr veya kazanç beklentisi veya risk üstlenilmesi gibi yatırım özellikleri taşıyan her çeşit mal varlığı anlamına gelmektedir”²⁴⁰.

2016 yılında imzalanan CETA Anlaşması da yatırım tanımında benzer ifade biçimi kullanmış, diğer özelliklere ek olarak ‘belli bir süre’ kriterini eklemiştir. CETA Anlaşması ayrıca, yatırımın tanımı ile ilgili, ‘yatırımın yapıldığı anda uygulanabilir hukuka uygun olarak yapılan’ kriterine de yer vermektedir²⁴¹.

Yatırım tanımına ek özellikler getiren yaklaşımın istisna olmayıp anlaşma pratiğinde yeni bir uygulamayı yansıttığı anlaşılmaktadır²⁴². En güncel iki taraflı yatırım anlaşmalarında da CETA Anlaşması’nda benimsenen tanımlama biçiminin kabul

²³⁸ Treaty Between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, UNCTAD Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (erişim tarihi: 06.02.2021).

²³⁹ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 146.

²⁴⁰ Ayrıca bkz. US–Korea Free Trade Agreement (2012), art. 11.28 (Definitions).

²⁴¹ Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) Between Canada, of the One Part, and the European Union [and its Member States], of the Other Part (2016) Chapter Eight, art. 8.1, <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/> (erişim tarihi: 26.08.2021).

²⁴² Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 147.

edildiği gözlemlenmektedir. Bu anlamda, 20 Haziran 2019 tarihinde imzalanan AB-Vietnam iki taraflı yatırım anlaşmasında da yatırımı niteleyen aynı dört özellikten söz edilmiştir: (i) sermaye veya diğer kaynakların taahhüdü, (ii) kâr veya kazanç beklentisi, (iii) risk üstlenilmesi ve (iv) belli bir süre²⁴³.

Bu tanımlamalar, fikri mülkiyetin ilgili anlaşma kapsamında yatırım olarak korunup korunmayacağına ilişkin sonuçlar doğuracaktır. Bu anlamda yatırım tanımı hakkında daha kısıtlayıcı yaklaşım uyarınca, bir fikri mülkiyetin tescili tek başına yatırım olarak nitelendirilmeyebilecektir²⁴⁴.

Güncel uluslararası yatırım anlaşmalarında yatırımı niteleyen bu kriterler, ICSID yargılamasında geliştirilen Salini test ile uyum içindedir. Yine de belirtmek gerekir ki, Salini testteki ‘ev sahibi devletin gelişimine katkıda bulunma’ unsuru, uluslararası yatırım anlaşmalarına genellikle alınmamıştır²⁴⁵. Bu unsur ICSID davalarında da

²⁴³ Investment Protection Agreement Between the European Union and Its Member States, on the One Part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the Other Part (2019), Art. 1.2 (Definitions), UNCTAD Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (erişim tarihi: 02.08.2019).

²⁴⁴ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 147.

²⁴⁵ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 148. Diğer taraftan, 31 Ocak 2020 tarih ve 31025 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Özbekistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma m. 1.1 uyarınca; “Bir mal varlığının İşbu Anlaşma uyarınca yatırım sayılması için; mal varlığı, sermaye veya diğer kaynakların taahhüdü, gelir veya kazanç beklentisi, risk üstlenme ve ev sahibi Akit Tarafın ekonomik

tartışmalıdır. Bu nedenle, ‘ev sahibi devletin gelişimine katkıda bulunma’ unsurunun yatırım anlaşmalarında bilinçli olarak dışarıda bırakıldığı değerlendirilmektedir²⁴⁶.

Bir diğer alternatif ve kısıtlayıcı yaklaşım, Hindistan 2016 model iki taraflı yatırım anlaşmasında benimsenen girişim temelli modeldir. Hindistan, mal varlığı temelli yaklaşımdan girişim temelli yaklaşıma geçmekle, yatırımın kapsamını daraltmış ve kendisine karşı açılacak davaların sayısını azaltmak istemiştir²⁴⁷. Bu anlaşma uyarınca yatırımın bir girişim olması ve bu girişimin de belli özellikleri taşıması gerekmektedir: (i) sermaye ve diğer kaynakların taahhüdü, (ii) belli süre, (iii) kâr veya kazanç beklentisi, (iv) risk üstlenilmesi ve (v) yatırımın yapıldığı ülkenin gelişimi için önem²⁴⁸. Salini testin ‘ev sahibi devletin gelişimine katkı’ unsuruna benzer şekilde, Hindistan’ın yatırım tanımı, ‘ev sahibi devletin gelişimi için önem’ kriterine işaret etmiş ancak bu koşulun sağlandığının nasıl tespit edileceğini göstermemiştir²⁴⁹.

Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı yatırım anlaşmalarına²⁵⁰ bakıldığında, ilk zamanlar geniş kapsamlı bir yatırım teriminin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla örneğin 8 Ekim 1989 tarih ve 20306 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Türkiye ile

kalkınması için önem taşıma gibi yatırım özelliklerini taşımaktadır” hükmüne yer verilmiştir. <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0950.pdf> (erişim tarihi: 27.08.2021).

²⁴⁶ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 148.

²⁴⁷ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 149.

²⁴⁸ Model Text for the Indian BIT (2016), http://www.dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf (erişim tarihi: 01.08.2019).

²⁴⁹ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 149.

²⁵⁰ Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma şeklinde ifade edilmektedir.

Belçika-Lüksemburg Ekonomik İşbirliği arasındaki yatırım anlaşmasının 1. maddesi uyarınca; “ ‘Yatırımlar’ terimi:

Ekonomik faaliyetlerde bulunan şirketlere doğrudan yatırılan veya dolaylı olarak ilave edilen sermaye katkıları ve diğer her türlü aktif değerler anlamına gelir.

Bu anlaşma çerçevesinde aşağıdakiler, esas olarak, ancak bunlarla sınırlı olmaksızın bir yatırım olarak kabul edileceklerdir.

a) Menkul ve gayrimenkul mallar, menkul rehni, gayrimenkul rehini, teminat, intifa ve benzeri haklar gibi diğer ayni haklar.

b) Hisse senetleri, tahviller, bonolar ve şirketlerde sahip olunan diğer değerler.

c) Parasal alacaklar veya ekonomik değeri olan herhangi bir edim üzerindeki haklar.

d) Telif hakları, sınai haklar, teknik bilgi hakları, ticari unvanlar ve peştemaliye.

e) Doğal kaynakları araştırmak, çıkartmak ve işletmek dahil, kanunen veya sözleşme ile elde edilmiş iş imtiyazları.

Sermayenin ve mal varlığının yatırım biçiminde herhangi bir değişiklik, bunların, bu anlaşma çerçevesinde yatırım niteliğini bozmaz”²⁵¹.

10 Şubat 1991 tarih ve 20782 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Türkiye ile Avusturya arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasının 1. maddesine göre; “ ‘Yatırım’

²⁵¹ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Belçika - Lüksemburg Ekonomik Birliği Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20306.pdf> (erişim tarihi: 06.02.2021).

terimi her türlü mal varlığını, sınırlayıcı olmamakla beraber daha çok aşağıdakileri kapsar:

- a) Taşınır ve taşınmaz mallar ile ipotek, tedbir, rehin, intifa hakları ve benzeri aynı haklar;
- b) Hisse senetleri ve benzeri tür katılımlar;
- c) Ekonomik değer yaratmak üzere verilmiş para alacağı veya başka bir yatırımla ilişkili bulunan ve ekonomik değeri olan bir işlemin yapılması talebi;
- d) Telif hakları; patent, marka, endüstri tasarımı, işletme modeli, teknik prosesler, ‘know-how’, ticari unvan ve itibar gibi sınai mülkiyet hakları; ve
- e) Kamu hukuku çerçevesinde tabii kaynakları arama, çıkarma ve işletme hakları”²⁵².

Türkiye’nin taraf olduğu yakın tarihli yatırım anlaşmalarında ise dünyadaki güncel uygulamaya benzer şekilde, yatırım tanımına ek özellikler getiren yaklaşımın benimsendiği anlaşılmaktadır. 31 Ocak 2020 tarih ve 31025 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Türkiye ile Özbekistan arasındaki yatırım anlaşmasında, yatırımın tarafların kanunlarına ve düzenlemelerine uygun olarak edinilmesinden ve yatırım özellikleri taşımasından söz edilmiştir. Bu Anlaşmada ayrıca, yatırım teşkil etmeyen işlemlere yer verilmiş ve yatırımın taşınması gereken özelliklere açıklık getirilmiştir. Buna göre; “...Daha fazla belirlilik açısından, işbu Anlaşmanın amaçları bakımından, yalnızca bir Akit Tarafın Devletinin ülkesinden diğer Akit Tarafın Devletinin ülkesine mal ve hizmetlerin satışı ile ilgili ticari sözleşmelerden kaynaklanan bir parasal alacak hakkı ya

²⁵² Bkz. Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların

da bir Akit Tarafa veya devlet işletmesine verilen borç, banka kredi mektubu ya da ticaretin finansmanı gibi bir ticari işlemle ilişkili olarak kredi sağlanması yatırım teşkil etmez.

Bir mal varlığının işbu Anlaşma uyarınca yatırım sayılması için; mal varlığı, sermaye veya diğer kaynakların taahhüdü, gelir veya kazanç beklentisi, risk üstlenme ve ev sahibi Akit Tarafın ekonomik kalkınması için önem taşıma gibi yatırım özelliklerini taşımaktadır”²⁵³.

1 Haziran 2021 tarih ve 31498 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Türkiye ile Gürcistan arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasında da yatırım olarak nitelendirilmek için gereken özelliklere yer verilmiştir. Buna göre Anlaşmanın 1. maddesi uyarınca; “ ‘Yatırım’ terimi; uzun süreli ekonomik ilişkiler kurmak amacıyla bir Akit Tarafın ülkesinde bu Akit Tarafın mevzuatına uygun olarak diğer Akit Tarafın Yatırımcıları tarafından edinilen her türlü malvarlığını ifade eder ve özellikle aşağıdakileri içerir:

(a) taşınır ve taşınmaz malların yanı sıra ipotek, rehin, kefalet gibi diğer haklar ve malvarlığı ülkesinde bulunan Akit Tarafın kanun ve düzenlemelerine uygun olarak tanımlanan diğer benzer haklar;

(b) yeniden yatırılan gelirler, para alacakları veya bir yatırımla ilgili mali değeri olan diğer haklar;

(c) hisseler, hisse senetleri ya da şirketlere iştirakin diğer her türlü şekli;

²⁵³ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Özbekistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5847/download> (erişim tarihi: 27.08.2021).

(d) patentler, sınai tasarımlar, teknik süreçler yanında ticari markalar, ticari itibar ve know-how gibi bir yatırımla ilgili fikri ve sınai mülkiyet hakları;

(e) doğal kaynaklara ilişkin imtiyazlar da dâhil olmak üzere, kanun veya sözleşme ile verilmiş iş imtiyazları.

İşbu Anlaşmanın amaçları bakımından yatırım olarak nitelendirilmek için; bir malvarlığı, sermaye veya diğer kaynakların taahhüdü, düzenli gelir veya kâr beklentisi, risk üstlenilmesi ve belirli bir süreye sahip olma gibi yatırım niteliklerini haiz olmalıdır”²⁵⁴.

Türkiye’nin taraf olduğu yakın tarihli yatırım anlaşmalarında yatırım tanımına getirilen özelliklerin, doktrinde ve tahkim kararlarında vurgulanan niteliklerle uyumlu olduğu müşahade edilmektedir. Bu yaklaşım, uluslararası gelişmelere paralel olarak güncel yatırım anlaşmalarında benimsenen dil ile de benzerlikler taşımaktadır. Bu itibarla, Türkiye’nin son dönemde taraf olduğu yatırım anlaşmalarında birtakım nitelikler öngören yatırım tanımına yer verilmesi kanımızca yerinde bir uygulama olmuştur.

İncelenen anlaşmalardaki yatırım tanımları göstermektedir ki mal varlığı temelli yaklaşım, uluslararası yatırım anlaşmalarının büyük çoğunluğunda uygulanmaya devam etmektedir. Ancak yeni nesil uluslararası yatırım anlaşmalarında çoğunlukla, yatırım koruması için mal varlığının taşınması gereken birtakım özelliklere yer verilmiştir²⁵⁵.

²⁵⁴ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Gürcistan Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/06/20210601-1.pdf> (erişim tarihi: 27.08.2021).

²⁵⁵ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 149.

II. ULUSLARARASI YATIRIM ANLAŞMALARINDA ‘YATIRIM’ OLARAK FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI

A. Uluslararası Yatırım Anlaşmalarında Fikri Mülkiyet Haklarının Korunması

Günümüzde yatırım anlaşmalarının büyük çoğunluğu fikri mülkiyet haklarını ihtiva etmektedir. Eğer bir yatırım anlaşması, fikri mülkiyet haklarını yatırım kapsamında sayılan mal varlıkları arasına dâhil etmişse, fikri mülkiyet hakları kural olarak, yatırım anlaşmasının sağladığı korumalardan yararlanabilir. Ancak bu hakların yalnızca yatırım tanımı altında yer alması, anlaşmadaki korumalardan faydalanmaları için yeterli görülmebilir. Fikri mülkiyet haklarının yatırım korumasından yararlanması halinde, örneğin bir patent sahibi yatırımcı, ev sahibi devletin ayrımcı veya adil olmayan işlemlerine karşı koruma elde edebilir ya da anlaşmanın kamulaştırma (tipik olarak kamusal amaç ve yeterli, hızlı ve etkili bir tazminat ödemesi gerektiren) hükmünden faydalanabilir²⁵⁶. Fikri mülkiyet hakları ile uluslararası yatırım hukuku arasındaki ilişki son yıllarda akademik tartışmaların merkezinde yer almıştır²⁵⁷.

²⁵⁶ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 21.

²⁵⁷ Ermias Tekeste Biadleng, “IP Rights under Investment Agreements: The TRIPs-plus Implications for Enforcement and Protection of Public Interest”, South Centre, Research Papers No. 8, 2006, <https://ssrn.com/abstract=943013> (erişim tarihi: 06.02.2021); Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, Edward Elgar Publishing, 2020; Marie L Seelig, “Can Patent Revocation or Invalidation Constitute a Form of Expropriation?”, Transnational Dispute Management, Vol. 2, 2009; Christopher S Gibson, “A Look at the Compulsory License in Investment Arbitration: The Case of Indirect Expropriation”, Transnational Dispute Management, Vol. 2, 2009; OECD, “Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Overview”, Working Papers on International Investment, No. 1/2010, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2010_1.pdf (erişim tarihi:

18.01.2020); **Christopher S Gibson**, “Latent Grounds in Investor-State Arbitration: Do International Investment Agreements Provide a New Means to Enforce Intellectual Property Rights?”, *Yearbook on International Investment Law & Policy* 2009–2010, 2010; **Christopher S Gibson**, “A Look at the Compulsory License in Investment Arbitration: The Case of Indirect Expropriation” *American University International Law Review*, Vol. 25, Issue. 3, 2010; **Henning Grosse Ruse-Khan**, “Protecting Intellectual Property under BITs, FTAs, and TRIPS: Conflicting Regimes or Mutual Coherence?”, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, <https://ssrn.com/abstract=1757724> (erişim tarihi: 06.02.2021); **Henning Grosse Ruse-Khan**, “Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation” *Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL) Working Paper No. 2014-21*, 2014, <http://ssrn.com/abstract=2463711> (erişim tarihi: 06.02.2021); **Ruth Okediji**, “Is Intellectual Property “Investment”? *Eli Lilly v. Canada and the International Intellectual Property System*”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 35, Issue. 4, 2014; **Rochelle Dreyfuss, Susy Frankel**, “From Incentive to Commodity to Asset: How International Law is Reconceptualizing Intellectual Property”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 36, Issue. 4, 2015; **Brook Baker, Katrina Geddes**, “The Incredible Shrinking Victory: *Eli Lilly v. Canada*, Success, Judicial Reversal, and Continuing Threats from Pharmaceutical ISDS”, *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 49, 2017; **Bryan Mercurio**, “Awakening the Sleeping Giant: Intellectual Property Rights in International Investment Agreements” *Journal of International Economic Law*, Vol. 15, Issue. 3, 2012; **Susy Frankel**, “Interpreting the Overlap of International Investment and Intellectual Property Law” *Journal of International Economic Law*, Vol. 19, Issue. 1, 2016; **Henning Grosse Ruse-Khan**, “Challenging Compliance with International Intellectual Property Norms

Uluslararası yatırım anlaşmalarının uygulanabilirliği, ‘yatırım’ ve ‘yatırımcı’ kavramlarının analizini gerektirmektedir. Bu anlaşmalarda sağlanan korumalar yalnızca bir yatırımcı tarafından yatırım yapıldığında söz konusu olabilmektedir. Yatırımcı kavramı, genel olarak kabul edilen standartlara (milliyet, ikametgâh gibi) göre belirlenmekte iken, yatırım kavramı çeşitli hukuki seçenekler barındırmaktadır²⁵⁸.

Fikri mülkiyet haklarının yatırım olarak korunup korunmaması, ilgili uluslararası yatırım anlaşmasındaki yaklaşıma bağlıdır. Uluslararası yatırım anlaşmalarının büyük çoğunluğu, ‘fikri mülkiyet hakları’na genel bir referansla veya fikri mülkiyet türlerini gösteren bir liste eklemek suretiyle fikri mülkiyet haklarını yatırım kapsamına dâhil etmektedir. İki taraflı yatırım anlaşmalarının yatırım tanımında fikri mülkiyet haklarına işaret eden ifade biçiminin, zaman içerisinde değiştiği gözlemlenmektedir. Standart modern yaklaşımda fikri mülkiyet, uluslararası yatırım anlaşmalarındaki neredeyse bütün geniş yatırım tanımlarında yer almaktadır. Ancak uluslararası yatırım anlaşmalarının fikri mülkiyete nasıl işaret ettiğine dair belli bir standart bulunmamaktadır²⁵⁹.

in Investor-state Dispute Settlement”, Journal of International Economic Law, Vol. 19, 2016; **Gabriel M Lentner**, “Nomos and Narrative: The Protection of Intellectual Property Rights in International Investment Law” Stanford – Vienna Transatlantic Technology Law Forum, TTLF Working Papers No. 34, 2018, https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2018/04/lentner_wp34-1.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021).

²⁵⁸ **Carlos Correa**, “Intellectual Property as Protected Investment: Redefining the Reach of Investors’ Rights”, Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s.123.

²⁵⁹ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 149-151.

Çoğu iki taraflı yatırım anlaşması, anlaşmada korunan mal varlıkları içerisinde listelemek suretiyle fikri mülkiyeti yatırım kapsamında açıkça ifade etmişlerdir. Yine de, anlaşmaların doğrudan işaret etmediği durumlarda da, ‘her çeşit mal varlığı’ gibi genel ve kapsayıcı bir dilin kullanıldığı anlaşmalarda fikri mülkiyetin koruma kapsamında olduğu savunulmaktadır²⁶⁰.

Fikri mülkiyetin yatırım kapsamına dâhil edilme şekli ile ilgili dört temel yaklaşım öne sürülmüştür²⁶¹. İlk olarak uluslararası yatırım anlaşmaları, fikri mülkiyet haklarından açıkça söz etmeksizin farklı türlerdeki mal varlıklarına atıf yapmaktadır. Bu yaklaşım, ‘maddi ve maddi olmayan mal varlığı’na işaret eden Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA)’nda benimsenen eski bir yaklaşımdır. İkinci olarak anlaşma, ayrıntıya girmeksizin, ‘fikri mülkiyet hakları’na veya ‘maddi olmayan mal varlığı’na genel bir atıf içerir. Örneğin, ABD ve Ruanda Cumhuriyeti arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasında “yatırım ... fikri mülkiyeti kapsayabilir” ifadesine yer verilmiştir²⁶². Üçüncü durum, örnekleyici veya sınırlı sayıda olacak şekilde maddi

²⁶⁰ **Marisi, Chaisse**, s. 130; **Julien Chaisse, Puneeth Nagaraj**, “Changing Lanes: Intellectual Property Rights, Trade and Investment” *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 37, Issue. 2, 2014, s. 252.

²⁶¹ **Carlos Correa, Jorge E Viñuales**, “Intellectual Property Rights as Protected Investment: How Open are the Gates?” *Journal of International Economic Law*, Vol. 19, Issue. 1, 2016, s. 93; **Marisi, Chaisse**, s. 130.

²⁶² U.S.-Rwanda, Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (19.02.2008), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2241/download> (erişim tarihi: 06.02.2021).

olmayan mal varlıklarını listelemek suretiyle, fikri mülkiyet haklarına daha özel bir atıf yapılmasıdır. Güncel örneklerden biri Kanada-Moğolistan Yabancı Yatırımın Teşviki ve Korunması Anlaşmasıdır. Anlaşmanın birinci maddesine göre; “fikri mülkiyet hakları; telif hakları ve bağlantılı haklar, marka hakları, coğrafi işaretler üzerindeki haklar, endüstriyel tasarımlar üzerindeki haklar, patent hakları, entegre devrelerin tasarım düzeni üzerindeki haklar, gizli bilgilerin korunması ile ilgili haklar ve bitki yetiştiricilerinin hakları”dır²⁶³. Dördüncü olasılık ise, fikri mülkiyet haklarının tanımında açıkça iç hukuka işaret edilmesidir.

Anlaşma pratiğine bakıldığında, bazı iki taraflı yatırım anlaşmaları, yatırım terimi altında fikri mülkiyet türlerini tek tek sıralamaksızın, genel olarak ‘fikri mülkiyet hakları’nı yatırım kapsamına dâhil etmektedir²⁶⁴. Yatırım anlaşmaları, açıkça fikri mülkiyet haklarını listelemeksizin ‘her çeşit mal varlığı’²⁶⁵ veya ‘her çeşit yatırım’²⁶⁶

²⁶³ Agreement Between Canada and Mongolia for the Promotion and Protection of Investments (08.09.2016), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5373/download> (erişim tarihi: 06.02.2021).

²⁶⁴ Bkz. ör. the United States–Bahrain BIT, Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the State of Bahrain Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, signed at Washington on 29 September 1999, entered into force 30 May 2001, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/261/download> (erişim tarihi: 05.02.2021).

²⁶⁵ UK–Ecuador BIT, Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Ecuador for the Promotion and Protection of Investments, signed 10 May 1994, entered into force 24

şeklinde daha geniş bir terminoloji de kullanabilmektedirler. Fikri mülkiyet hakları Avusturalya-Hindistan iki taraflı yatırım anlaşmasında “yatırım, yatırımcı tarafından yatırım konusu yapılan fikri mülkiyet hakları da dâhil olmak üzere her türlü mal varlığı olarak tanımlanmıştır” şeklindeki ifade ile yatırım olarak tanımlanmıştır²⁶⁷. Enerji Şartı Anlaşması da yatırımı, yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak kontrol edilen veya sahip olunan her türlü varlık ve fikri mülkiyet şeklinde tanımlayarak fikri mülkiyet haklarını sarıh biçimde kapsamına dâhil etmiştir. Fikri mülkiyetten anlaşmada açıkça bahsedilmese de bu anlaşmalar fikri mülkiyet haklarını örtülü olarak yatırım kapsamına dâhil edebilirler. Bilhassa, ekonomik kâr veya başka ticari amaçlar için kullanılan, maddi olmayan ve ilgili tüm mülkiyet hakları, Japonya – Meksika Serbest Ticaret Anlaşması ve Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) gibi bazı uluslararası yatırım anlaşmalarında güvence altına alınmıştır²⁶⁸. Bu bağlamda, Japonya

August 1995, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1064/download>, (erişim tarihi: 05.02.2021).

²⁶⁶ Netherlands–Brazil BIT, Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Federative Republic of Brazil, signed 25 November 1998, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/510/download> (erişim tarihi: 05.02.2021).

²⁶⁷ Agreement Between the Government of Australia And the Government of the Republic of India on the Promotion And Protection of Investments, New Delhi, (26.02.1999), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/154/download>, (erişim tarihi: 05.02.2021).

²⁶⁸ **Bryan Mercurio**, “Safeguarding Public Welfare?-Intellectual Property Rights, Health and the Evolution of Treaty Drafting in International Investment Agreements” *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, 2015, s. 255.

– Meksika Serbest Ticaret Anlaşmasının 73. maddesine göre “yatırım bölümündeki hiçbir şey, Tarafların taraf olduğu fikri mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin çok taraflı anlaşmalar kapsamındaki hak ve yükümlülüklerden sapma olarak yorumlanamaz”²⁶⁹. Diğer bir deyişle, anlaşmada fikri mülkiyete, yatırım kavramının tanımı kapsamında açıkça yer verilmemiş ise de, bu denli geniş bir yatırım bakış açısı, mal varlıklarının fikri mülkiyeti de içerecek şekilde geniş bir yorumu olarak değerlendirilecektir²⁷⁰. NAFTA Bölüm 11’deki ‘yatırım’ tanımında da ‘fikri mülkiyet hakları’ özel olarak zikredilmemiştir. Yalnızca 1139. maddede maddi olmayan mal varlıklarından söz edilmiştir. Bu durum Eli Lilly’nin Kanada’ya karşı yatırım iddiasında bulunmasına ve bu davanın yatırım tahkiminde görülerek karara bağlanmasına bir engel oluşturmamıştır.

Ancak, fikri mülkiyet haklarına atıf yapılmaması, uluslararası yatırım anlaşmalarında tercih edilen bir yaklaşım değildir. Pek çok yatırım anlaşması, yatırım tanımının kapsamına fikri mülkiyet haklarını dâhil etmiştir. Örneğin, ABD-Meksika-Kanada Anlaşması (USMCA)’nın 14.1 maddesi uyarınca, “yatırım, bir yatırımcının doğrudan veya dolaylı sahip olduğu veya kontrol ettiği, bir yatırımın özelliklerini taşıyan, para veya diğer kaynakların taahhüdü, kâr veya kazanç beklentisi ya da riskin üstlenilmesi gibi özellikleri içeren her türlü mal varlığı anlamına gelmektedir. Bir yatırım şunları içerebilir: [...]

(f) fikri mülkiyet hakları”

²⁶⁹ Agreement Between Japan and the United Mexican States for the Strengthening of the Economic Partnership <https://www.mofa.go.jp/region/latin/mexico/agreement/agreement.pdf> (erişim tarihi: 20.04.2021).

²⁷⁰ Upreti, s. 54-55.

Yine, 2005 ABD-Uruguay iki taraflı yatırım anlaşması²⁷¹ da, yatırımı iki şekilde tanımlamaktadır. İlk olarak, yatırımcının ‘her çeşit mal varlığı’ yatırım kabul edilmiş, sonrasında çeşitli yatırım şekilleri örnekleyici olarak sayılmıştır. Bu örnekler içinde fikri mülkiyet hakları da yer almaktadır.

‘Fikri mülkiyet hakları’na yapılan genel atıf, yatırım anlaşması imzalandıktan sonra ortaya çıkan fikri mülkiyet haklarını kapsayıp kapsamayacağına ilişkin soruyu gündeme getirmektedir. Anlaşmanın tarafları, anlaşmanın imzalandığı sırada fikri mülkiyet olarak korunmayan haklarla ilgili yükümlülük üstlenmek istemeyebilir. Ancak bir hakem heyeti, fikri mülkiyet haklarına yapılan genel atıf nedeniyle imzalandığı sırada var olmayan fikri mülkiyet hakları ile ilgili olarak devleti sorumlu tutabilir. Bu risk ise, daha ayrıntılı kaleme alınmış hükümlerle giderilebilir²⁷².

Uluslararası yatırım anlaşmalarının, yatırım olarak fikri mülkiyet haklarını içermesinin bir diğer şekli, fikri mülkiyet türlerinin açıkça anlaşma metni içinde sayılmasıdır. İki taraflı yatırım anlaşmalarının çoğunda kullanılan bu yöntem, şüpheyi yer vermeyecek şekilde hukuki kesinlik sağlamaktadır²⁷³. Patentlerden ve teknik bilgiden açıkça ilk defa 1959 tarihinde Almanya ve Pakistan arasında imzalanan iki taraflı yatırım anlaşmasında söz edilmiştir. Anlaşmanın 8(1)(a) maddesinde, “yatırım kavramı, diğer tarafın ülkesine yatırım yapmak üzere getirilen döviz, mal, mülkiyet

²⁷¹ Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (2005).

²⁷² **Correa**, Redefining, s.125.

²⁷³ **Vanhonnaecker**, s. 9.

hakları, patentler ve teknik bilgi gibi farklı biçimlerdeki varlıklardan oluşan sermayeyi içerecektir” şeklindeki düzenleme ile konuya ilk defa açık bir şekilde yaklaşmıştır²⁷⁴.

Alman 2008 model iki taraflı yatırım anlaşması, yatırım olarak değerlendirilmesi gereken maddeleri sıralamıştır:

“(d) Fikri mülkiyet hakları, özellikle telif hakları ve bağlantılı haklar, patent, kullanışlı model, endüstriyel tasarım, marka, bitki çeşitliliği hakları;

(e) ticaret unvanı, ticaret ve iş sırları, teknik süreçler, know-how ve peştemaliye...”²⁷⁵.

Benzer bir düzenlemeye Fransız 2006 model iki taraflı yatırım anlaşmasında rastlanmaktadır. Bu sözleşmeye göre yatırım terimi şu öğeleri içermektedir:

“1... Eşya, haklar ve menfaatler gibi her çeşit mal varlığı, özellikle,

d) Telif, patent, lisans, marka, endüstriyel model ve maketler, teknik süreçler, know-how, ticari unvan ve peştemaliye gibi fikri, ticari ve endüstriyel mülkiyet hakları”²⁷⁶.

²⁷⁴ Pakistan and Federal Republic of Germany Treaty for the Promotion and Protection of Investments (with Protocol and exchange of notes) (25.11.1959).

²⁷⁵ Treaty Between the Federal Republic of Germany and ____ Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf> (erişim tarihi: 04.02.2021).

²⁷⁶ Draft Agreement Between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of . . . on the Reciprocal Promotion and Protection of

Başka bir örnek Çin 1997 model iki taraflı yatırım anlaşmasıdır. Buna göre yatırım teriminin tanımı şu hususları içermektedir:

“(d) fikri mülkiyet hakları, özellikle telif, patent, marka, ticaret unvanı, teknik süreç, know-how ve peştemaliye”²⁷⁷.

Yine, Benin-Gana iki taraflı yatırım anlaşmasında, “fikri mülkiyet hakları, peştemaliye, teknik süreçler ve know-how ve anlaşmanın iki tarafının ulusal hukukları tarafından tanınan bütün benzer haklar” şeklinde ayrıntılı düzenlemeye yer verilmiştir²⁷⁸.

Hangi fikri mülkiyet haklarının yatırım kapsamına dâhil olacağını tek tek gösteren diğer bir örnek ise Brezilya ve Etiyopya arasında 2018 yılında imzalanan iki taraflı yatırım anlaşmasıdır. Bu anlaşmanın 1.3(f) maddesi uyarınca yatırım kapsamına dâhil olan fikri mülkiyet hakları şunlardır: Taraf olunan uluslararası anlaşmalarda ve ev sahibi devletin hukukunda kabul edilen ölçüde ticari markalar, ticari unvanlar, ticari

Investments, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5874/download> (erişim tarihi: 04.02.2021).

²⁷⁷ Third Chinese Model BIT, Agreement Between the Government of the People’s Republic of China and the Government of ____ on the Promotion and Protection of Investments; Vanhonnaecker, s. 10.

²⁷⁸ Agreement Between the Government of the Republic of Ghana and the Government of the Republic of Benin for the Promotion and Protection of Investments, (18.05.2001), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/442/download> (erişim tarihi: 06.02.2021).

sırlar, telif hakları, know-how, yatırımla ilgili peştemaliye, endüstriyel tasarımlar ve teknik süreçler gibi fikri mülkiyet haklarıdır²⁷⁹.

2009 tarihli Almanya-Pakistan iki taraflı yatırım anlaşması da fikri mülkiyet haklarına ayrıntılı şekilde atıf yapmıştır. Bu anlaşma da, yalnızca telif, patent ve ticari marka gibi temel kategorileri içermemiş, aynı zamanda ‘ticaret ve iş sırları’, ‘teknik süreçler’ ve ‘know-how’ ve ‘peştemaliye’ gibi fikri mülkiyet haklarına da yer vermiştir²⁸⁰.

2016 CETA Anlaşması, yatırım şekilleri arasında ‘fikri mülkiyet haklarını’^{nı} saymıştır. Ayrıca, bütün fikri mülkiyet türlerini kapsayacak şekilde ayrıntılı bir tanım da içermektedir²⁸¹.

En güncel anlaşmalardan biri olan 2019 AB-Vietnam iki taraflı yatırım anlaşması ‘yatırımın alabileceği şekiller’ listesinde ‘fikri mülkiyet hakları ve peştemaliye’yi saymış, ayrıca TRIPS Anlaşması’ndaki fikri mülkiyet kategorilerine atıfta bulunmuştur. Bunun yanı sıra, fikri mülkiyet türlerini de özel olarak saymıştır²⁸².

²⁷⁹ Agreement Between the Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia on Investment Cooperation and Facilitation <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5717/download> (erişim tarihi: 13.02.2021).

²⁸⁰ Agreement Between the Islamic Republic of Pakistan and the Federal Republic of Germany on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (2009), UNCTAD Navigator.

²⁸¹ Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) Between Canada, of the One Part, and the European Union [and its Member States], of the Other Part (2016).

²⁸² Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 152.

Türkiye'nin taraf olduğu yatırım anlaşmalarında, yatırım tanımı altında fikri mülkiyet türlerine açıkça yer verilmiştir. Bu itibarla eski tarihli anlaşmalardan biri olan, 10 Şubat 1991 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Türkiye ile Avusturya arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasının 'yatırım' tanımı altında, "telif hakları; patent, marka, endüstri tasarımı, işletme modeli, teknik prosesler, 'know-how', ticari unvan ve itibar gibi sınai mülkiyet hakları" ifadelerine yer verilmiştir²⁸³. 1 Haziran 2021 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Türkiye ile Gürcistan arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasının 'yatırım' tanımı kapsamında, "patentler, sınai tasarımlar, teknik süreçler yanında ticari markalar, ticari itibar ve know-how gibi bir yatırımla ilgili fikri ve sınai mülkiyet hakları" açıkça sayılmıştır²⁸⁴.

Amerika Birleşik Devletleri veya Avrupa Birliği gibi dünyanın önde gelen ekonomik güçleri tarafından imzalanan uluslararası anlaşmalar genellikle kendi aralarında benzerlikler göstermektedir. Bununla birlikte, bir uluslararası anlaşma, model anlaşma temel alınarak hazırlansa da, müzakerelerde çeşitli faktörler devreye girdiğinden anlaşmanın nihai halinde farklılıklar bulunabilir. Bu farklılıklar ise fikri

²⁸³ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20782.pdf> (erişim tarihi: 06.02.2021).

²⁸⁴ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Gürcistan Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/06/20210601-1.pdf> (erişim tarihi: 27.08.2021).

mülkiyet korumasını olumlu veya olumsuz yönde etkileyebilecek hukuki sonuçlar doğurabilir²⁸⁵.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31(1)-(2) maddesine göre, yatırım terimi yalnızca ilgili maddenin ifade tarzı ile sınırlı olarak yorumlanmamalı, anlaşmanın bütünü ile hedef ve amaçları da dikkate alınmalıdır. Dahası, Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(c) maddesi uyarınca, bu geniş hükümlerin yorumlanması diğer kaynaklara bakmayı da gerektirebilir. Bu yorum kurallarının uygulanması ve ucu açık terminolojilerin genellikle örnekleyici listelerle birlikte düzenlenmesi 'yatırım' teriminin esnek yapısını sergilemektedir²⁸⁶. Fikri mülkiyetin günümüzde ve gelecekte yatırım koruması altında olması amaçlandığı için, iki taraflı yatırım anlaşmalarında bilinçli olarak, fikri mülkiyete yeni yorumlara açık olacak şekilde yer verildiği savunulmaktadır²⁸⁷.

Fikri mülkiyet haklarının geniş yatırım tanımı içerisinde yer alması, birkaç soruyu gündeme getirmektedir. Öncelikle, hangi haklar anlaşma kapsamına dâhil edilmiştir? Bu hakların kazanılması, kullanılması, bu haklara getirilen sınırlama veya istisnalar ne ölçüde uluslararası anlaşma hükümlerine saygılı olacaktır? TRIPS Anlaşması yeknesak bir hukuk öngörmediğinden, istisna ve sınırlamalar ülkeden ülkeye değişmektedir.

Fikri mülkiyet haklarının ülkesellik ilkesi nazara alındığında, bu sorulara verilebilecek en uygun cevap, yatırım yapıldığı ülkenin iç hukukuna göre tespit edilecek

²⁸⁵ UNCTAD, Intellectual Property Provisions in International Investment Arrangements 2 n.1, 2007 https://unctad.org/system/files/official-document/webiteia20071_en.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021).

²⁸⁶ Vanhonnaecker, s. 11-12.

²⁸⁷ Marisi, Chaisse, s. 131.

olması olabilir. Buna göre, anlaşma yeni haklar yaratmadığından, hangi hakların korunduğu ve bu hakların sınırları iç hukuk kurallarına göre belirlenecektir. Uluslararası yatırım anlaşmaları, fikri mülkiyet haklarını yaratan veya değiştiren araçlar olamaz. Dolayısıyla, belli bir fikri mülkiyet korumasının bulunmadığı hallerde, örneğin bitkiler üzerinde patent hakkı verilmiyorsa, yatırımcının yatırım kapsamına dâhil olan bir fikri mülkiyet hakkı bulunmayacaktır²⁸⁸.

Geniş kapsamlı bir dilin kullanılması, iki taraflı yatırım anlaşmalarının maddi olmayan mal varlıklarını da içerdiği yönünde genel bir kabule neden olmaktadır. Bu yaklaşım daha sonra, fikri mülkiyet haklarının iki taraflı yatırım anlaşmalarında açıkça düzenlenmesi yoluyla benimsenmiştir. Dolayısıyla bu durum, fikri mülkiyete açıkça değinilmese dahi, bir mal varlığı şekli olarak yatırımın geniş tanımı içerisinde yer alabileceği iddiasına yol açmıştır. Ancak, fikri mülkiyetin yatırım tanımından hariç tutulmasının bazı devletlerce savunulduğu Çok Taraflı Yatırım Anlaşması müzakerelerinden anlaşılacağı üzere²⁸⁹, böyle bir sonuç olduğu gibi kabul edilmemelidir. Zira fikri mülkiyetin yatırım kavramı altında yer alması çeşitli sorunlara neden olabilmektedir²⁹⁰. Yine de, uluslararası yatırım anlaşmalarında fikri mülkiyetin çeşitli yollarla yatırım kapsamına dâhil edilmesi, yatırım hukuku anlaşma pratiğinde uzun süredir benimsenen bir uygulama olmuştur²⁹¹.

²⁸⁸ **Correa**, Redefining, s. 124.

²⁸⁹ OECD (1997), 'Report to the Negotiating Group on Intellectual Property', Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), 26 March 1997, DAF/MAI(97)13, <https://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9713e.pdf> (erişim tarihi: 20.04.2021).

²⁹⁰ **Vanhonnaeker**, s. 13.

²⁹¹ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 157.

B. ICSID Konvansiyonu'nda 'Yatırım' Olarak Fikri Mülkiyet Hakları

ICSID tahkimi kapsamında sağlanan korumalar nedeniyle, yatırım anlaşmalarının büyük çoğunluğu, bu uyuşmazlık çözüm mekanizmasına atıf yapmaktadır. Bu mekanizmanın en önemli avantajı, ICSID tahkim kararlarının uygulama yöntemiyle ilgilidir. Konvansiyon, bu tahkim kararlarının, üye ülkelerin kendi mahkemelerinden çıkan kararlarla aynı güç ve etkiye sahip olmasını öngörmektedir²⁹². Diğer bir anlatımla, ICSID tahkiminde verilen kararlar, diğer uluslararası tahkimlerden farklı olarak bir tenfiz sürecine tabi değildir²⁹³.

ICSID tahkimi, uluslararası yatırım hukuku alanındaki diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle karşılaştırıldığında özellikle önem arz etmektedir, zira bazı iki taraflı yatırım anlaşmalarında²⁹⁴ ICSID tahkimi tek zorunlu uygulama seçeneğidir. Diğer

²⁹² ICSID Konvansiyonu (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States - ICSID Convention) Washington DC, 18.03.1965, m. 53 ve 54.

²⁹³ **Yılmaz**, ICSID, s. 457.

²⁹⁴ Bkz. Agreement between the Republic of Austria and Malaysia for the Promotion and Protection of Investments, 12.04.1985, art. 9(2), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/201/download> (erişim tarihi: 06.02.2021); Agreement Between the Government of Mongolia and the Government of the Republic of Singapore on the Protection and Promotion of Investments, 24.07.1995, art. 13(2), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2024/download> (erişim tarihi: 06.02.2021); Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Malaysia for the Promotion and Protection of Investments, 21.05.1981, art. 7,

uyuşmazlık çözüm yöntemleri uluslararası yatırım anlaşmalarında çoğu zaman yer almamaktadır. Bu nedenle ICSID tahkimi, genellikle, yatırımcılar için tek seçenek olarak bulunmaktadır. Bu hususlar dikkate alındığında, ICSID tahkimi, yatırım ile ilgili uyuşmazlıklarda olağan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak algılanabilmektedir²⁹⁵.

Uluslararası yatırım anlaşmalarında yatırım tanımına fikri mülkiyet haklarının dâhil edilmesi, söz konusu fikri mülkiyet hakkının bir yatırım sayılacağı anlamına gelmemektedir. Bunun nedeni, yatırım hakem heyetlerinin yatırımın varlığına karar vermek için anlaşmadaki tanımın ötesine bakmaları ve belli birtakım kıstaslar aramalarıdır²⁹⁶.

ICSID önündeki yatırım uyuşmazlıklarında dava konusu yatırımın yalnızca iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki yatırım tanımının koşullarını karşılaması yeterli değildir. Yatırımın aynı zamanda, ICSID Konvansiyonu 25.1 maddesindeki yatırım koşullarını da karşılaması gereklidir²⁹⁷.

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1972/download> (erişim tarihi: 06.02.2021).

²⁹⁵ **Vanhonnaeker**, s. 21.

²⁹⁶ **Emmanuel K Oke**, *The Interface Between Intellectual Property And Investment Law: An Intertextual Analysis*, Edward Elgar Publishing, 2021, s. 50; ICSID dışındaki hakem heyetleri de yatırımın varlığını değerlendirirken yatırım anlaşmalarındaki tanımın ötesinde objektif kriterleri gözetmişlerdir. Örnek olarak bkz. Romak v. Uzbekistan, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, Award (26.11.2009), <https://www.italaw.com/cases/918> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 205–207.

²⁹⁷ **Klopschinski**, *Public Policy*, s. 242; **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 157.

Bridgestone davasında ifade edildiği üzere, “(i) ICSID Konvansiyonu 25. maddesi anlamında bir ‘yatırım’ söz konusu ise ve (ii) bu ‘yatırım’ aynı zamanda TPA 10.29 maddesindeki tanım kapsamına giriyorsa, ancak bu şekilde hakem heyetinin yargı yetkisi bulunacaktır”²⁹⁸.

ICSID tahkiminden yararlanabilmek için gerekli şartlar Konvansiyon'un 25. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre;

"Merkezin yargılama yetkisi, akit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır."

ICSID Konvansiyonu'nun 25.1 maddesi “yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlık” üzerinde ICSID hakem heyetlerinin yetkisi olacağını hükme bağlamış ancak ‘yatırım’ terimini tanımlamamıştır. Konvansiyonda yatırım tanımına yer verilmemesinin yatırıma esneklik ve işlevsellik sağladığı değerlendirilmiştir²⁹⁹. Bununla birlikte Konvansiyonda yatırımın tanımının yapılmamış olmasının devletlere takdir hakkı tanımak amacıyla bilinçli bir tercih mi olduğu, yoksa Konvansiyonda ifade edilen yatırımın kendine özgü bir anlamı mı olduğu hususu tartışmalıdır³⁰⁰. Bridgestone v Panama davasında belirtildiği üzere, “ICSID Konvansiyonu altındaki ‘yatırımın’

²⁹⁸ Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), <https://www.italaw.com/cases/4475> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 157.

²⁹⁹ **Sébastien Manciaux**, “The Notion of Investment: New Controversies”, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 9, 2008, s. 447.

³⁰⁰ **Krista N Schefer**, International Investment Law: Text, Cases and Materials, Edward Elgar Publishing, 2016, s. 82.

anlamının iki taraflı yatırım anlaşmasındaki ‘yatırım’ tanımından daha kısıtlayıcı olup olmadığı konusunda yargısal ve akademik tartışmalar bulunmaktadır”³⁰¹.

Global Trading v Ukrayna³⁰² davasında, iki taraflı yatırım anlaşmasında yatırımın kapsamı geniş tutulmuş ise de, ICSID Konvansiyonu anlamında yatırım sayılmak için gereken şartların karşılanması gerektiği vurgulanmıştır. Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v İspanya Krallığı³⁰³, Abaclat v Arjantin³⁰⁴ ve GEA Group Aktiengesellschaft v Ukrayna³⁰⁵ gibi bazı kararlarda da, iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki mal varlığı listelerinde yer almanın yanı sıra, yatırımın Konvansiyon kapsamında kendine özgü bir anlamı bulunduğu ifade edilmiştir.

ICSID Konvansiyonu yatırım tanımına yer vermediğinden, terimin anlamı içtihat hukuku ile geliştirilmiştir. Hakem heyetlerinin önlerine gelen uyuşmazlıkta yetkili olup olmadıklarını belirlemek için, yatırım tanımında belli bir yaklaşımı benimsemeleri

³⁰¹ Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para. 158.

³⁰² Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/09/11 (01.12.2010).

³⁰³ Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1 (16.05.2018), <https://www.italaw.com/cases/6608> (erişim tarihi: 06.02.2021).

³⁰⁴ Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (04.08.2011), <https://www.italaw.com/cases/35> (erişim tarihi: 06.02.2021).

³⁰⁵ GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16 (31.03.2011), <https://www.italaw.com/cases/478> (erişim tarihi: 06.02.2021).

gerekmiştir³⁰⁶. Uygulamada hakem heyetleri yatırımı tanımlamak için birtakım kriterler belirlemişlerdir. Bunların içinde en dikkat çeken Salini davasında tartışılan testtir. Salini v Fas davasında³⁰⁷, ‘Salini test’ olarak bilinen dört elementli bir test geliştirilmiştir. Buna göre, ticari bir işlemin yatırım olarak nitelendirilebilmesi için dört kriter ileri sürülmüştür. Bu kriterler, para veya ekonomik değeri olan diğer kaynakların taahhüdü, risk, süre ve ev sahibi ülkenin gelişimine katkı şeklinde sayılmaktadır. Bunlara ek olarak, kâr ve kazancın düzenli olmasının ayrı bir kriter olarak benimsendiği kararlar da bulunmaktadır³⁰⁸. Buna göre; yatırımcı, ev sahibi ülkede mal varlığı ile katkıda bulunmalı, olağan iş tehlikelerinden daha fazla risk üstlenmeli, yatırımcının ev sahibi ülke ile ilişkisi uzun süreli olmalı ve ev sahibi ülkenin ekonomik gelişimine katkıda bulunulmalıdır³⁰⁹. Ev sahibi ülkenin gelişimine katkıda bulunma unsuruna bazı durumlarda kuşkuyla yaklaşmaktadır³¹⁰. Bu anlamda küçük çaplı bir satış

³⁰⁶ **Berk Demirkol**, “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Law”, The Turkish Commercial Law Review, Vol.1, Issue 1, February 2015, s.41.

³⁰⁷ Salini et al. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (31.07.2001).

³⁰⁸ Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, (06.08.2004), <https://www.italaw.com/cases/590> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 53; Helnan International Hotels v. Egypt, ICSID Case No: ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, (17.10.2006), <https://www.italaw.com/cases/529> (erişim tarihi: 06.02.2021) para 77.

³⁰⁹ **Schefer**, s. 87-91.

³¹⁰ Quiborax S. A. v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, para. 220-225 (27.09.2012) (bu kararda, ekonomik gelişim yatırımın zorunlu bir unsuru olarak kabul edilmemiştir), <https://www.italaw.com/cases/885> (erişim tarihi: 14.02.2021).

sözleşmesinin, iki taraflı yatırım anlaşmasında yatırım örnekleri içerisinde yer alsa dahi, tek başına, ICSID Konvansiyonu 25. maddesi kapsamında bir yatırım olarak tanımlanamayacağı ileri sürülmektedir³¹¹.

Hakem heyetleri genellikle Salini teste atıf yapmaktadır. Salini testte ifade edilen unsurların yargısal koşullar olarak anlaşılmaması gerektiği, yalnızca Konvansiyon kapsamındaki yatırımın tipik özellikleri olduğu öne sürülmüştür³¹². Diğer taraftan Salini testteki unsurların, ICSID hakem heyetlerince sıradan ticari uyuşmazlıkların değil, yalnızca gerçek ‘yatırım’ uyuşmazlıklarının görülmesini garanti eden önemli bir role sahip oldukları da savunulmuştur³¹³. Bu anlamda, Salini testin uygulanmasında ve yorumlanmasında farklı yaklaşımlar söz konusu olmuştur. ‘Tipik özellikler’ yaklaşımına göre Salini test, yatırımın varlığının kesinleştirilmesinde tahkim yargılamalarına yardımcı olmayı amaçlayan, bağlayıcı olmayan kılavuz ilkeler olarak anlaşılmalıdır. Hakem heyetleri, bu kriterlerden birine daha çok önem atfedebileceği gibi, diğer ilgili anlaşmalardaki düzenlemeleri veya somut koşulları nazara alarak kriterlerin hepsini birlikte değerlendirebilir. Diğer taraftan ‘sınırlayıcı yaklaşıma’ göre ise, yatırımdan söz edebilmek için bütün kriterlerin birlikte karşılanması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, bu yaklaşım uyarınca hakem heyetleri, Salini testte yer alan kriterlerin

³¹¹ **Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter**, Redfern and Hunter on International Arbitration, Sixth Edition, 2015, s. 456.

³¹² **Christoph H Schreuer**, The ICSID Convention, Cambridge University Press, 2001, reprinted 2005, m. 25, para. 122.

³¹³ **August Reinisch**, “Putting the Pieces Together ... an EU Model Bit?” Journal of World Investment & Trade, Vol. 15, 2014, s. 685.

tamamını uygulamak zorundadır. Buna göre takdir yetkisi yalnızca, yatırımın varlığı için her bir kriterin yorumlanmasında kendini göstermektedir³¹⁴.

Bazı yatırım işlemleri, fikri mülkiyet de dâhil olmak üzere çeşitli türde malvarlıklarını içerebilmektedir. Hakem heyetlerinin, bu tarz karışık işlemlerle karşılaştıklarında, bu işlemlerin yatırım olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini değerlendirirken belli bir dereceye kadar esneklikten yararlanmaları gerekli olmalıdır. Bu nedenle, bizim de katıldığımız görüşe göre, yatırımın yorumunda durumun özelliklerine göre esneklik barındırması nedeniyle ‘tipik özellikler yaklaşımı’ daha uygun görünmektedir³¹⁵.

MHS v Malaysia kararında ICSID Konvansiyonu’nda yatırımın özellikleriyle ilgili şu değerlendirmelerde bulunulmuştur: “Salini elementleri, tamamen yerine getirildiğinde otomatik olarak bir ‘yatırımın’ bulunduğu sonucunu doğuracak kesin bir maddeler listesi değildir. Bu özelliklerden herhangi biri yoksa hakem heyeti yatırımın varlığı konusunda tereddüt edecek (ve muhtemelen reddedecektir). Ancak, unsurların hepsi mevcut olsa bile hakem heyeti, bütüncül bir değerlendirme ile bu unsurların niteliğini ve derecesini inceleyecektir”³¹⁶.

Güncel tahkim kararlarında, Salini testin bütün unsurlarının sıkı bir şekilde uygulanmasından uzaklaşıldığı görülmektedir. Philip Morris v Uruguay davasında belirtildiği üzere: “Salini listesinin dört kurucu unsuru, bu unsurlardan birinin veya diğerinin yokluğunun yetkisizlik meydana getireceği anlamında yargısal gereklilikler

³¹⁴ **Vanhonnaeker**, s. 26-27.

³¹⁵ **Vanhonnaeker**, s. 27.

³¹⁶ Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, (17.05.2007), <https://www.italaw.com/cases/646> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 106.

oluşturmaz. Bunlar, ‘bir dizi zorunlu yasal gereklilik’ değil, ICSID Sözleşmesi kapsamındaki yatırımların tipik özellikleridir. Bu itibarla, aşırı durumlarda bir yatırımın varlığının belirlenmesine veya dışlanmasına yardımcı olabilirler, ancak mevcut davada olduğu gibi, ilgili anlaşma ile sınırlandırılmadığı sürece ICSID Sözleşmesi kapsamındaki geniş ve esnek yatırım kavramını ortadan kaldırmazlar”³¹⁷.

Yine de belirtmek gerekir ki, modern anlaşma pratiğinde, uluslararası yatırım anlaşmalarının, Salini test kriterlerinden en azından ilk üçünü içerdiği anlaşılmaktadır³¹⁸.

ICSID Konvansiyonu anlamında bir yatırımdan söz edebilmek için, Salini kriterlerinden ilki, yabancı yatırımcının proje veya faaliyete önemli miktarda sermaye veya başka kaynaklar taahhüt etmesini gerektirmektedir³¹⁹. Yabancı yatırımcı, yalnızca bir fikri mülkiyet hakkına (örneğin tescilli bir markaya) sahipse ancak bu hak ekonomik faaliyetlerde kullanılmıyorsa, yalnızca fikri mülkiyet hakkına sahip olmak yatırım için yeterli olmayacaktır. Zira bu durumda sermaye veya diğer kaynakların taahhüdünden söz edilemez³²⁰.

³¹⁷ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/10/7, <https://www.italaw.com/cases/460> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 206.

³¹⁸ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 160.

³¹⁹ Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, (09.03.1998) <https://www.italaw.com/cases/432> (erişim tarihi: 06.02.2021); Salini et al. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, (31.07.2001), para. 52.

³²⁰ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 162.

Salini teste göre yatırımın ikinci unsuru kâr veya kazanç beklentisidir³²¹. Fikri mülkiyet hakları, uluslararası işletmelerin kârlarının önemli bir kısmını teşkil etmektedir. Modern şirketlerin değerleri, gün geçtikçe, inovasyona ve maddi olmayan malvarlıklarına dayalı hale gelmekte ve fikri mülkiyetin önemi de artmaktadır. Tek başına fikri mülkiyet hakkının varlığı kâr veya kazanç getirmese de, hak sahibi, buluşu kullanma veya lisans verme gibi yollarla bu haklardan ekonomik olarak yararlanmayı hedeflemektedir. Bu durumda da fikri mülkiyet hakları kâr veya kazanç elde etme beklentisi koşulunu karşılamaktadır³²².

Salini testin üçüncü unsuru, yatırımcının risk üstlenmesidir. MHS v Malaysia davası uyarınca, ICSID Konvansiyonu’nun yatırım tanımını kapsamındaki risk, normal ticari işlemlerdeki riskin ötesine geçmelidir³²³. Fikri mülkiyet haklarının kullanılması, esaslı bir risk ve belirsizlik içermektedir. Fikri mülkiyet haklarının ürün ve hizmetlerde kullanılmasının piyasada ticari başarı getirip getirmeyeceği belirsizdir. Yine, fikri mülkiyet haklarının üçüncü kişiler tarafından ihlal edilebilme riski de bulunmaktadır. Üçüncü kişilerin ihlallerine karşı, ev sahibi devletin koruma mekanizmalarının yetersiz olması riski de, hak sahibi yabancı yatırımcının üstlendiği risklerdendir³²⁴.

ICSID Konvansiyonu anlamında yatırımın varlığı için gereken dördüncü unsur, süre koşuludur. Buna göre, yatırımcının faaliyeti belirli bir süre içermelidir. Tahkim kararlarına göre bu süre en azından iki ila beş yıl kadar olmalıdır³²⁵. Örneğin, Salini v

³²¹ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 162.

³²² **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 162-163.

³²³ Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Malaysia, Award on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/10, (17.05.2007), para 112.

³²⁴ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 163.

³²⁵ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 163.

Fas kararında, dava konusu işlemin “doktrin tarafından kabul edilen 2 ila 5 yıl asgari zaman aralığı ile uyumlu olduğu” belirtilmiştir³²⁶. Doktrinde bazı yazarlar ise, işlemin yatırım olarak nitelendirilmesinde asgari sürenin zorunlu bir unsur olmadığını ifade etmişlerdir. Bu görüşe göre, faaliyetin süresi iki yıldan az olsa dahi, diğer bütün koşullarla birlikte analiz edilerek karar verilmelidir³²⁷.

Fikri mülkiyet hakları elde edildiklerinde, bu hakların süresi uzun dönemleri içermektedir³²⁸. Hak sahipleri genellikle, bu hakları önemli bir süre için ilgili ekonomik faaliyetleri destekleyeceği beklentisiyle koruma altına alırlar. Bu nedenle, yatırımın tespiti için gerekli görülen süre unsuru fikri mülkiyet haklarında çoğunlukla karşılanmaktadır³²⁹. Ticari markaların yatırım olarak dava konusu edildiği Philip Morris v Uruguay davasında hakem heyeti, “davacılar Uruguay’da 30 yıldan fazla ticari faaliyet yürüttüklerinden, yatırımın süre kriterini karşılamışlardır” şeklinde karar vermiştir³³⁰.

³²⁶ Salini et al. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, , (31.07.2001), para. 54.

³²⁷ **Jean-Pierre Harb**, “Definition of Investments Protected by International Treaties: An On-Going Hot Debate”, Mealey’s International Arbitration Report, Vol. 26, Issue. 8, 2011.

³²⁸ Ör. TRIPS Anlaşması’nın 33. maddesi uyarınca patent için 20 yıl koruma süresi öngörülmüştür.

³²⁹ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 164.

³³⁰ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay, Award on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/10/7, para. 190.

ICSID Konvansiyonu 25.1 maddesi kapsamında geliştirilen Salini kriterlerinden en tartışmalı olanı, yatırımın ev sahibi devletin gelişimine katkıda bulunması gerektiğidir³³¹. Ev sahibi devletin gelişimine katkı sağlanması, vergi gelirlerinin artması, iş imkânı üretilmesi, nüfusun yaşama standardının yükseltilmesi gibi çeşitli yollarla gerçekleşebilir³³².

Son yıllardaki davalarda bu unsurdan uzaklaşıldığı gözlemlenmektedir³³³. Örneğin Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Şili Cumhuriyeti kararında ifade edildiği üzere, “ICSID Konvansiyonu’nun önsözünde, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkıdan söz edildiği doğrudur. Ancak bu referans, yatırımın bir koşulu olarak değil, bir sonucu olarak sunulmaktadır: Konvansiyon, yatırımları koruyarak ev sahibi devletin gelişimine olanak sağlar. Bu durum, ev sahibi devletin gelişiminin, yatırım kavramının kurucu bir unsuru olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle, bazı tahkim davalarında da belirtildiği gibi, ilk üç koşul esasında, bu dördüncü koşul da içermektedir”³³⁴.

Ayrıca hakem heyetleri, bir yatırımın ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkıda bulunup bulunmadığının objektif olarak değerlendirilmesinin güçlüğünden söz etmişlerdir. Philip Morris v Uruguay kararında belirtildiği üzere, “Salini kriterlerinden

³³¹ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 164; Oke, Interface, s. 60.

³³² Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 164.

³³³ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 165.

³³⁴ Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2 (2008) para. 232, bkz. Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 165.

en tartışmalı olanı, sübjektif karakteri ve tespitin zorluğu nedeniyle, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkıda bulunulması koşuludur”³³⁵.

Diğer taraftan Bridgestone v Panama davasında hakem heyeti, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı kriterini kategorik olarak dışlamamıştır³³⁶. Hakem heyeti bir ticari markanın yatırım kabul edilmesi için gereken özellikleri değerlendirmiştir. Bu anlamda hakem heyeti, bir ülkede ticari markanın yalnızca tescilinin “açıkça yatırım anlamına gelmeyeceğini veya yatırımın özelliklerini barındırmayacağını”³³⁷ ifade etmiştir. Buna göre, “bir ticari markanın tescilinin etkisi negatiftir. Tescil, rakiplerin bu markayı kendi ürünlerinde kullanmalarını önler. Tecilin yapıldığı ülkede hiçbir kâr sağlamaz veya ticari marka sahibi için kâr beklentisi yaratmaz”³³⁸. Aksine, kullanılan bir ticari marka yatırım oluşturabilir³³⁹. Hakem heyetine göre bir ticari marka, bu markayı taşıyan malların imalatı, tanıtımı ve satışı yoluyla kullanılır ve bu kullanım, ticari markaya yatırım özellikleri verir³⁴⁰. Hakem heyeti, bir ticari markanın

³³⁵ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/10/7, para. 207.

³³⁶ Oke, Interface, s. 92.

³³⁷ Bridgestone Licensing Services, Inc v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para 171.

³³⁸ Bridgestone Licensing Services, Inc v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para 171.

³³⁹ Bridgestone Licensing Services, Inc v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para 172.

³⁴⁰ Bridgestone Licensing Services, Inc v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para 172.

kullanılmasının kaynakların taahhüdünü içermesi gerektiğini vurgulamıştır³⁴¹. Hakem heyeti ayrıca, bu kullanımın önemli bir süre, kazanç beklentisi ve risk üstlenilmesi unsurlarını içermesi gerektiğini belirtmiştir³⁴². Bunların yanında hakem heyeti, markanın kullanımının ekonomik gelişime katkıda bulunması gerektiğini vurgulamıştır. Hakem heyetine göre “satışları teşvik etmek ve desteklemek ile ilgili faaliyetler, satışlardan alınan vergiler gibi, ev sahibi ekonomiye fayda sağlayacaktır”³⁴³.

Türk hukukunda, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 9. maddesi, markanın kullanılmaması nedeniyle iptaline ilişkin hüküm ihtiva etmektedir. Buna göre; “Tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir”. Markanın sağladığı inhisari hak, hak sahibine, üçüncü kişilerin markaya tecavüzünü engelleme ve markanın kullanımını yasaklama olanağı sağlamaktadır. Diğer taraftan, marka sahipleri tarafından kullanılmayan fakat üçüncü kişilerin kullanımına kapatılarak sahibine hak tanımaya devam eden markaların ölçüsüz artışı sicili şişirecektir. Bu durum, diğer işletme sahipleri için de sınırlayıcı bir hâl oluşturacaktır. Bu itibarla, markanın kullanılmaması nedeniyle iptal edilmesinde kamu yararı bulunmaktadır³⁴⁴.

³⁴¹ Bridgestone Licensing Services, Inc v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para 172.

³⁴² Bridgestone Licensing Services, Inc v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para 169.

³⁴³ Bridgestone Licensing Services, Inc v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para 172.

³⁴⁴ **Arzu Oğuz**, “Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali”, Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı, (Ed. Hasan Kadir Yılmaztekin, Banu Fatma Günarslan), Türkiye

Türk hukukunda markanın kullanılmamasının iptal nedeni olarak öngörüldüğü değerlendirildiğinde, ticari ve ekonomik faaliyetlerde esaslı olarak kullanılmayan markanın yatırım teşkil etmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Fikri mülkiyet hakları, sahibi tarafından kullanıldığı sürece, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine önemli ölçüde katkı sağlayabilir. İç pazarda kullanılan ticari markalar tüketicinin seçiminde yardımcı olabilir, ev sahibi devlette istihdam ve vergi gelirlerinin artmasına olanak sağlayabilir. Ayrıca yabancı patent tescilleri, gelişmekte olan ülkelere teknoloji transferi gerçekleştirme açısından da önemli görülmektedir³⁴⁵.

Bütün bu örnekler göstermektedir ki, fikri mülkiyet haklarının ev sahibi devletin gelişimine katkıda bulunup bulunmadığı, somut olay bazlı değerlendirme gerektirmektedir. Bu bağlamda fikri mülkiyet haklarının ev sahibi devlette nasıl kullanıldığı önem taşımaktadır³⁴⁶. Bir fikri mülkiyet hakkı ancak ekonomik faaliyetlerde kullanıldığında yatırım olarak değerlendirilmelidir. Bu yaklaşım uluslararası fikri mülkiyet hukuku ve uluslararası yatırım hukuku rejimlerinin amaçları ile de uyum içindedir. Bazı yatırımcılar yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm sistemini, ulusal mahkeme kararlarının temyiz mercii olarak kullanabilirler. Sistemin bu şekilde suiistimal edilmesi ise özellikle gelişmekte olan ülkeler bakımından düzenleyici soğukluğa (regulatory chill) neden olabilir. Dolayısıyla yatırım tahkimine ancak, ev sahibi devlette fikri mülkiyet haklarını ticari ve ekonomik faaliyetlerde kullanmak

Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2020, s. 206; benzer yönde bkz. **Uğur Çolak**, Türk Marka Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 892; ayrıca bkz. **Hayri Bozgeyik**, “Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanmamaya Bağlı Sonuçlar”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt I-II, Ankara 2010, Cilt I, s. 457.

³⁴⁵ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 165.

³⁴⁶ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 166.

suretiyle gerçek anlamda yatırım yapan yatırımcıların başvurabilmesi oldukça önemlidir³⁴⁷.

III. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ ‘YATIRIM’ KAPSAMINA DÂHİL OLMASI İLE İLGİLİ MESELELER

A. Fikri Mülkiyetin Uluslararası Yatırım Anlaşmaları Kapsamında Yatırım Sayılmasında Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

Uluslararası yatırım anlaşmaları, devletler arasında, karşılıklı yatırımların korunması ve teşvik edilmesi için akdedilen anlaşmalardır. Fikri mülkiyet ile ilgili ekonomik faaliyetlerin yatırım sayılıp sayılmadığı sorusu, tahkimin yargılama konusunu oluşturup oluşturmayacağını belirleme açısından önem taşımaktadır. Bir fikri mülkiyet hakkı sahibinin yatırım anlaşması kapsamında sağlanan korumalardan yararlanması, anlaşmanın hak sahibini ‘yatırımcı’, ekonomik faaliyeti de ‘yatırım’ olarak nitelendirmesine bağlıdır. Eğer söz konusu faaliyet korunan bir yatırım teşkil ediyorsa, hak sahibi de ilgili uluslararası yatırım anlaşmasının korumalarından yararlanabilecektir³⁴⁸.

Fikri mülkiyet haklarının ilgili uluslararası yatırım anlaşmasında korunup korunmadığını belirlemek için, öncelikle uygulanan anlaşmanın metnine bakmak gerekmektedir. Bunun yanında, eğer ki taraflar uyuşmazlığın ICSID tarafından çözülmesini öngörmüşler ise, ICSID Konvansiyonu’nun da dikkate alınması gerekecektir. Bu halde, bir ekonomik faaliyetin yatırım oluşturup oluşturmadığına, ilgili

³⁴⁷ Oke, Interface, s. 103-104.

³⁴⁸ Vadi, Towards, s. 147.

yatırım anlaşması ve ICSID Konvansiyonu birlikte değerlendirilerek karar verilmelidir³⁴⁹.

ICSID Konvansiyonu'nun belirsizliği dikkate alındığında, ilgili işlemin yatırım olup olmadığının belirlenmesinde, uygulanan uluslararası yatırım anlaşmasında öngörülen yatırım tanımı daha çok belirleyici olabilmektedir. Polonya'da ilaçların ticareti ile ilgili Servier v Polonya davasında³⁵⁰, Polonya'nın itirazına rağmen hakem heyeti yetkili olduğunu kabul etmiştir³⁵¹. Davalı Polonya, davacıların Polonya hukukuna göre ev sahibi ülkede herhangi bir yatırımının olmadığını savunmuştur³⁵². Davacı Servier ise, yatırım hususunun değerlendirilmesinde ilgili olanın Polonya hukuku değil, yatırım anlaşması olduğunu ileri sürmüştür³⁵³. Hakem heyeti ise, şirketlerin Fransa'da kurulduğunu ve davacının yabancı yatırımcı olduğunu kabul ederek '*ratione personae*' yetkisini haiz olduğuna karar vermiştir³⁵⁴.

³⁴⁹ **Vadi**, Towards, s. 147.

³⁵⁰ Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), <https://www.italaw.com/cases/1179> (erişim tarihi: 14.02.2021), para. 515, 532.

³⁵¹ Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), para. 190.

³⁵² Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), para. 222.

³⁵³ Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), para. 222.

³⁵⁴ Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, para. 510, 518 (14.02.2012), para. 510, 518.

Fikri mülkiyet, iki taraflı yatırım anlaşmalarında açıkça veya genel bir yatırım tanımı altında düzenlenmiş olsa dahi, fikri mülkiyet yatırımcılarının, anlaşmanın korumalarından yararlanmasını engelleyen bazı hususlar söz konusu olabilmektedir³⁵⁵.

Uluslararası yatırım anlaşmaları kapsamında davaların kabul edilebilirliği ile ilgili önemli bir soru, bu hakların yalnızca kazanılmasının, örneğin patent hakkı elde edilmesinin veya ticari markanın kaydedilmesinin bir yatırımın varlığı için yeterli olup olmadığı meselesidir³⁵⁶. Yatırımın varlığının tespitinde öncelikle tescilli ve tescilsiz fikri mülkiyet haklarının ayrımının yapılması gerekir. Telif gibi bazı fikri mülkiyet hakları tescil gerektirmezken³⁵⁷, marka, patent gibi fikri mülkiyet hakları ancak tescille kazanılabilir. Bu durumda patent veya marka başvurusu tek başına, uluslararası yatırım anlaşmaları kapsamında yatırım olarak değerlendirilebilir mi?³⁵⁸ Bu sorunun cevabı, fikri mülkiyetin varlığını ve kapsamını tanımlayan ilgili ulusal hukuk kurallarına ve uluslararası yatırım anlaşmasındaki ifade biçimine bağlıdır. Örneğin, ABD-Jamaika iki

³⁵⁵ **Vanhonnaeker**, s. 14; **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 157.

³⁵⁶ **Correa**, Redefining, s.127.

³⁵⁷ Eser sahipliğinin kazanılması için, bir irade beyanına, hukuki işleme, tescil veya herhangi bir formaliteye gerek yoktur, bkz. **Fırat Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 236; **Ahmet Kılıçoğlu**, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 187; **Levent Yavuz, Türkay Alıca, Fethi Merdivan**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt I-II, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014, Cilt I, s. 194-195; **Mustafa Ateş**, Fikrî Hukukta Eser Sahipliği, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 68-71; **Hasan Kadir Yılmaztekin**, Yapay Zekânın Eser Sahipliği, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 199.

³⁵⁸ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 156.

tarafli yatırım anlaşması ve Kanada-Arjantin iki tarafli yatırım anlaşması, yatırımın kapsamını tescilli hakların ötesinde genişletmektedir³⁵⁹.

Yerel bir üretim yapılmaksızın veya ev sahibi ülkede hak sahibinin etkin bir varlığı bulunmaksızın fikri mülkiyet hakkının kazanılması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda korunan bir yatırımdan söz edilebilir mi yoksa yatırımcının haklarının korunması için başka unsurlar da gerekli midir?

Fikri mülkiyet, yatırım olarak sınıflandırılabilceğine dair anlayışla iki tarafli yatırım anlaşmalarında yer almıştır. Bu nedenle de, fikri mülkiyetin anlaşmada yatırım olarak sayılan malvarlıkları içinde yer alması yeterli olmayıp, anlaşmanın gerektirdiği ek şartları da karşılaması gerekmektedir. Bu şartlar, fikri mülkiyetin, bir yatırımın sahip olması gereken standart özellikleri göstermesi gerektiği ve ev sahibi ülkenin hukuk kurallarına uygun olması gerektiği ile ilgilidir³⁶⁰.

Üzerinde durulması gereken ilk mesele, fikri mülkiyet haklarının yatırım olarak nitelendirilebilmesi için karşılanması gereken diğer koşullardır. Fikri mülkiyet hakları, açıkça ‘yatırım’ tanımını altında sayılmış olsa bile, iki tarafli yatırım anlaşmasının kapsamı dâhilinde olabilmesi için fikri mülkiyet haklarının anlaşmanın diğer gerekliliklerini yerine getirmesi ve yatırım özellikleri sergilemesi gerekmektedir. Bu gereklilik genellikle anlaşmanın kendisi tarafından öngörülmektedir³⁶¹.

Bir kısım uluslararası yatırım anlaşmalarında, bir mal varlığının yatırım sayılabilmesi için ekstra özelliklere yer verilmiştir. Örneğin NAFTA 1139 (g) maddesi uyarınca bir mal varlığının yatırım sayılabilmesi için ekonomik kazanç beklentisiyle

³⁵⁹ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 157.

³⁶⁰ Marisi, Chaisse, s. 129.

³⁶¹ Vanhonnaecker, s. 14.

elde edilmiş olması gerekir. Yine, ABD 2012 model iki taraflı yatırım anlaşmasının ilk maddesindeki düzenleme uyarınca; “yatırım, bir yatırımcının sahip olduğu veya doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettiği, sermaye veya diğer kaynakların taahhüdü, kazanç veya kâr beklentisi veya risk üstlenilmesi gibi özellikleri içererek, bir yatırımın özelliklerini barındıran her türlü varlık anlamına gelmektedir”³⁶². Bu hükümlere göre yalnızca fikri mülkiyet hakkına sahip olmak, fikri mülkiyetin yatırım olarak nitelendirilmesini sağlamayacaktır. Eğer söz konusu fikri mülkiyet, ev sahibi ülkede ticari faaliyetlerde esaslı bir şekilde uygulanmıyorsa ve kazanç beklentisi veya risk bileşeni barındırmıyorsa yatırım olarak kabul edilmeyebilecektir³⁶³. Diğer bir anlatımla, fikri mülkiyetin, anlaşma metninde ‘her çeşit mal varlığı’ gibi geniş yatırım tanımı içerisinde yer aldığına dair genel bir kabul bulunsa da, hatta ‘fikri mülkiyet’ terimi veya fikri mülkiyet türleri anlaşma metninde yatırım tanımı altında açıkça yazılmış olsa dahi bu durum, fikri mülkiyetin söz konusu anlaşma kapsamında bir yatırım olduğunu garanti etmeyecektir. Bunun için hukuki ve ekonomik bir analiz yapılması gerekecektir³⁶⁴.

Eli Lilly v Kanada davasında, taraflar da hakem heyeti de, geçersiz kılınan patentlerin korunan bir yatırım sayılıp sayılmayacağı ile ilgili olarak davacının korunan ürünleri Kanada’da mı ürettiği yoksa ABD veya başka bir yerden mi ithal ettiği konusunda herhangi bir inceleme yapmamışlardır. Ayrıntılı bir analize gerek duyulmaksızın, bu patentlerin elde edilmiş olması NAFTA Bölüm 11’in uygulanması

³⁶² 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty,

<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>

(erişim tarihi: 04.02.2021).

³⁶³ Vanhonnaeker, s. 14.

³⁶⁴ Vanhonnaeker, s. 15.

için yeterli görülmüştür. Diğr taraftan Grand River Enterprises Inc v ABD davasında aynı NAFTA Bölümünü uygulayan hakem heyeti, sigaralar ABD'ye ihraç edilmek üzere Kanada'da üretildiğinden, ABD'de yatırım yapıldığı iddiasını reddetmiştir³⁶⁵. Bu tür bir değrlendirme, fikri mülkiyet haklarının kazanıldığı ancak ev sahibi devlette ürün veya hizmet üretimi aracılığıyla kullanılmadığı ya da genel itibarıyla bu hakların diğr yatırım şekilleriyle ilişkilendirilmediğı durumlarda söz konusu olabilir³⁶⁶.

Bazı yatırım anlaşmalarında fikri mülkiyet hakları tek başına yatırım olarak nitelendirilmemiş, ancak ev sahibi devlette yürütülen diğr yatırım faaliyetleriyle ilgili olması halinde bu hakların yatırım olarak korunmaları kabul edilmiştir. Örneğın, Ruanda-Birleşik Arap Emirlikleri arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasının 1.2 (d) maddesinde, “bir yatırım ile ilgili fikri ve sınai mülkiyet hakları”na işaret edilmiştir³⁶⁷. Buna göre, fikri mülkiyet hakları tek başına yatırım teşkil etmeyip diğr yatırım faaliyetleriyle ilişkilendirildiğinde yatırım korumasından yararlanabilecektir.

Yatırım, hakem heyeti kararlarında yorumlanmak suretiyle nitelendirilmiştir. Yukarıda incelendiğı gibi, Salini v Fas kararında bir yatırımın korunması için para veya diğr kaynakların taahhüdü, risk üstlenilmesi, süre ve ‘ev sahibi devletin ekonomik

³⁶⁵ Grand River Enterprises Six Nations Ltd. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Award (12.01.2011), <https://www.italaw.com/cases/510> (erişim tarihi: 13.02.2021), para. 85-89.

³⁶⁶ **Correa**, Redefining, s. 128.

³⁶⁷ Agreement Between The Republic of Rwanda and the United Arab Emirates on The Promotion and Reciprocal Protection of Investments <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5722/download> (erişim tarihi: 14.02.2021).

gelişimine katkı' koşullarının karşılanması gerektiği ifade edilmiştir³⁶⁸. Yine Malaysian Historical Salvors v Malezya kararında, ICSID Konvansiyonu kapsamında bir yatırımdan söz edebilmek için davalının ekonomik gelişimine önemli bir katkı yapılmış olması gerektiği belirtilmiştir³⁶⁹. LESI SpA v Cezayir kararında ise hakem heyeti, ev sahibi ülkenin gelişmişliğine katkı sağlama koşulunun, süre, risk ve vaad koşullarının içinde saklı olduğunu öne sürmüştür³⁷⁰.

Yatırım tanımı ve yatırımın ülkenin gelişimine katkısı konusundaki belirsizlik, anlaşma hükümlerine açık ve anlaşılır nitelermeler eklenmesi suretiyle giderilebilir. 2018 yılında Brezilya ile Etiyopya arasında imzalanan anlaşmada³⁷¹ yatırım, diğer taraf devletin ülkesinde ürün veya hizmet üretimi şeklinde ifade edilmiş olup bir mal varlığına sahip olmak veya kontrol etmek yatırım koruması için yeterli görülmemiştir³⁷². Mal varlığı temelli yatırım tanımından ayrılan bir diğer anlaşma ise Hindistan iki taraflı model anlaşmasıdır³⁷³. Bu anlaşmaya göre, belli koşulları

³⁶⁸ Salini et al. v. Morocco, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, (31.07.2001), <https://www.italaw.com/cases/958> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 52.

³⁶⁹ Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Malaysia, Award on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/10, (17.05.2007), para. 124.

³⁷⁰ LESI SpA et Astaldi SpA v. Algeria, ICSID Case No. ARB/05/3, Decision on Jurisdiction (12.07.2006), <https://www.italaw.com/cases/618> (erişim tarihi: 14.02.2021), para. 72(iv).

³⁷¹ Agreement Between The Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia On Investment Cooperation And Facilitation.

³⁷² Correa, Redefining, s.130.

³⁷³ India Model Bilateral Investment Treaty (December 2015), [https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model %20Text %20for](https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model_%20Text_%20for)

karşılayan bir girişimin bulunması gerekmektedir. Girişim temelli yatırım yaklaşımı, yatırım anlaşmaları tarafından kamu politikasına getirilen sınırlamaların önüne geçilmesi isteğini yansıtmaktadır³⁷⁴.

Uluslararası yatırım anlaşmaları, söz konusu yatırımın ekonomik bir değeri olmasını gerekli kılabirler. Yatırım varlığının ekonomik değeri olması gerekliliği, çoğu fikri mülkiyet haklarının ülkesellik özelliği dikkate alındığında önem arz etmektedir. Zira ekonomik bir değerin bulunup bulunmadığı, büyük oranda iç hukuk kurallarına göre belirlenmektedir. İç hukukla bağlantı kurulması gerekliliği, özellikle patentler söz konusu olduğunda önemli görünmektedir. Patentler, ilgili devletin sınırları dâhilinde verilmekte olup patent verilmesi için gereken koşullar ülkeden ülkeye değiştiği için, bir ülkede verilen patentin diğer ülkelerde de tanınması beklenmemektedir³⁷⁵.

Bir buluş, yatırımcının kendi ülkesinde patent ile korunmuş olsa bile, iki taraflı yatırım anlaşmasına göre, yatırımcıya ev sahibi ülke tarafından patent hakkı tanınana kadar koruma altında sayılmayabilir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, yatırımcının kendi ülkesinden patentli bir buluşu, ev sahibi ülke tarafından yatırımcıya patent hakkı verilene kadar ilgili anlaşma kapsamında yatırım niteliği kazanamayacaktır³⁷⁶. Bu şartlar altında yatırımcının, uluslararası yatırım hukukunun kuralları arkasındaki mantığı zayıflatan bir durumla karşı karşıya kaldığı ifade edilmiştir. Uluslararası yatırım hukuku, iki taraflı yatırım anlaşmalarıyla yatırımcı ile ev sahibi ülke arasındaki ilişkiyi düzenleyerek yatırımcının korunmasını garanti etmeyi

%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf (erişim tarihi: 14.02.2021).

³⁷⁴ **Correa**, Redefining, s.131.

³⁷⁵ **Vanhonnaeker**, s. 15.

³⁷⁶ **Vanhonnaeker**, s. 16.

hedefler. Bu görüşe göre, yatırımcının iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında korunmasının, ev sahibi ülke yetkililerince patent hakkı verilmesi kararına bağlı olması, yatırımcıyı hassas ve tehlikeli bir pozisyona sokmaktadır³⁷⁷.

Alternatif olarak, yatırımcının yerli bir patent için başvuru sürecine girdiği andan itibaren koruma altında olması gerektiği ileri sürülmektedir. Başvuru süreci ev sahibi ülkede yürütüldüğü anda, söz konusu fikri mülkiyet henüz bir hak tarafından koruma altına alınmamış olsa bile yatırımcının mal varlığının bir parçası olarak kabul edilir³⁷⁸. Bu görüş, Amerika Birleşik Devletleri-Jamaika iki taraflı yatırım anlaşması gibi bazı yatırım anlaşmalarında kabul edilmiştir. Bu anlaşma, patent edilebilir buluşlara yatırım koruması sağlamaktadır³⁷⁹.

Benzer şekilde, Kanada-Arjantin iki taraflı yatırım anlaşması “... patentler ile ilgili hakları” koruma altına almaktadır³⁸⁰. Bu düzenlemenin, sadece hak tanınan

³⁷⁷ Vanhonnaeker, s. 16.

³⁷⁸ Bkz. ECHR (Grand Chamber), Case of Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, Judgement, 11 January 2007, Application no. 73049/01, Reports of Judgements and Decisions 2007-I, para. 78.

³⁷⁹ Treaty between the United States of America and Jamaica Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, signed 4 February 1994, entered into force 7 March 1997, art. 1(a)(iv), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1726/download> (erişim tarihi: 07.02.2021).

³⁸⁰ Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investment, signed 5 November 1991, entered into force 29 April 1993, art. 1(a)(iv), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/77/download> (erişim tarihi: 07.02.2021).

patentleri değil, başvuruları da kapsamayı hedeflediği ileri sürülmektedir³⁸¹. Daha geniş kapsamda, Amerika Birleşik Devletleri-Moğolistan iki taraflı yatırım anlaşması “insani çabaya dayanan bütün alanlardaki buluşları” koruma altına almaktadır³⁸². Bu anlaşmada düzenlenen korumanın, patent edilmiş buluşların ötesini kapsamına dâhil edebileceği, ayrıca anlaşma kapsamında patent edilebilirlik şartlarının da aranmayabileceği ileri sürülmektedir³⁸³.

Peru-Almanya iki taraflı yatırım anlaşması, patentli veya patentli olmayan teknolojik bilgi ve süreçleri, teknik belge ve talimatları kapsamına dâhil ederek bir adım ileri gitmektedir³⁸⁴.

Patent başvurularının ilgili yatırım anlaşması kapsamında korunup korunmadığı, genellikle bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Tescilli patentler, çoğunlukla yatırım anlaşmalarında yer almasına rağmen, patent başvurularının korunan bir yatırım şekli

³⁸¹ **Correa**, Investment Protection, s. 340.

³⁸² Treaty between the United States of America and Mongolia Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, art. 1(1)(iv).

³⁸³ **Rachel A Lavery**, “Coverage of Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Empirical Analysis of Definitions in a Sample of Bilateral Investment Treaties and Free Trade Agreements”, Transnational Dispute Management, Vol. 2, 2009, s. 8.

³⁸⁴ Convenio entre la República del Perú y la República de Alemania sobre Promoción y Protección Reciproca de Inversiones, signed 30 January 1995, entered into force 1 May 1997, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1391/download> (erişim tarihi: 08.02.2021).

sayılıp sayılmayacağı açık bir soru olarak kalmaktadır³⁸⁵. Bazı yatırım anlaşmaları patent başvurularını açık bir şekilde hariç tutmaktadır³⁸⁶. Diğer taraftan bazı yatırım anlaşmaları ise ‘fikri mülkiyetle ilgili haklar’³⁸⁷ ve ‘patent verilebilir buluşlar’³⁸⁸ gibi hükümlere yer vermektedir. Diğer bir kısım yatırım anlaşmaları ‘maddi olmayan mal

³⁸⁵ **Lahra Liberti**, “Intellectual Property Rights in International Investment Agreements. An Overview”, OECD Working Papers on International Investment, Vol. 1, 2010, http://www.oecdilibrary.org/finance-and-investment/intellectual-property-rights-in-international-investmentagreements_5kmfqlnjzl35-en (erişim tarihi: 08.02.2021), s. 8.

³⁸⁶ Bkz. ör., 2009 ASEAN Comprehensive Investment Agreement, art. 4(c) (yatırımı, her bir üye devletin kanun ve yönetmelikleri uyarınca verilen fikri mülkiyet hakları ile sınırlamaktadır), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3095/download> (erişim tarihi: 08.02.2021).

³⁸⁷ Agreement Between the Government of Hong Kong and the Government of Australia for the Promotion and Protection of Investment, Austl.-H.K., art. 1(e)(iv), Sep. 15, 1993, 1748 U.N.T.S. ³⁸⁵ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/152/download> (erişim tarihi: 08.02.2021); Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investment, Arg.-Can., art. 1(a)(iv), 5.11.1991, 2467 U.N.T.S. 97.

³⁸⁸ Treaty between the United States of America and Jamaica Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, signed 4 February 1994, entered into force 7 March 1997, art. 1(a)(iv).

varlıklarını' korumakta olup bu ifade de patent başvurularını içerdiği şeklinde yorumlanmaktadır³⁸⁹.

Bunların yanı sıra, bazı yatırım anlaşmaları, mal varlıklarının yatırım olarak kabul edilebilmesi için iç hukukta uyum şartını ararken, bazı yatırım anlaşmaları iç hukukun rolünü açıkça ortaya koyamamaktadır. Yatırımın geniş tanımlanmasının, bahse konu mal varlıklarına iç hukukta sağlanan korumaya nazaran daha yüksek bir koruma sağlayabileceği öne sürülmüştür³⁹⁰. Yatırım anlaşmasının kapsamı ile iç hukuk arasındaki farklılık Etiyopya-İsrail iki taraflı yatırım anlaşmasında³⁹¹ olduğu gibi açık olabilir. Bu anlaşma imzalandığı tarihte Etiyopya, iç hukukunda coğrafi işaretleri ve bitki yetiştiricilerinin haklarını korumamasına karşın, anlaşmanın yatırım tanımı altında coğrafi işaretler ve bitki yetiştiricilerinin hakları yer almaktadır³⁹². Bu halde, uyumsuzluk durumunda iç hukuk kurallarına öncelik verilmeksizin, yatırım anlaşması hükümlerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir³⁹³. Ancak kanımızca, fikri

³⁸⁹ Bkz. **Lahra Liberti**, "Intellectual Property Rights in International Investment Agreements. An Overview", OECD Working Papers on International Investment, Vol. 1, 2010.

³⁹⁰ **Vanhonnaeker**, s. 18.

³⁹¹ Agreement between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Israel for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, signed 26 November 2003, entered into force 22 March 2004, art. 1(1)(d), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1167/download> (erişim tarihi: 08.02.2021).

³⁹² **Vanhonnaeker**, s. 19.

³⁹³ **Vanhonnaeker**, s. 18; **Katarzyna Jozwik**, "Investment Regulation and Intellectual Property" Global Trade and Customs Journal, Vol. 6, Issue. 7-8, 2011, s. 354; bkz.

mülkiyet haklarının yaratılmasında, kapsam ve sınırlarının tespitinde ulusal hukuk kurallarının belirleyici olduğu, yatırım anlaşmalarının yeni fikri mülkiyet hakları yaratmadığı unutulmamalıdır. Dolayısıyla, ulusal hukuk kurallarının tanımadığı bir fikri mülkiyet hakkının, yatırım anlaşması kapsamında tanınması da mümkün olmamalıdır. Yine de, özellikle iç hukukta korunmayan haklara yatırım anlaşmasında özel olarak yer verilmesi halinde, anlaşmanın lafzı, amacı ve tarafların iradeleri birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılması uygun bir yöntem olacaktır. Bu itibarla, anlaşma metnlerinin belirsizlik oluşturmayacak şekilde ihdas edilmesi oldukça önemlidir.

Fikri mülkiyet haklarının bir yatırım teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde somut olay bazlı dava incelemeleri de gerekli olmaktadır. Apotex Holdings Inc. v. United States (Apotex III) davasında, patent başvurularının NAFTA Bölüm 11 kapsamında yatırım olmadığına karar verilmiştir³⁹⁴. Bu davada davalı Amerika Birleşik Devletleri, Apotex'in bütün ürünlerini Kanada'da ürettiğini ve ilaçların sınır ötesi ticaretinin yatırım teşkil etmediğini savunmuştur³⁹⁵. Davacılar ise, yeni ilaç başvuruları (ANDAs) şeklindeki fikri mülkiyet haklarının ve Kanada'da üretilen ilaçların

Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic, Case No. ARB/03/2, Decision on Jurisdiction, (11.05.2005), <https://www.italaw.com/cases/184> (erişim tarihi: 13.02.2021), para. 56-57.

³⁹⁴ Apotex Holdings Inc. v. United States (Apotex III), ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, (25.08.2014), <https://www.italaw.com/cases/1687> (erişim tarihi: 13.02.2021), para. 7.62.

³⁹⁵ Apotex Holdings Inc. v. United States (Apotex III), ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, (25.08.2014), para. 2.37.

pazarlamasını yapan şubelerinin bulunduğunu ileri sürerek Amerika Birleşik Devletleri'nde yatırımlarının varlığını iddia etmiştir³⁹⁶.

Hakem heyeti yeni ilaç başvurularının (ANDAs) Amerika Birleşik Devletleri'nde 'yatırım' olmadığına karar vermiştir³⁹⁷. Bu bağlamda hakem heyeti, ev sahibi devlette ilaç satışı için yapılan başvuruların yatırım sayılması iddialarını reddeden önceki kararları (Apotex I ve II) takip etmiştir³⁹⁸. Kararda, başvuru hazırlıkları önemli masrafları gerektirse dahi, gerçek anlamda yapılan faaliyetin, ilaçların ev sahibi ülkeye ihracı için kendi ülkesinde üretim işlemi olduğu ifade edilmiştir³⁹⁹. Bu nedenle, yatırım olarak yalnızca holdingin şubesi olan Apotex şirketi kabul edilmiştir. Karar bu yönüyle, ticaret ve yatırım uyumsuzlukları arasındaki çizgiyi belirsizleştirdiği ayrıca, firmaların yatırım korumasından yararlanmak için şubelerini bir tür Truva atı olarak kullanmalarına neden olabileceği ifade edilerek eleştirilmiştir⁴⁰⁰.

³⁹⁶ Apotex Holdings Inc. v. United States (Apotex III), ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, (25.08.2014), para. 2.28.

³⁹⁷ Apotex Holdings Inc. v. United States (Apotex III), ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, (25.08.2014), para. 7.62.

³⁹⁸ Apotex Inc v. United States (Apotex I & II), UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Admissibility, (14.06.2013), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1550.pdf> (erişim tarihi: 14.02.2021), para. 243, 245.

³⁹⁹ Apotex Holdings Inc. v. United States (Apotex III), ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, (25.08.2014), para. 7.62.

⁴⁰⁰ **Lise Johnson**, "New Weaknesses: Despite a Major Win, Arbitration Decisions in 2014 Increase the US 's Future Exposure to Litigation and Liability", Colombia Center on Sustainable Investment, 2015, s. 4, <http://ccsi.columbia.edu/files/2014/03/Brief-on-US-cases-Jan-14.pdf> (erişim tarihi:13.02.2021).

Tıbbi ürünlerin yalnızca satışı yatırım anlamına gelmemektedir. İtalya v Küba davasında ilaçların yalnızca ticaretinin yatırım anlamına gelmediği açıklığa kavuşturulmuştur⁴⁰¹. İtalya; bir İtalyan ilaç şirketi olan Menarini ile Küba Sağlık Bakanlığının bağlı kuruluşu olan Medicuba arasındaki sözleşme ilişkisinin yatırım olduğunu iddia ederek yatırım tahkimine başvurmuştur⁴⁰². Davacı İtalya, sözleşme ilişkisinin yalnızca ilaç tedarikine ilişkin olmadığını, yeni ilaç üretimleri ile ilgili araştırmaları da içerdiğini ileri sürmüştür⁴⁰³. Davacı ayrıca, sözleşmenin süresine ve ilaçların Küba halk sağlığı üzerindeki önemine de vurgu yapmıştır⁴⁰⁴. Davalı ise, Menarini'nin 'yatırımcı olmadığını', zira ürünlerini Medicuba'ya sattığını ancak Küba'da hiçbir şubesinin bulunmadığını savunmuştur⁴⁰⁵. Yargılama sonunda Menarini'nin faaliyetlerinin yatırım olmadığına ve İtalya'nın iddialarının reddine karar verilmiştir.

⁴⁰¹ La Republique d'Italie v. La Republique de Cuba, UNCITRAL, Arbitrage ad hoc, Sentence Finale, (15.01.2008), <https://www.italaw.com/cases/580> (erişim tarihi: 13.02.2021).

⁴⁰² **Enrico Milano**, "The Investment Arbitration between Italy and Cuba: The Application of Customary International Law under Scrutiny", Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 11, Issue. 3, 2012.

⁴⁰³ La Republique d'Italie v. La Republique de Cuba, UNCITRAL, Arbitrage ad hoc, Sentence Finale, (15.01.2008), <https://www.italaw.com/cases/580> (erişim tarihi:13.02.2021), para. 219.

⁴⁰⁴ La Republique d'Italie v. La Republique de Cuba, UNCITRAL, Arbitrage ad hoc, Sentence Finale, (15.01.2008), <https://www.italaw.com/cases/580> (erişim tarihi:13.02.2021), para. 90.

⁴⁰⁵ La Republique d'Italie v. La Republique de Cuba, UNCITRAL, Arbitrage ad hoc, Sentence Finale, (15.01.2008), <https://www.italaw.com/cases/580> (erişim tarihi:13.02.2021), para. 134.

Gerekçede yatırım, belli bir süre sürdürülebilir, ticari riskler içeren, ev sahibi ülkenin ekonomik gelişimine katkıda bulunan, yatırımcı tarafından yürütülen ekonomik faaliyetler olarak tanımlanmıştır⁴⁰⁶. Bu nedenle hakem heyeti, İtalya'nın Menarini firmasıyla ilgili iddialarını dava konusu (subject matter jurisdiction) yokluğu nedeniyle reddetmiştir. Hakem heyeti, Menarini ile Medicuba arasındaki 'Satış Sözleşmesi' başlıklı sözleşmeyi incelediğinde, dava konusu ticari faaliyetin yatırım değil, ilaç satışı olduğuna karar vermiştir⁴⁰⁷. Ödenmeme riskinin ötesinde bir risk barındırmadığından ve kaynakların taahhüdü söz konusu olmadığından, sadece ilaçların satışının, İtalya-Küba iki taraflı yatırım anlaşmasında koruma altına alınan bir yatırım teşkil etmeyeceğine karar verilmiştir⁴⁰⁸.

Sonuç olarak, fikri mülkiyet haklarının bir 'yatırım' teşkil edip etmediği hususu, yatırım anlaşmasının lafzı ve amacı göz önünde bulundurularak somut olaya göre değerlendirilmelidir. Uluslararası yatırım anlaşmaları, devletlerin yabancı yatırımları çekmek için bir kısım egemenlik haklarından vazgeçtikleri karşılıklı bir pazarlığı yansıtmaktadır⁴⁰⁹. Tahkim yargılamalarına göre, yalnızca malların satımı söz konusu

⁴⁰⁶ La Republique d'Italie v. La Republique de Cuba, UNCITRAL, Arbitrage ad hoc, Sentence Finale, (01.01.2008), <https://www.italaw.com/cases/580> (erişim tarihi:13.02.2021), para. 81.

⁴⁰⁷ La Republique d'Italie v. La Republique de Cuba, UNCITRAL, Arbitrage ad hoc, Sentence Finale, (01.01.2008), <https://www.italaw.com/cases/580> (erişim tarihi:13.02.2021), para. 219-20.

⁴⁰⁸ La Republique d'Italie v. La Republique de Cuba, UNCITRAL, Arbitrage ad hoc, Sentence Finale, (01.01.2008), <https://www.italaw.com/cases/580> (erişim tarihi:13.02.2021), para. 219-20.

⁴⁰⁹ **Vadi**, Towards, s. 154.

olduğunda, yatırımcı yeterince risk almaz veya ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkıda bulunmaz, bu nedenle de ev sahibi devletin bu pazarlıktan yeterli bir kazanımı olmaz. Patent başvuruları ise yalnızca bir patenti elde etme beklentisi yaratmaktadır. Patent başvurularının yatırım kabul edilip edilmeyeceği, ilgili yatırım anlaşmasının lafzına ve amacına bağlıdır⁴¹⁰. Zira anlaşma metni, devletin gönüllü rızasını lanse etmektedir⁴¹¹. Tescilli olmayan buluşlar patent oluşturmaz. Bu nedenle bir patent başvurusunun yatırım sayılıp sayılmayacağı, ilgili yatırım anlaşmasındaki ifade biçimine bağlıdır⁴¹².

Yatırım kavramının yorumlanması ve yeniden düzenlenmesi, uluslararası yatırım anlaşmaları altında fikri mülkiyet haklarına dayanan iddiaların kapsamını daraltabilir. Özellikle yatırımcının yükümlülüklerini içeren gelişim temelli yaklaşımı benimseyen yatırım anlaşmaları, bu amaca ulaşmak için uygun bir yol olarak görünmektedir. Yatırımda girişimi esas alan Hindistan model iki taraflı yatırım anlaşması, geçmişte uluslararası yatırım anlaşmalarının yarattığı problemlere karşı en uygun cevap olarak düşünülebilir. Ancak, mal varlığı temelli yatırımı esas alan anlaşmaların da geliştirilmesi mümkündür. Bu anlaşmalara, ev sahibi devletin ekonomisine katkıda bulunmayan yatırımcılar tarafından açılacak spekülasyon davalarına imkân tanımayan hükümler getirilebilir⁴¹³.

⁴¹⁰ **Gibson**, Latent Grounds, s. 433.

⁴¹¹ **Vadi**, Towards, s. 155.

⁴¹² **Valentina Vadi**, “New Forms of Dialectics between Intellectual Property and Public Health: Pharmaceutical Patent-Related Investment Disputes”, International Lawyer, Vol. 49, Issue. 2, 2015, s. 169.

⁴¹³ **Correa**, Redefining, s. 132.

Uluslararası yatırım tahkiminde, fikri mülkiyetin yatırım olarak korunması çok boyutlu sonuçlar doğurmaktadır. Öncelikle, uluslararası yatırım anlaşmalarının dili özel yarar ve kamu yararı arasında oldukça hassas bir dengeyi kurmaktadır. Devletler, uluslararası anlaşmalarda yatırımı tanımlarken bu dengeyi şekillendirmektedirler. Ayrıca, hakem heyetleri bir faaliyetin yatırım olup olmadığını tespit ettiğinde, bu karar hem yerli hem yabancı firmaları etkileyebilmektedir. Her ne kadar tahkim kararları yalnızca taraflar arasında bağlayıcı ise de, hakem heyetleri önceki kararlardan etkilenebilmektedir⁴¹⁴.

Fikri mülkiyetin yatırım oluşturup oluşturmadığını belirlerken, hakemlerin, özel yarar ve kamu yararını birlikte nazara alarak, politik sonuçları da göz ardı etmeksizin anlaşma metninin lafzını dikkate almaları mühimdir. Nitekim ekonomik bir faaliyetin yatırım teşkil edip etmediği kararı, ev sahibi ülkenin iç politikalarını belirleme yetkisini etkileyebilmektedir⁴¹⁵.

B. Fikri Mülkiyet Yatırımları ve Uluslararası Yatırım Anlaşmaları Bağlamında Ülkesellik ve Uygulanabilir Hukuk

Pek çok iki taraflı yatırım anlaşmasında⁴¹⁶ yatırımların ev sahibi devletin ülke sınırları dâhilinde yapılması gerektiğine dair bir koşul yer almaktadır. Fikri mülkiyetin

⁴¹⁴ Vadi, Towards, s. 155.

⁴¹⁵ Vadi, Towards, s. 156.

⁴¹⁶ Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, signed 14 November 1991, entered into force 20 October 1994, art. I(1)(a), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download> (erişim tarihi: 13.02.2021).

maddi olmayan yapısı dikkate alındığında bu koşulun karşılanıp karşılanmadığının belirlenmesi birtakım güçlükler barındırmaktadır.

Fikri mülkiyetin konusunu oluşturan fikri ürünün oluşturulması ve geliştirilmesi ev sahibi devletin ülke sınırları içinde gerçekleşmese dahi, fikri mülkiyet yatırımı, yatırımın ev sahibi devletin ülkesinde yapılması koşulunu karşılayacak mıdır?

Bu hususla ilgili olarak Lesi DIPENTA v Cezayir davasında belirtildiği üzere; “katkılar bakımından: katkıların bir kısmı ilgili ülkede yapılmazsa ve ekonomik bir değer getirmezse yatırımdan söz edilemez”⁴¹⁷.

Bu değerlendirme, Ambiente Ufficio S.P.A ve Diğerleri v Arjantin Cumhuriyeti davasında da benimsenmiştir. Buna göre; “Yatırımın hangi devletin ülkesinde yapıldığını belirlemek için öncelikle bu yatırımdan hangi devletin yararlandığına karar vermek gerekmektedir. ... Yatırımın nerede yapıldığını değerlendirirken kriter, kimin ekonomik gelişimine katkıda bulunulduğu olmalıdır”⁴¹⁸.

BIVAC v Paraguay⁴¹⁹, SGS v Pakistan⁴²⁰, SGS v Paraguay⁴²¹, ve SGS v Filipinler⁴²² davalarında da davacıların faaliyetlerinin ev sahibi devletin dışında

⁴¹⁷ Consortium Groupement LESI-DIPENTA v. People’s Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/08, Award, (10.01.2005), <https://www.italaw.com/cases/323> (erişim tarihi: 13.02.2021), para. 2.2.14.

⁴¹⁸ Ambiente Ufficio S.P.A. and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, (08.02.2013), <https://www.italaw.com/cases/1750> (erişim tarihi: 13.02.2021), para. 499.

⁴¹⁹ Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/9, <https://www.italaw.com/cases/179> (erişim tarihi: 06.02.2021).

gerçekleştigi itirazları ileri sürülmüştür. Bu davalarda hakem heyetleri, faaliyetlerin yeterli bir kısmının ev sahibi ülkede gerçekleştiğini belirterek bu itirazları reddetmiştir.

Fikri mülkiyet hakları bakımından da karşılaştırılmalı bir analiz yapılabilir. Ev sahibi ülke dışında gerçekleştirilen faaliyetler, ülke içi faaliyetlerin varlığı ve yaygınlığı ile birlikte bütüncül olarak değerlendirilebilir. Ayrıca, fikri mülkiyetin koruduğu fikri ürün, ev sahibi devletin ülkesi dışında geliştirilse de, ev sahibi ülke sınırları içinde, o ülkenin ekonomisine değer katmak suretiyle, aktif şekilde kullanılıyorsa yatırım olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir⁴²³.

Diğer bir mesele, yatırımın tespitinde uygulanabilir hukuk bakımından, ulusal hukuk ile uluslararası yatırım hukukunun rolüne ilişkindir.

Uygulanabilir hukuk üzerine odaklanan soru, ‘mal varlığı’ ve ‘yatırım’ terimlerinin tanımlarıyla ilgilidir. Bu bakımdan uluslararası yatırım anlaşmaları iki temel güçlkle karşı karşıyadır. İlk olarak, yatırım ve mal varlığı terimleri, ilgili yatırım anlaşmasının lafzı ile bağlıdır. İkinci olarak, uluslararası hukukta mal varlığı teriminin sabit bir tanımı bulunmamaktadır. Mal varlığı terimini çevreleyen bu belirsizliklerle başa çıkmak için hakem heyetleri, ev sahibi ülkenin iç hukuku ve uygulanan uluslararası yatırım anlaşması temelinde somut olaya göre değerlendirme yapacaklardır. Gerçekten de, uluslararası yatırım hukukunun bir mal varlığını koruyup korumadığı

⁴²⁰ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, <https://www.italaw.com/cases/1009> (erişim tarihi: 06.02.2021).

⁴²¹ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, <https://www.italaw.com/cases/1016> (erişim tarihi: 06.02.2021).

⁴²² SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, <https://www.italaw.com/cases/1018> (erişim tarihi: 06.02.2021).

⁴²³ Vanhonnaeker, s. 30; Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 167.

değerlendirilirken, öncelikle ilgili anlaşmanın lafzına bakılmalıdır. Bu bağlamda anlaşma, mal varlığı haklarını kendisi tanımlayabilir ya da kavramın tanımlanmasını iç hukuka bırakabilir⁴²⁴.

Fikri mülkiyetle ilgili olarak çeşitli senaryolar gündeme gelebilmektedir. İlk senaryoda, uluslararası yatırım anlaşması, iç hukuka işaret etmeden, yatırım tanımı altında fikri mülkiyet haklarını açıkça saymış olabilir. Bu durumda anlaşmada sayılan fikri mülkiyet hakları, gereken koşulları sağlıyorsa, yatırım olarak kabul edilebilir. Ancak ev sahibi devletin iç hukuku, yatırımı oluşturan hakların varlığı, kapsamı ve yapısına karar vermede dikkate alınacaktır⁴²⁵.

İkinci olarak, bir uluslararası yatırım anlaşması ‘yatırım’, ‘mal varlığı’ ve hatta ‘fikri mülkiyet’ kavramlarını tanımlamak için iç hukuka işaret edebilir. Böyle bir durumda hakem heyeti, fikri mülkiyetin ev sahibi devletin iç hukuku ve ilgili uluslararası anlaşma kapsamında mal varlığı teşkil edip etmediği konusunda bir çalışma yapmalıdır⁴²⁶.

Bir diğer ihtimal, uluslararası yatırım anlaşması fikri mülkiyetle ilgili yatırım tanımı altında fikri mülkiyeti açıkça düzenlememiş ve kavramların tanımıyla ilgili olarak iç hukuka da atıf yapmamış olabilir. Bu durumda hakem heyeti, söz konusu varlıkların iç hukukta ve uluslararası hukukta mal varlığı ve yatırım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini analiz edecektir⁴²⁷.

⁴²⁴ Vanhonnaeker, s. 31.

⁴²⁵ Vanhonnaeker, s. 31.

⁴²⁶ Vanhonnaeker, s. 32.

⁴²⁷ Vanhonnaeker, s. 32.

Uluslararası yatırım anlaşmalarında yatırım genellikle, ‘her çeşit mal varlığı’ olarak nitelendirilmiş ve çeşitli malvarlıklarını içeren listelere örnekleyici olarak yer verilmiştir. Fakat yatırımın tespitinde öncelikle sorulması gereken soru, bu mal varlığı türlerinin hukuken var olup olmadığıdır. Yatırım tanımında sayılan mal varlığı türlerinin hukuken varlığı meselesi uluslararası hukuk değil, ev sahibi devletin iç hukuk meselesidir⁴²⁸. Yatırım tanımı altında sayılan mal varlığının varlığını, diğer bir deyişle, iç hukukta tanınan bir hak olduğunu tespit ettikten sonra, bu mal varlığının yatırım olarak kabulünü gerektiren koşulların ve koruma standartlarının ihlalinin değerlendirilmesi ise uluslararası yatırım hukuku meselesidir⁴²⁹. Bu itibarla, iç hukuka uygun olarak tanınan fikri mülkiyet hakları yatırım oluşturabilir ve anlaşmada öngörülen korumalardan yararlanabilir⁴³⁰.

Ulusal ve uluslararası hukukun rolü ile ilgili olarak Philip Morris v Uruguay davasında hakem heyeti şu değerlendirmede bulunmuştur: “Uruguay hukuku, devletin davacılara ait olarak tanıdığı hakların tesis edilmesiyle ilgili olabilir. Uruguay yasalarına göre hakların değiştirilmesinin veya iptalinin hukukiliği, ilgili olmakla birlikte, böyle bir eylemin iki taraflı yatırım anlaşması yükümlülüğünün ihlaline neden olup olmayacağını belirlemez.

Bunun yerine, bir ihlalin gerçekten meydana gelip gelmediği, her iki Taraf için de geçerli olan Uruguay hukuku kuralları da dâhil olmak üzere ilgili her unsur dikkate

⁴²⁸ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 169-170.

⁴²⁹ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 173.

⁴³⁰ Jozwik, s. 353.

alınarak, iki taraflı yatırım anlaşmasının kendisi ve diğer uygulanabilir uluslararası hukuk kuralları temelinde karar verilmesi gereken bir konudur.”⁴³¹

Özetlemek gerekirse, uluslararası yatırım hukuku, yatırım koruması için elverişli olan fikri mülkiyet haklarını yaratamaz. Bu anlaşmalar, var olan haklar için uluslararası düzeyde koruma bahşetmektedir. Bu nedenle, fikri mülkiyet temelli yatırım uyumsuzluğu bağlamında, yatırımcının fikri mülkiyet hakkının mevcudiyetini, kapsamını ve mülkiyetini inceleyen hakem heyeti, ulusal (veya bölgesel) fikri mülkiyet hukukuna başvuracaktır. Bu anlamda, ulusal (veya bölgesel) hukuk uyarınca fikri mülkiyet hakkının niteliğini anlamak, söz konusu varlığın bir yatırım olarak nitelendirilip nitelendirilmediğini belirlemek için bir başlangıç noktasıdır⁴³². Sonrasında ise uluslararası yatırım hukuku kuralları devreye girmektedir.

Fikri mülkiyet yatırımları ile ilgili bir diğer mesele ise, bir ülkede korunan fikri mülkiyetin başka bir ülkede korunmuyor olması ihtimalidir. Ülkesellik ilkesi nedeniyle, yatırımcının kendi devletinde korunan fikri mülkiyet haklarının ev sahibi devlette korunmuyor olması muhtemeldir. Bu durumda da, fikri mülkiyet haklarının yaratılmasında ve kapsamının belirlenmesinde ulusal hukuk kuralları önemli bir rol oynamaktadır⁴³³.

Bir uluslararası yatırım anlaşması, fikri mülkiyet hakkının doğrudan bir kaynağı olarak değerlendirilemez. Yalnızca ilgili tarafın iç hukuku uyarınca tanınan fikri

⁴³¹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 178-9.

⁴³² Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 176.

⁴³³ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 157; Jozwik, s. 352.

mülkiyet hakları korunabilir⁴³⁴. Ancak hangi durumlarda hak sahipleri yatırım korumasından kaynaklanan iddialarda bulunabileceklerdir? Bir patent, ticari marka, tasarım veya tescili gereken bir fikri mülkiyet hakkı başvurusunun reddedilmesi halinde, yatırım korumasından söz edilebilecek midir? Bu sorularla ilgili olarak Correa, ev sahibi devletin yargı yetkisinin tanınması gerektiği görüşündedir⁴³⁵.

Bir fikri mülkiyet hakkının geçersizliğine veya kaldırılmasına karar verilmesi de, yatırımcının haklarının ihlal edildiği iddialarını gündeme getirebilmektedir. Bu durumda, bir geçersizlik kararının yatırımcının haklarını ihlal edip etmediği konusunda yatırım hakem heyetine karar verme yetkisi verilmektedir. Bazı durumlarda Eli Lilly davasında olduğu gibi, usuli veya esasa ilişkin koşulların yerine getirilmemesi nedeniyle yargısal veya idari bir kararla fikri mülkiyet haklarına son verilebilir.

Fikri mülkiyet, ulusal hukuk kuralları ve uluslararası rejimin temelini oluşturan ülkesellik temel prensibine dayanır. TRIPS Anlaşması asgari koruma standartları getirmekte olup bu prensibi değiştirmemektedir⁴³⁶.

Fikri mülkiyet hakkının tescil edildiği ülkenin geçerlilikle ilgili meselelerde karar vermeye ilişkin münhasır yargı yetkisi uluslararası hukukta da kabul edilmektedir. Örneğin, Uluslararası Hukuk Derneği (ILA) Uluslararası Fikri Mülkiyet ve Özel Hukuk Rehberinde, geçerlilik iddialarına ilişkin şu kurala yer verilmiştir: “Tescilli bir fikri mülkiyet hakkının verilmesi, tescili, geçerliliği, vazgeçilmesi veya kaldırılmasının konu

⁴³⁴ Correa, Redefining, s. 132.

⁴³⁵ Correa, Redefining, s. 135.

⁴³⁶ Correa, Redefining, s. 134.

edildiği davalarda, tescilin yapıldığı Devletin mahkemesi münhasır yargı yetkisine sahiptir”⁴³⁷.

Başka bir olası durum ise, fikri mülkiyet haklarının sahipliği ile ilgili ortaya çıkabilir. Örneğin bir buluşa kimin sahip olduğu çekişmeli ise ve buluş sahibinin yatırımcıdan başkası olduğuna karar verildiyse, yatırımcının haklarının korunması gerekçesiyle hakem heyeti böyle bir kararın denetlenmesi için yetkili midir? Correa’ya göre, bu davalarda da ülkesellik ilkesi ve münhasır yetki kuralı uygulanmalıdır. ILA Rehberinde hak sahipliğine ilişkin şu kurala yer verilmiştir: “Fikri mülkiyet haklarının var olduğu veya başvurusunun yapılacağı devletin mahkemesi, hakkın sahipliğine ilişkin meselelerde yargı yetkisine sahiptir”⁴³⁸.

Özetle, fikri mülkiyet hakkının geçerliliği, kaldırılması veya sahipliği ile ilgili meselelerde, bu hakkın tanındığı ülkenin mahkemelerinin münhasır yargı yetkisi bulunduğu ileri sürülmüştür. Yatırım hukuku ve yatırımcı-devlet uyumsuzluk sistemi, kamu yararı gözetken bu ilkeyi aşacak şekilde kullanılmamalıdır. Bu görüşe göre, bir hakkın varlığı çekişmeli ise bu durum, yatırım hakem heyetleri tarafından uygulanabilir bir mesele olarak algılanmamalıdır. Bir hakkın varlığına ilişkin değerlendirmeler, geçerli hakların uygulanmasından ayırt edilmelidir. Örneğin, hakların kullanımını yasaklayan veya koşullar getiren devlet önlemleri yatırım tahkimine konu edilebilir. Ancak hakem heyetleri, özellikle TRIPS Anlaşması’nın dâhil olduğu durumlarda,

⁴³⁷ International Law Association, Guidelines on Intellectual Property and Private International Law, Draft of 25 September 2015, https://www.ip.mpg.de/fileadmin/IP/pdf3/ILA_Guidelines-16Oct2015.pdf (erişim tarihi: 14.02.2021).

⁴³⁸ International Law Association, Guidelines on Intellectual Property and Private International Law, Draft of 25 September 2015.

devletlerin üstlendikleri yükümlülükleri genişletecek şekilde yorum geliştirerek kendilerini uluslarüstü bir hukuki platform olarak yükseltmekten çekinmelidirler⁴³⁹.

Türk hukukunda, 2007 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK), fikri mülkiyete uygulanacak uluslararası özel hukuk kuralını hüküm altına almıştır. MÖHUK m. 23(1) hükmü uyarınca, “Fikrî mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tâbidir”. Buna göre hangi ülkenin hukukuna göre koruma istenilmişse, fikri mülkiyete ilişkin haklar o ülkenin hukukuna tabi olacaktır. Bu suretle, Türk hukukunda fikri mülkiyete ilişkin haklarda, koruma ülkesi hukuku (*lex loci protectionis*) ilkesinin kabul edildiği anlaşılmaktadır⁴⁴⁰. Bu düzenleme ülkesellik ilkesi ile uyum içindedir.

Türk tahkim mevzuatında, patent uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine dair özel bir düzenleme yer almamaktadır. Tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı durumlarda ve Milletlerarası Tahkim Kanunu açısından iki tarafın iradesine tabi olmayan uyuşmazlıklarda tahkim anlaşması yapılamaz. Türk hukukunda patentin hükümsüzlüğüne dair uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda birtakım engeller öne sürülmüştür⁴⁴¹. Bu engellerden biri kamu düzenidir. Patent hakkı bakımından tescil işleminin kurucu etkisi bulunmakta ve patentin verilmesinde kamusal bir otorite devreye girmektedir. Bunun yanı sıra, patentin hükümsüzlüğü veya geçersizliği, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu değildir. Patent hükümsüzlüğüne ilişkin uyuşmazlıkların kamu düzenini

⁴³⁹ **Correa**, Redefining, s. 135.

⁴⁴⁰ **Tekinalp**, s. 49.

⁴⁴¹ **Armağan Ebru Bozkurt Yüksel**, Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları Milletlerarası Tahkim ve Devlet Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 183.

ilgilendirmesi nedeniyle tahkime elverişli olmadığı değerlendirilmektedir⁴⁴². Ayrıca tahkimde, üçüncü kişilerin çıkarlarının yeteri kadar temsil edilememesine dair kaygılar mevcuttur. Türk hukuk doktrinde patentin hükümsüzlüğüne dair uyuşmazlıklar hakkında mahkemelerin münhasır yargı yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁴³.

Yatırımcı tarafından yapılan fikri mülkiyet başvurusunun reddedilmesinin veya bir fikri mülkiyet hakkının ev sahibi devlet mahkemeleri tarafından geçersiz veya hükümsüz kılınmasının yatırım anlaşmasının ihlalini oluşturacağı iddia edilebilir ise de, bu hakları yaratanın, ev sahibi devletin iç hukuku olduğu unutulmamalıdır. Bu anlamda, yatırım tahkimi tarafından yapılan yargılama, yerel fikri mülkiyet yasalarının uygulanmasının denetlenmesine kadar genişletilemez. Bu itibarla yatırım hukuku, fikri mülkiyet haklarının devlet müdahalelerine tabi olduğu, oldukça dar meselelere karşı koruma sağlamaktadır⁴⁴⁴.

Fikri mülkiyetin ülkesellik özelliğinden kaynaklanan birtakım meseleler bulunmakla birlikte, iki taraflı yatırım anlaşmalarında fikri mülkiyeti kabul edici bir yaklaşım benimsenmektedir. Yatırım anlaşmalarında benimsenen bu eğilim uyarınca, fikri mülkiyet hakları yatırım için gerekli olan genel koşulları sağladıkları takdirde yatırım olarak kabul edilmektedir. Aynı şekilde, ICSID Konvansiyonu 25. maddesini yorumlayan tahkim yargılamaları da fikri mülkiyet haklarının Konvansiyonun anladığı şekilde yatırım kavramına dâhil edilmesinde bir engel görmemektedir⁴⁴⁵.

⁴⁴² **Bozkurt Yüksel**, s. 184.

⁴⁴³ **Bozkurt Yüksel**, s. 193.

⁴⁴⁴ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 503.

⁴⁴⁵ **Vanhonnaecker**, s. 33.

Diğer bir kısım mesele, uluslararası yatırım hukukunun koruma standartlarının fikri mülkiyet yatırımlarına ne şekilde uygulanacağı ve fikri mülkiyetin kendine özgü yapısının bu koruma standartlarına nasıl etki edeceği ile ilgilidir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA KORUMA STANDARTLARI VE FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU

Yatırım ve yatırımcının korunması amacıyla iki taraflı yatırım anlaşmaları, ev sahibi devletin uymakla yükümlü olduğu bazı temel davranış ilkelerine yer vermektedir⁴⁴⁶. Bunlar genel itibariyle, milli muamele, en çok gözetilen ulus, adil ve eşit muamele standartları ile kamulaştırma olarak sayılabilir. Son dönemdeki fikri mülkiyet ile ilgili davalarda, davacılar fikri mülkiyet haklarını korumak için iddialarını adil ve eşit muamele ile kamulaştırma standartlarına dayandırmışlardır. Philip Morris v Uruguay⁴⁴⁷ davasında davacı, ev sahibi ülkenin kendi mevzuatını değiştirme yetkisine sahip olduğunu ancak, bu değişikliklerin yatırımcının meşru beklentilerine uygun şekilde, adil ve eşit uygulanması gerektiğini öne sürmüştür. Aynı biçimde, Eli Lilly v Kanada⁴⁴⁸ davasında davacı, yatırım iddialarını adil ve eşit muamele ve kamulaştırma üzerine kurmuştur. Davacı, yerel mahkeme tarafından verilen patent geçersizliği kararının, yatırımcının meşru beklentilerini ve ev sahibi devletin keyfi, haksız ve ayrımcı davranışlardan uzak durma yükümlülüğünü ihlal ettiğini öne sürmüştür.

Fikri mülkiyet bağlantılı yatırım uyuşmazlıklarındaki en önemli koruma

⁴⁴⁶ **Esen Akıntürk, Pınar Baklacı**, “İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi: Prof. Dr. Reha Poroy’un Anısına Armağan, Cilt. 25, Sayı. 4, Aralık 2009, s. 497.

⁴⁴⁷ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016).

⁴⁴⁸ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), <https://www.italaw.com/cases/1625> (erişim tarihi: 06.02.2021).

standartlarının adil ve eşit muamele ile kamulaştırma olduğu anlaşılmaktadır⁴⁴⁹. Adil ve eşit muamele ilkesinin tanımı ve kapsamı oldukça muğlak ve tartışmalıdır. Bu belirsizlik, ev sahibi ülkeleri, fahiş tazminatlar talep eden çokuluslu şirketlerin tacizine maruz kalma tehlikesiyle karşı karşıya getirmektedir⁴⁵⁰.

Fikri mülkiyet yatırım iddialarının dayanağı olan dolaylı kamulaştırma kavramı da oldukça tartışmalı ve muğlaktır. Dolaylı kamulaştırma ile hukuki bir düzenleyici tedbir arasındaki sınırın çizilmesi kolay değildir. Özellikle, dolaylı kamulaştırmanın fikri mülkiyet hakları ile kesiştiği noktada mesele daha karmaşık ve sorunlu hale gelmektedir. Bu karmaşıklık dikkate alındığında, yatırımcının fikri mülkiyet haklarını etkileyen hükümet önlemlerine karşı, artan kamulaştırma iddialarının, yatırım ile fikri mülkiyet ilişkisinde en tartışmalı mesele olarak telakki edilmesi şaşırtıcı değildir⁴⁵¹.

Bu bölümde, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde fikri mülkiyet ile ilgili yatırım iddialarının temelini oluşturan yatırım koruma standartları, yatırım anlaşmalarındaki düzenlenme şekilleri ve çeşitli tahkim kararları doğrultusunda tartışılacaktır.

⁴⁴⁹ **Banu Fatma Günarslan**, “The Impact of Enforcing Intellectual Property Rights Via Investor-State Arbitration on State Sovereignty”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, City Law School, City, University of London, 2019, s. 11.

⁴⁵⁰ **Michaela Brett Samuel Halpern**, “The Great Battle of Intellectual Property versus State Sovereignty: Is Philip Morris v Uruguay a Good Referee? (Part I)” Kluwer Arbitration Blog, 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/29/great-battle-intellectual-property-versus-state-sovereignty-philip-morris-v-uruguay-good-referee-part/> (erişim tarihi: 10.07.2019).

⁴⁵¹ **Mercurio**, *Awakening*, s. 904.

I. MİLLİ MUAMELE STANDARDI

A. Uluslararası Yatırım Hukukunda Milli Muamele Standardı

Milli muamele ilkesi, ev sahibi devlete, yabancı yatırımcıları milliyet temelinde hukuki veya fiili ayrımcılığa karşı koruma yükümlülüğü yükler. Bu ilke, ev sahibi devletin bir yabancı yatırıma veya yatırımcıya kendi vatandaşları olan yatırımcılara veya onların yatırımlarına davrandığından daha kötü davranmamasını gerektirmektedir. Yüksek koruyucu özelliği nedeniyle milli muamele standardı, uluslararası yatırım anlaşmalarındaki en önemli standart olarak tarif edilmektedir. Aynı zamanda ekonomik ve politik hassas konulara temas etmesi nedeniyle de belki de ulaşılması en zor standarttır⁴⁵².

Uluslararası yatırım anlaşmalarında bu ilke genel itibariyle, ev sahibi devlete yabancı yatırımcılar ve onların yatırımlarına, kendi vatandaşları olan yatırımcılara ve yatırımlarına uyguladığı muameleyi gösterme yükümlülüğü yükler⁴⁵³. UNCTAD bu bakımdan milli muamele standardının doğası gereği göreceli olduğunu ifade etmiştir. Buna göre milli muamele standardının en temel özelliklerinden biri göreceli olmasıdır. Bu standart yabancı ve yerli yatırımcılara uygulanan işlemler arasında karşılaştırma yapmayı öngördüğünden bu durum, belirli ve mutlak işlem prensiplerine göre değil, ev

⁴⁵² **Vanhonnaeker**, s. 79.

⁴⁵³ **Gibson**, Latent Grounds, s. 443; **Akıntürk, Baklacı**, s. 498-499; **Rumeysa Partalcı**, “Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen ‘Adil Ve Eşit Davranma Yükümlülüğü’ ”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt. 36, Sayı. 2, İstanbul 2017, s. 138.

sahibi ülkenin kendi yatırımcılarına sunduğu işleme bağlı olarak karar vermeyi gerektirmektedir⁴⁵⁴.

Milli muamele hükümleri tipik olarak şu şekilde hüküm altına alınmaktadır:

“Her bir taraf diğer tarafın yatırımcılarına, kendi vatandaşı olan yatırımcılara tanıdığından daha az ayrıcalıklı imkân tanımayacaktır.”⁴⁵⁵

Bu şekilde kaleme alınan hükümler, milli muamele standardının göreceli veya koşullu yapısını ortaya koymaktadır. Bu durum aynı zamanda bu ilkenin zayıf tarafıdır⁴⁵⁶. Zira teorik olarak ev sahibi devlet kendi vatandaşına kötü muamelede bulunuyorsa milli muamele yükümlülükleri yabancılara bir koruma sağlayamaz. Çoğu zaman milli muamele hükümleri yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılarla eşit koşullarda piyasaya girmelerini sağlayarak yatırımcılar için olumlu bir durum oluşturmaktadır. Ancak ev sahibi devletin kendi vatandaşı olan yatırımcılar sınırlı haklara sahip oldukları takdirde, bu ilke, yabancı yatırımcıların haklarının da sınırlandırılmasına neden olabilir⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ UNCTAD, National treatment, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV) (1999), s. 7, <https://unctad.org/system/files/official-document/psiteiid11v4.en.pdf> (erişim tarihi: 28.02.2021).

⁴⁵⁵ Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2012, art. 3(1).

⁴⁵⁶ Vanhonnaeker, s. 80-81.

⁴⁵⁷ Andrea K. Bjorklund, “National Treatment”, Standards of Investment Protection, (Ed. August Reinisch), Oxford University Press, 2008, s. 32.

Dahası milli muamele standardı ile sağlanan koruma nadiren mutlaktır. Diğer bir anlatımla, bazı iki taraflı yatırım anlaşmaları ya milli muamele hükmü içerisinde ya da genel bir istisna maddesi içinde, örneğin kamu sağlığı, kamu ahlakı veya ulusal güvenlik gibi nedenlerle milli muamele standardına istisna getirilebileceğini düzenlemektedir⁴⁵⁸.

Hükümetlerin yerli firmalar lehine düzenleme yapma konusunda istekli olabilecekleri düşünüldüğünden, bu ilkenin altında yatan fikir, yabancı yatırımcıları milliyetçilik temelinde ayrımcılığa karşı korumaktır. S.D. Myers, Inc. v Kanada davasında bir düzenlemenin milli muamele kuralına aykırı olup olmadığının tespitinde faydalı olabilecek bir kısım faktörler belirtilmiştir⁴⁵⁹. Buna göre;

“-düzenlemenin pratik etkisinin vatandaş olmayanlara göre vatandaşlar lehine orantısız bir fayda yaratıp yaratmadığı;

-düzenlemenin ilgili anlaşmada korunan vatandaş olmayanlara nazaran kendi vatandaşları lehine görünüp görünmediği değerlendirilmelidir”

Niyet önemli bir element olmasına rağmen, düzenleme olumsuz bir etki oluşturmuyorsa, kendi başına bir ihlale neden olmayacaktır⁴⁶⁰.

Milli muamele ilkesi genellikle belli özelliklere veya istisnalara tabidir. Bu standart normalde, yabancı ve yerli yatırımcıların aynı veya benzer durumlarda

⁴⁵⁸ Genel istisna maddesine örnek olarak bkz. Kanada Model FIPA 10. Maddesi.

⁴⁵⁹ S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL partial award (13.11.2000), para. 252.

⁴⁶⁰ S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL partial award (13.11.2000), para. 252.

bulunmaları halinde uygulanır⁴⁶¹. Milli muamele standardı ile ilgili düşünülmesi gereken meseleler arasında “iki girişimin aynı sektörde olup olmadığı; ev sahibi ülkenin belirli alanlardaki politik amaçlarının etkisi ve düzenlemenin altında yatan motivasyon” yer almaktadır⁴⁶².

B. Fikri Mülkiyet Hakları ile İlgili Anlaşmalarda Milli Muamele Standardı

Yatırımın tarafsızlığının kalbi olan milli muamele standardı, liberal ekonomik teoremin temel unsurlarından biri olarak tarif edilmekle uluslararası yatırım hukukunun temel bir bileşenidir. Bu ilke ayrıca fikri mülkiyet hakları ile ilgili uluslararası anlaşmalarda ve ulusal mevzuatlarda standart bir özellik olmuştur⁴⁶³. Milli muamele ilkesi yalnızca yatırım anlaşmalarında değil, Bern, Paris ve TRIPS Anlaşması gibi uluslararası fikri mülkiyet anlaşmalarında da yer alan genel bir terimdir⁴⁶⁴.

Uluslararası fikri mülkiyet hukukunda milli muamele ilkesi ilk olarak Paris Konvansiyonu’nda karşımıza çıkmaktadır. Konvansiyonun 2. maddesi uyarınca;

“Birlik üyesi ülkelerden birinin vatandaşları, sınai hakların korunmasıyla ilgili hususlarda, diğer Birlik ülkelerinin kanunlarınca kendi vatandaşlarına tanınan veya bundan sonra tanıyabileceği bütün menfaatlerden bu sözleşme ile özel olarak sağlanmış olan haklara halel gelmemesi kaydıyla yararlanacaktır. Sonuç olarak, bu kişiler haklarına herhangi bir şekilde tecavüz edilmesine karşı, o ülke vatandaşlarına yüklenen

⁴⁶¹ **Gibson**, Latent Grounds, s. 444.

⁴⁶² UNCTAD, National treatment, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV) (1999), s. 33.

⁴⁶³ **Correa**, Investment Protection, s. 341.

⁴⁶⁴ **Gibson**, Latent Grounds, s. 443.

kural ve işlemlere uymak şartıyla, onların sahip olduğu aynı koruma ve kanuni yollardan yararlanacaktır.”

Milli muamele standardının fikri mülkiyet anlaşmalarında temel bir prensip olarak kabul edilmesi Bern Konvansiyonu, Roma Konvansiyonu, Washington Anlaşması ve TRIPS Anlaşması ile tasdik edilmiştir. TRIPS Anlaşması’nın 3. maddesi uyarınca;

“Her Üye, Paris Sözleşmesi, Bern Sözleşmesi, Roma Sözleşmesi veya Entegre Devrelere İlişkin Fikri Mülkiyet Anlaşmasında mevcut istisnalar hariç olmak üzere, fikri hakların korunması hususunda diğer üyelerin vatandaşlarına, kendi vatandaşlarına tanıdığı avantajlardan daha az avantajlı muamele yapmayacaktır. Fonogramların icracıları ve yapımcıları ile yayın kuruluşlarına ilişkin olarak, bu yükümlülük sadece bu Anlaşma ile tanınan haklar için geçerlidir. Bern Sözleşmesi’nin 6. maddesinde veya Roma Sözleşmesi’nin 16. maddesinin 1 (b) paragrafında tanınan imkânlardan yararlanan Üyelerin, söz konusu hükümlerinde öngörüldüğü şekilde ‘TRIPS’ Konseyi’ne bildirimde bulunmaları gerekir.”

Uluslararası yatırım anlaşmalarında olduğu gibi fikri mülkiyet anlaşmalarında da milli muamele standardına ilişkin bir kısım istisnalara yer verilmektedir. Örneğin TRIPS Anlaşması’nda fonogramların icracıları ve yapımcıları ile yayın kuruluşlarına ilişkin olarak bu standardın sadece TRIPS Anlaşması ile tanınan haklar için geçerli olacağı ifade edilmiştir. Bu hükme göre, iç hukuk veya diğer uluslararası anlaşmalarla düzenlenen haklarla ilgili olarak milli muamele ilkesi uygulanmayacaktır⁴⁶⁵.

Milli muamele ilkesinin TRIPS Anlaşması’nda kabul edilmesi bir kısım istisnalara tabi tutulmuştur. Fikri mülkiyetle ilgili milli muamele ilkesine getirilen

⁴⁶⁵ Vanhonnaecker, s. 84.

istisnanın TRIPS Anlaşması'nda belirtildiği ancak uygulanan yatırım anlaşmasında belirtilmediği takdirde, yatırım anlaşmasında ifade edilen milli muamele ilkesinin istisnasız bir şekilde uygulanıp uygulanmayacağı belirsizdir. Bu alanda istikrar sağlanması, TRIPS Anlaşması'ndaki milli muamele istisnalarına uluslararası yatırım anlaşmalarında da yer verilmesiyle mümkün olacaktır⁴⁶⁶.

Milli muamele ilkesi uluslararası yatırım anlaşmalarındaki en önemli ilkelerden biri olarak kabul edilmektedir. Ancak hassas ekonomik ve politik meseleler nedeniyle ev sahibi devletlerin bu standardı uygulamakta başarılı olması kolay olmamaktadır. Aynı zamanda yerli ve yabancı yatırımcıların içinde bulundukları durumlar her zaman aynı olmadığından ihlalin ispatlanması da zordur. Yatırımcının fikri mülkiyeti yönünden devlet bu haklarla ilgili olarak, aynı durumdaki yerli bir firmanın fikri mülkiyet hakları ile benzer olmayacak şekilde bir muamelede bulunuyorsa, ihlal gerçekleşebilir. Örneğin ev sahibi devlet, yerli markaların taklitçiliğine ilişkin suçların soruşturmasını titizlikle yürütürken, yabancı yatırımcılara ait markalar için aynı titizliği göstermiyorsa bu farklı muamele, milli muamele ilkesine aykırılık iddiası yaratabilir⁴⁶⁷.

Yatırım tahkimi, yerli ve yabancı girişimlerin 'benzer koşullarda' bulunup bulunmadığını ve yabancı yatırımcıya karşı ev sahibi devletin muamelesinin farklı olup olmadığını değerlendirecektir. Yabancı yatırımcıya, milliyetçilik dışında, farklı davranılmasını gerektiren bir neden ortaya konulmadığı takdirde, bu durum, iddia için yeterli bir gerekçe oluşturabilecektir⁴⁶⁸.

Fikri mülkiyet yatırımlarında milli muamele ilkesiyle ilgili bir diğer husus, ev sahibi devlet yetkililerince yabancı yatırımcıya fikri mülkiyet hakkı verilmemiş olması

⁴⁶⁶ **Gibson**, Latent Grounds, s. 445.

⁴⁶⁷ **Gibson**, Latent Grounds, s. 446.

⁴⁶⁸ **Gibson**, Latent Grounds, s. 446-47.

halinde bu ilkeye aykırılık iddiasının özellikle zorluk arz edeceğidir. Örneğin, bir devletin patent veya marka yetkililerinin yabancı yatırımcının fikri mülkiyet başvurusunu reddederken yerli şirkete iyilik yapma niyetinde olduğunu ispat etmek güçtür. Ayrıca yabancı yatırımcının patent veya marka gibi fikri mülkiyet hakkı başvurusu ile karşılaştırılabilecek şekilde ‘benzer koşullarda’ yerli bir başvuru bulunmayabilir. Dahası, devlet tarafından hak tanınmadan önce, başvuru aşamasındaki fikri mülkiyetin yatırım hukuku korumasına konu bir yatırım oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır⁴⁶⁹. Uluslararası yatırım anlaşmalarının büyük çoğunluğunda yabancı yatırımların kuruluş öncesi dönemi için bağlayıcı hükümler yer almamaktadır⁴⁷⁰. Bu anlaşmalar kuruluş öncesi dönemi de korumuş olsalardı, bu koruma, fikri mülkiyet haklarının elde edilmesiyle ilgili milli muamele iddiasına uluslararası yatırım anlaşması kapsamında yasal bir dayanak sağlayabilirdi⁴⁷¹. TRIPS Anlaşması’nın 3. maddesinde tanımlanan milli muamele ilkesinin koruma kapsamına ise fikri mülkiyet haklarının kazanılması da girmektedir. Yatırım anlaşmalarında kuruluş öncesi dönemin hariç tutulması, fikri mülkiyet hakkı başvurularına ilişkin milli muamele iddiasının yalnızca DTÖ’de ileri sürülebilmesine neden olabilir⁴⁷².

Bütün bu hususlar birlikte dikkate alındığında, milli muamele standardının yatırım olarak fikri mülkiyet haklarına uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Hatta özel bir istisna öngörülmediği takdirde, ilgili yatırım anlaşmasındaki milli muamele hükmü

⁴⁶⁹ **Gibson**, Latent Grounds, s. 446-47.

⁴⁷⁰ UNCTAD, National treatment, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV) (1999), s. 18.

⁴⁷¹ **Lahra Liberti**, “Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Overview,” Transnational Dispute Management, Vol. 2, 2009, s. 9-10.

⁴⁷² **Gibson**, Latent Grounds, s. 447.

ayrımcılığa karşı kuruluş öncesi koruma sağlıyorsa fikri mülkiyet haklarının kazanılması ile ilgili olarak da bu ilkenin uygulanabileceği ileri sürülmektedir⁴⁷³.

II. EN ÇOK GÖZETİLEN ULUS MUAMELESİ STANDARDI

A. Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi Standardı

Milli muamele standardı ile benzer şekilde en çok gözetilen ulus muamelesi standardı da görecelidir. Bu ilke, karşılaştırma standardını uluslararası seviyeye çıkarması nedeniyle milli muamele ilkesinden ayrılmaktadır. En çok gözetilen ulus muamelesi ilkesi, bir devletin yararlanıcı devlete veya o devletle belli bir ilişki içerisinde olan kişi veya şeylere; üçüncü bir devlete veya onunla aynı ilişki içinde olan kişi veya şeylere davrandığından daha az ayrıcalıklı davranmamasını gerektirir⁴⁷⁴. Diğer bir anlatımla en çok gözetilen ulus standardı, tarafların birbirlerine ve vatandaşlarına, üçüncü bir devlete ve vatandaşlarına uyguladıkları muameleden daha az elverişli olmayacak şekilde davranmalarını sağlar⁴⁷⁵.

En çok gözetilen ulus muamelesi hükümleri üç temel unsur ihtiva etmektedir. Bunlar; bir yararlanıcı, bir karşılaştırmacı ve denklik yükümlülüğüdür. Bu hükümler de diğer koruma standartlarında olduğu gibi istisnalar içermektedir⁴⁷⁶.

⁴⁷³ Vanhonnaeker, s. 85.

⁴⁷⁴ Vanhonnaeker, s. 87.

⁴⁷⁵ Akıntürk, Baklacı, s. 499-500; Ayşe Yasemin Aydoğmuş, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt. 29, 2009, s. 22.

⁴⁷⁶ Vanhonnaeker, s. 87.

En çok gözetilen ulus muamelesi hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili temel mesele, uyuşmazlık çözümü gibi usul kurallarına ve yabancı yatırım veya yabancı yatırımcı gibi tanımlamalara uygulanıp uygulanmayacağıdır. Dolayısıyla en çok gözetilen ulus hükmünün konusunu oluşturan şeylerin tarifi oldukça önem arz etmektedir. Bu bakımdan aynı türden olma (*ejusdem generis*) prensibi, en çok gözetilen ulus muamelesi ilkesinin temelini oluşturmaktadır. Bu ilke uyarınca, genel ifadeler belli sınıfların, kişilerin veya şeylerin listesini takip ediyorsa, bu genel ifadeler listede sayılanlarla aynı genel yapı veya türdeki kişi veya şeylere uygulanacak şekilde yorumlanmalıdır⁴⁷⁷.

En çok gözetilen ulus muamelesi kuralının önemi, sadece taraflar arasındaki hak ve yükümlülükleri değil, sözleşmenin tarafları ile başka bir devlet arasındaki farklı anlaşmalardan doğan hak ve yükümlülükleri de içermesinden kaynaklanmaktadır⁴⁷⁸.

Uluslararası yatırım hukukundaki diğer koruma standartlarına benzer şekilde, uluslararası yatırım anlaşmalarında en çok gözetilen ulus muamelesi ilkesinin farklı versiyonları bulunabilir. En çok gözetilen ulus muamelesi ilkesinin düzenlenmesi esas olarak üç şekilde farklılık gösterebilir. Bunlar, en çok gözetilen ulus muamelesi hükmünün konusunun kapsamı, esasa ilişkin kapsamı ve istisnaların düzenlenme şeklidir⁴⁷⁹.

Konunun kapsamına ilişkin olarak en çok gözetilen ulus muamelesi hükümleri yatırımı, yatırımcıyı veya her ikisini hedefleyebilir. Bu hükmü yatırım veya

⁴⁷⁷ Vanhonnaeker, s. 88.

⁴⁷⁸ Vanhonnaeker, s. 88.

⁴⁷⁹ Vanhonnaeker, s. 90.

yatırımcıdan birisi ile sınırlamak, yatırım ve yatırımcı doğrudan bağlantılı olsalar dahi farklı kavramlar olduklarından farklı sonuçlar doğuracaktır⁴⁸⁰.

En çok gözetilen ulus muamelesi hükmünün esasa ilişkin kapsamı ile ilgili olarak, iki tarafın yatırım anlaşmalarının büyük çoğunluğu kuruluş öncesine dair bağlayıcı kurallar içermeyip yalnızca yatırım yapıldıktan sonra uygulanabilmektedir⁴⁸¹. Fakat bu ilkenin, özellikle Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri iki taraflı yatırım anlaşmalarında⁴⁸², kuruluş öncesi ve sonrasını kapsayacak şekilde genişletildiğine dair bir eğilim gözlenmektedir. Örneğin, geniş olarak kaleme alınmış en çok gözetilen ulus hükmüne İspanya-Arjantin iki taraflı yatırım anlaşması IV(2) maddesinde rastlanmaktadır⁴⁸³. Buna göre;

“Bu anlaşmanın konusunu oluşturan bütün meselelerde anlaşma, her bir tarafın, üçüncü bir ülkenin yatırımcıları tarafından, ülkelerinde yapılan yatırımlara sunduğundan daha az ayrıcalıklı olamaz.”

Bazı uluslararası yatırım anlaşmaları, en çok gözetilen ulus muamelesi ilkesini özel bir hükümle düzenlemekte ve kapsamını ilgili maddenin konusu ile sınırlamaktadır. Örneğin, Barbados-Almanya iki taraflı yatırım anlaşmasının 4(4) maddesine göre;

⁴⁸⁰ **Vanhonnaeker**, s. 90.

⁴⁸¹ **Correa**, Investment Protection, s. 343.

⁴⁸² 2012 US Model BIT, Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2012.

⁴⁸³ Acuerdo para la Promocion y la Proteccion Reciproca de Inversiones entre el Reino de España y la Republica Argentina, signed 3 October 1991, entered into force 28 September 1992, <http://www.italaw.com/> (erişim tarihi: 28.02.2021).

“Her bir tarafın vatandaşları ve şirketleri, bu maddede öngörülen konular yönünden, diğer tarafın ülkesinde en çok gözetilen ulus muamelesi ilkesinden yararlanacaktır.”⁴⁸⁴

Ayrıca, bazı uluslararası yatırım anlaşmaları en çok gözetilen ulus muamelesi ilkesinin, uyuşmazlık çözümü gibi yatırımcı-devlet ilişkilerinin belli yönlerine uygulanmasını gerektirebilir. Böylece, bu ilkenin adalet yönetimine uygulanıp uygulanmayacağına dair belirsizliğin önüne geçilebilir. Bu tarz düzenlemelere Birleşik Krallık iki taraflı yatırım anlaşmalarında rastlanabilmektedir. Birleşik Krallık-Arnavutluk iki taraflı yatırım anlaşmasının 3(3) maddesi uyarınca;

“Şüpheyi mahal vermemek için, teyit edilmektedir ki, yukarıdaki (1) ve (2) numaralı paragraflarda öngörülen ilke bu anlaşmanın 1’den 11’e kadar olan hükümlerine uygulanacaktır”⁴⁸⁵

Açıklık konusundaki benzer endişelerle bazı devletler en çok gözetilen ulus hükmünün uygulanmasından hariç tutulacak hususları anlaşmada açıkça belirtmeyi tercih etmeye başlamışlardır. Bu hükmün terminolojisinin değişkenliği yönünden diğer bir husus istisnaların kaleme alınış şekli ile ilgilidir.

⁴⁸⁴ Agreement between Barbados and the Federal Republic of Germany, signed 2 December 1994, entered into force 11 May 2002, <http://www.italaw.com/> (erişim tarihi: 28.02.2021).

⁴⁸⁵ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Albania for the Promotion and Protection of Investments, signed 30 March 1994, entered into force 30 August 1995, <http://www.italaw.com/> (erişim tarihi: 28.02.2021).

En çok gözetilen ulus muamelesi ilkesinin kapsamının düzenlenme şeklinde olduğu gibi, ilkenin istisnaları da özel veya genel şekilde düzenlenebilir. Örneğin, 2004 Kanada model iki taraflı yatırım anlaşması uyarınca;

“1. Madde 4 (en çok gözetilen ulus hükmü), bu anlaşmanın yürürlüğe giriş tarihinden önce imzalanan veya yürürlüğe giren tüm iki taraflı veya çok taraflı uluslararası anlaşmalarda öngörülen işlemlere uygulanmayacaktır.

2. Madde 4, bir tarafın herhangi bir mevcut veya gelecekteki iki taraflı veya çok taraflı anlaşma uyarınca yapılan (aşağıdaki) işleme uygulanmaz:

(a) Serbest ticaret alanı veya gümrük birliğinin kurulması, kuvvetlendirilmesi veya genişletilmesi;

(b) (i) havacılık

(ii) balıkçılık

(iii) kurtarma dâhil denizcilik meseleleri

3. Daha fazla kesinlik için, madde 4, ekonomik gelişmeyi teşvik etmek amacıyla, iki taraflı anlaşma veya İhraç Kredileri Hakkında OECD Anlaşması gibi çok taraflı sözleşme veya anlaşma uyarınca, güncel veya gelecekteki yabancı yardım programına uygulanmayacaktır.”⁴⁸⁶

⁴⁸⁶ Canadian Model FIPA (Agreement Between Canada and -----

for the Promotion and Protection of Investments), Annex III-Exceptions from Most-Favoured-Nation Treatment, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2820/download> (erişim tarihi: 28.02.2021).

Bazı uluslararası yatırım anlaşmaları ise belli anlaşma veya belli düzenleyici alanları hedefleyen özel istisnalar öngörmektedir. Örneğin Almanya-Guyana iki taraflı yatırım anlaşmasının 3(3),(4) maddesi gereğince;

“(3)Bu muamele (en çok gözetilen ulus muamelesi) taraflardan birinin; üçüncü devletlerin vatandaşlarına veya şirketlerine, aşağıda belirtilenlere üyeliği veya ilgisi nedeniyle sağladığı ayrıcalıklarla ilgili olmayacaktır:

a) gümrük veya ekonomik birlik, genel piyasa veya serbest ticaret alanı

b) benzer amaçları olan diğer bölgesel ekonomik işbirliği anlaşmaları

(4) Bu madde altında düzenlenen muamele, taraflardan birinin, çift vergilendirme anlaşması veya vergilendirme konularıyla ilgili diğer anlaşmalar nedeniyle üçüncü devletlerin vatandaşlarına veya şirketlerine sağladığı avantajlarla ilgili olmayacaktır.”⁴⁸⁷

Benzer şekilde Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA) Devletleri-Singapur Anlaşmasında öngörüldüğü üzere;

“2. Bir taraf, bir serbest ticaret anlaşması, gümrük birliği veya yatırımlara önemli ölçüde serbestlik sağlayan benzer anlaşmalar nedeniyle başka bir devletin yatırımcılarına veya onların yatırımlarına daha ayrıcalıklı muamele sağlarsa, bu muameleyi diğer tarafın yatırımcılarına veya onların yatırımlarına sağlamak zorunda

⁴⁸⁷ Treaty between the Federal Republic of Germany and the Co-operative Republic of Guyana concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, signed 6 December 1989, entered into force 8 March 1994, <http://www.italaw.com/> (erişim tarihi: 28.02.2021).

olmayacaktır. Ancak diğer tarafın talebi üzerine orada verilen menfaatlerin müzakere edilmesi için yeterli ölçüde imkân sağlayacaktır.”⁴⁸⁸

8 Ekim 1989 tarih ve 20306 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Belçika - Lüksemburg Ekonomik Birliği Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması’nın ‘Yatırımların Korunması’ başlıklı 3. maddesinin 3. paragrafında en çok gözetilen ulus hükmü düzenlenmiştir. İlgili maddenin 4. paragrafında istisnalara yer verilmiştir. Buna göre;

“3. Yukarıda 1. ve 2. paragraflarda atıfta bulunulan muamele ve koruma, en azından her bir Akit Tarafça en ziyade müsaadeye mazhar bir devletin vatandaşları ve şirketlerine tanınan imtiyazlara eşit olacaktır.

4. Yukarıda paragraf 3’de değinilen muamele ve koruma bir Akit Tarafın, Ortak Pazar, Gümrük Birliği, Serbest Ticaret Bölgesi gibi bir ekonomik gruplaşmanın üyesi olması dolayısıyla bu grup üyelerine tanıdığı imtiyazların diğer Akit Tarafa da teşmil edileceği şeklinde yorumlanamaz”⁴⁸⁹.

En çok gözetilen ulus muamelesi hükümlerinin kapsamının açıklığını sağlamak için gözle görünür biçimde istek ve eğilim bulunsa da bu ilkenin uygulanması ile ilgili çözülmemiş meseleler de varlığını sürdürmektedir⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ Agreement between the EFTA States and Singapore, signed 26 June 2002, entered into force 1 January 2003, <http://www.efta.int/> (erişim tarihi: 28.02.2021), art. 40(2).

⁴⁸⁹ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Belçika - Lüksemburg Ekonomik Birliği Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20306.pdf> (erişim tarihi: 06.02.2021).

⁴⁹⁰ Vanhonnaecker, s. 95.

En çok gözetilen ulus muamelesi ilkesi Tecmed davasında tartışılan konulardan biridir. Bu davada, en çok gözetilen ulus standardının, taraf devletlerin özel rızaları ve müzakerelerinin sonucu olan hükümleri kapsayacak şekilde genişletilemeyeceğine karar verilmiştir⁴⁹¹. Maffezini davasında da benzer yönde karar verilmiştir. Buna göre;

“İlke olarak, hükmün yararlanıcısı, tarafların anlaşmanın kabulü için temel koşullar olarak tahayyül edebilecekleri kamu yararı mülahazalarını geçersiz kılamaz. Bu nedenle hükmün kapsamı, ilk bakışta anlaşıldığından daha dar olabilir.”⁴⁹² Bu yargılamada en çok gözetilen ulus standardının uygulanmamasına neden olabilecek durumlar belirtilmiştir. Buna göre;

“Öncelikle, eğer taraflardan biri, ICSID Konvansiyonu’nun izin verdiği şekilde, tahkime rızasını iç hukuk yollarının tüketilmesine bağlamışsa, bu gereklilik, söz konusu koşulu içermeyen bir üçüncü taraf anlaşması ile ilgili en çok gözetilen ulus hükmü ileri sürülerek atlanamaz, zira şart koşulan durum uluslararası hukukun temel bir kuralını yansıtmaktadır. İkinci olarak, eğer taraflar yerel mahkemelere veya uluslararası tahkime sunma arasında bir seçim ... yapılmasına karar vermişlerse, bu koşul bu hüküm ileri sürülerek atlanamaz. ... Üçüncü olarak, eğer anlaşma ICSID gibi özel bir tahkim forumu öngörüyorsa, bu seçenek, bu hüküm ileri sürülmek suretiyle başka bir tahkim sistemine işaret edilerek değiştirilemez. Son olarak, taraflar, kesin usul kuralları içeren, son derece kurumsal bir tahkim sistemi üzerinde anlaşmışlarsa... bu mekanizmaların

⁴⁹¹ Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), <https://www.italaw.com/cases/1087> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 69.

⁴⁹² Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, (25.01.2000), <https://www.italaw.com/cases/641> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 62.

hiçbiri bu hükmün uygulanmasıyla değiştirilemez, zira bu çok özel hükümler tarafların kesin isteğini yansıtmaktadır.”⁴⁹³

Görüldüğü üzere, en çok gözetilen ulus muamelesi ilkesinin uygulanmasıyla ilgili sorunlar genellikle bu hükmün adalet yönetimi gibi hükümleri kapsayacak şekilde genişletilip genişletilemeyeceği ile ilgilidir⁴⁹⁴.

31 Ocak 2020 tarih ve 31025 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Özbekistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma’nın ‘Yatırımlara Uygulanacak Muamele’ başlıklı 4. maddesinde milli muamele ve en çok gözetilen ulus muamelesi hükümlerine yer verilmiştir. Buna göre;

“1. Her bir Akit Taraf, kanun ve düzenlemeleri çerçevesinde, yatırımları, herhangi bir üçüncü ülke yatırımcılarının yatırımlarına benzer durumlarda uygulanandan daha az elverişli olmayacak şekilde, ülkesine kabul eder.

2. Her bir Akit Taraf, kurulmuş olan bu yatırımlara, bunların yönetilmesine, sürdürülmesine, kullanımına, işletilmesine, faydalanılmasına, genişletilmesine, satışına, tasfiyesine veya elden çıkarılmasına ilişkin olarak, kendi yatırımcılarının yatırımları ya da herhangi bir üçüncü ülkenin yatırımcılarının yatırımlarına benzer durumlarda uyguladığı muameleden hangisi en elverişli ise, bundan daha az elverişli olmayan bir muamelede bulunur.

3.(a) İşbu Maddenin hükümleri, bir Akit Tarafın tamamen ya da kısmen vergilendirmeye ilişkin herhangi bir uluslararası anlaşma veya düzenleme ile tanımlanmış

⁴⁹³ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, (25.01.2000), para. 63.

⁴⁹⁴ Vanhonnaecker, s. 96.

olduğu bir muameleyi, tercihi veya ayrıcalığı, diğer Akit Tarafın yatırımcılarına da sağlamakla yükümlü olduğu şeklinde yorumlanmaz.

(b) İş bu Anlaşmanın ayrımcılık yapmama, Ulusal Muamele ve En Çok Kayırılan Ulus Muamelesi hükümleri, Akit Taraflardan herhangi birinin, bir gümrük birliği, ekonomik birlik veya parasal birliğe, bir ortak pazara veya serbest ticaret bölgesine üyeliğinden veya bunlarla ortaklığından kaynaklanan ve Akit Tarafların Devletlerinin kendi vatandaşlarına ya da şirketlerine veya bu gibi bir birliğin, ortak pazarın ya da serbest ticaret bölgesinin kendi vatandaşları veya şirketlerine, bu tür bir birliğin üye devletlerinin vatandaşlarına veya şirketlerine veya herhangi bir üçüncü ülke vatandaşlarına veya şirketlerine tanıdığı tüm mevcut veya gelecekteki avantajlara uygulanmaz.

(c) İşbu Anlaşmanın En Çok Kayırılan Ulus Muamelesine ilişkin hükümleri Akit Taraflardan biri ile diğer Akit Taraf yatırımcıları arasındaki uyuşmazlık çözümlerine uygulanmaz.

(d) İşbu Anlaşmanın 3. ve 4. Maddelerinin hükümleri, Akit Tarafların hiçbirini toprak, gayrimenkul ve bunlar üzerindeki aynı hakların edinimi bakımından kendi yatırımcılarının yatırımlarına uyguladığı muamelenin aynısını diğer Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımlarına uygulamakla yükümlü kılmaz”⁴⁹⁵.

Ülkemizin taraf olduğu güncel yatırım anlaşmalarından biri olan Türkiye-Özbekistan arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasında, en çok gözetilen ulus hükmünün

⁴⁹⁵ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Özbekistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5847/download> (erişim tarihi: 27.08.2021).

ayrıntılı olarak kaleme alındığı görülmektedir. Özellikle istisna hükümlerinin detaylandırılması ve bu standardın uyuşmazlık çözümlerine uygulanamayacağına ilişkin hükme açıkça yer verilmesi, muhtemel sorunları bertaraf etmeye yardımcı olacaktır.

B. Fikri Mülkiyet Hakları ile İlgili Anlaşmalarda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi Standardı

Milli muamele standardının tersine, TRIPS Anlaşması öncesi fikri mülkiyetle ilgili uluslararası anlaşmalar en çok gözetilen ulus muamelesi ilkesini düzenlememekteydi. Bu standardın uluslararası fikri mülkiyet anlaşmalarına girişi TRIPS Anlaşması'nın 4. maddesiyle gerçekleşmiştir⁴⁹⁶. TRIPS Anlaşması 4. maddesi uyarınca;

“Fikri mülkiyetin korunmasına ilişkin olarak, bir Üye tarafından başka herhangi bir ülkenin vatandaşlarına tanınan her türlü avantaj, kayırma, ayrıcalık veya muafiyet, derhal ve şartsız olarak tüm diğer Üyelerin vatandaşlarına uygulanacaktır. Bu yükümlülüğten muaf tutulan ve bir Üye tarafından tanınan avantaj, kayırma, ayrıcalık veya muafiyetler aşağıda gösterilmiştir:

(a) Genel olarak adli yardım veya yasaların uygulamaya konulması hakkında uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan ve özel olarak fikri mülkiyetin korunmasıyla sınırlı olmayanlar;

(b) Bern Sözleşmesi veya Roma Sözleşmesinin, uygulanacak olan muameleye, ulusal bir muamele işlevi değil, başka bir ülkede uygulanan bir muamele işlevi kazandıran hükümlerine göre tanınanlar;

(c) Fonogramların icracıları ve yapımcıları ve yayın kuruluşlarının haklarına ilişkin olan ve bu Anlaşmada belirtilmemiş olanlar;

⁴⁹⁶ Vanhonnaecker, s. 96.

(d) Fikri mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin ve DTÖ Anlaşmasının yürürlüğe konmasından önce yürürlüğe girmiş uluslararası anlaşmalardan kaynaklananlar, ancak şu şartla ki bu anlaşmalar “TRIPS” Konseyi’ne bildirilmiş olmalı ve diğer Üyelerin vatandaşlarına karşı keyfi veya haksız bir ayrımcılık teşkil etmemelidir.”

Yatırım korumasına genel bir ana hat çizme gayesi bulunan uluslararası yatırım anlaşmalarındaki en çok gözetilen ulus hükmüne benzer şekilde, TRIPS Anlaşması’ndaki en çok gözetilen ulus hükmü, uluslararası olarak, eşit fikri mülkiyet hakkı yayma amacına hizmet etmektedir. Uluslararası yatırım anlaşmaları ve TRIPS Anlaşması kendi hukuk alanlarında genel bir zemin oluşturdıklarından, yatırım fikri mülkiyet formunda gerçekleştiğinde, bu iki anlaşma çakışmaktadır. Böyle bir durumda, hem uluslararası yatırım anlaşmasında hem TRIPS Anlaşması’nda öngörülen en çok gözetilen ulus hükümlerinin yabancı yatırımcının korunma seviyesini değiştirip değiştirmeyeceği sorusu gündeme gelmektedir⁴⁹⁷.

Uluslararası yatırım anlaşmasında sağlanan korumanın değişimi iki şekilde gerçekleşebilir: Bir taraftan, en çok gözetilen ulus standardı, fikri mülkiyet anlaşmalarında öngörülen asli hakların iki taraflı yatırım anlaşmalarına dâhil edilmesi için kullanılabilir. Diğer taraftan bu standart, taraflar arasında imzalanan anlaşmada yer alan, fakat üçüncü taraflarla imzalanan anlaşmada yer almayan istisnaların etkisiz kılınmasına neden olabilir⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ **Vanhonnaecker**, s. 98.

⁴⁹⁸ **Carlos M Correa**, “Bilateral Investment Agreements: Agents of New Global Standards for the Protection of Intellectual Property Rights?”, Grain Reports, 2004, <http://www.grain.org/briefings/?id5186#one> (erişim tarihi: 03.03.2021), s. 12.

Asli hakların, en çok gözetilen ulus hükmü aracılığı ile uluslararası yatırım anlaşmalarına dâhil edilmesi olasılığı *ejusdem generis* ilkesi bağlamında zor görünmektedir. Zira *ejusdem generis* ilkesi uyarınca, en çok gözetilen ulus hükmünü içeren uluslararası anlaşmanın (temel anlaşma) en avantajlı muamele öngören anlaşma (üçüncü taraf anlaşması) ile aynı konuyu ele alması gerekmektedir. Fikri mülkiyet anlaşmaları ile uluslararası yatırım anlaşmaları aynı konuyu düzenlemediklerinden *ejusdem generis* ilkesi, asli hakların, fikri mülkiyet anlaşmalarından uluslararası yatırım anlaşmalarına dâhil edilmesinde önemli bir engel teşkil etmektedir⁴⁹⁹.

Uluslararası yatırım anlaşmalarındaki istisnalardan kurtulmak şeklindeki ikinci yol ile ilgili olarak ise; en çok gözetilen ulus hükmü, belli bir yatırım anlaşmasında birtakım fikri mülkiyet haklarına istisnalar getirilmek suretiyle ev sahibi devletin elde ettiği avantajları etkisiz kılabilir. Zira yabancı yatırımcılar daha fazla hak elde etmek için en çok gözetilen ulus hükmünü ileri sürebilirler. İlk senaryo ile benzer şekilde, bu durumda da yatırımcıların *ejusdem generis* problemiyle karşılaşmaları mümkündür⁵⁰⁰.

Çözülmesi gereken diğer bir soru ise yatırım bağlamında fikri mülkiyet haklarının elde edilmesinde en çok gözetilen ulus hükmünün uygulanabilirliği ile ilgilidir. Milli muamele hükümlerine benzer şekilde, en çok gözetilen ulus standardı kuruluş öncesi veya sonrası ya da her iki dönemi de kapsayabilir. Fakat en çok gözetilen ulus hükmünün kuruluş sonrası dönemle sınırlı olması halinde, yatırımcı bu hükme dayanarak, ev sahibi devletin taraf olduğu ve daha fazla ayrıcalık getiren başka anlaşmalarda öngörülen fikri mülkiyet haklarının elde edilmesi koşullarından yararlanamaz. En çok gözetilen ulus hükümlerini kuruluş sonrası dönemle sınırlamak ev sahibi devletlere yabancı yatırımın girişini düzenleyen mevzuatlarda değişiklik

⁴⁹⁹ Vanhonnaeker, s. 98.

⁵⁰⁰ Vanhonnaeker, s. 99.

yapabilmek için esneklik vermektedir. En çok gözetilen ulus hükümlerinin kuruluş sonrası dönemle sınırlanması, devletlerin yabancı yatırımın kuruluşunu etkileyen mevzuatın kaldırılması veya sınırlandırılması gibi taahhütler yüklenmemesine olanak sağlamaktadır⁵⁰¹.

III. ADİL VE EŞİT MUAMELE STANDARDI

A. Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Eşit Muamele Standardı

Adil ve eşit muamele, uluslararası yatırım tahkiminde en sık başvuru alan hükümlerden biridir. Kamulaştırma kararı için sağlam bir gerekçe bulunmasa dahi, adalet amacına hizmet eden bir standardın varlığından söz edilebilir⁵⁰². Yatırımcının hak ve menfaatlerini etkileyen durumların çeşitliliği nedeniyle, adil ve eşit muamele standardı, yatırım tahkiminin merkezinde yer almaktadır⁵⁰³. Adil ve eşit muamele standardının izleri, ilk olarak Uluslararası Ticaret Örgütü'nün 1948 tarihli Havana Şartı'nda görülmektedir. Havana Şartı'nın 11(2) maddesinde, bir üye ülkeden diğerine

⁵⁰¹ UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, United Nations Conference on Trade and Development, United Nations, New York and Geneva, 2010, https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20101_en.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021) s. 38-39.

⁵⁰² Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, (28.09.2007), <https://www.italaw.com/cases/1002> (erişim tarihi: 04.03.2021), para. 300.

⁵⁰³ **Rudolf Dolzer**, “Fair and Equitable Treatment: Today's Contours”, 12 Santa Clara Journal of International Law, Vol. 12, 2014, s. 10.

getirilen girişim, yetenekler, sermaye, sanat ve teknoloji için adil ve eşit muameleyi garanti etmekten söz edilmektedir⁵⁰⁴.

1948 yılından itibaren adil ve eşit muamele ilkesine sürekli olarak uluslararası ticaret anlaşmalarında yer verilmektedir⁵⁰⁵. Güncel iki taraflı yatırım anlaşmalarının neredeyse tamamı anlaşma kapsamındaki yatırım ve yatırımcıların ‘adil ve eşit muameleye’ erişmelerini öngörmektedir. “Uluslararası hukukun sağladığı diğer koruma standartlarının her bir somut durum için uygun karşılık bulamayabileceği nazara alındığında, adil ve eşit muamele standardı yatırım tahkiminde önem kazanmıştır”⁵⁰⁶. Adil ve eşit muamele standardı Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı yatırım anlaşmalarında da yer almaktadır⁵⁰⁷. Yatırım anlaşmalarında bu yükümlülük bazen

⁵⁰⁴ Havana Şartı yürürlüğe girmemiştir. Metin için bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021).

⁵⁰⁵ Vanhonnaeker, s. 101.

⁵⁰⁶ PSEG Global Inc. ve Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, (19.01.2007), <https://www.italaw.com/cases/880> (erişim tarihi: 03.03.2021), para. 238.

⁵⁰⁷ Bkz. “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 3 (RG. 12.7.2015/29414), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Morityus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 3 (RG. 6.5.2016/29704), “Türkiye Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 2 (RG. 24.8.2013/28745), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşik Tanzanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” madde 2 (RG. 25.7.2013/28718 Mükerrer), “Türkiye Cumhuriyeti ve

‘adil ve eşit muamele’⁵⁰⁸, bazen de ‘adil ve hakkaniyete uygun muamele’⁵⁰⁹ şeklinde ifade edilmektedir. Ancak bu standardın anlamı açık değildir ve belirsizliğini günümüzde de sürdürmektedir⁵¹⁰.

Adil ve eşit muamele ilkesi gereğince, her iki sözleşmeci tarafın yatırımcılarının yatırımları diğer sözleşmeci taraf ülkesinde her zaman adil ve eşit muameleye tabi

Hırvatistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Yönelik Anlaşma” madde 2 (RG. 7.5.2013/28640), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin Anlaşma” madde 2 (RG. 2.5.2013/28635), “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Nijerya Federal Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 4 (RG. 11.10.2012/28438), “Türkiye Cumhuriyeti ile Çek Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” madde 2 (RG. 15.1.2012/28174), “Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Halk Sosyalist Büyük Cemahiriyesi Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması” madde 2 (RG. 14.4.2011/27905), bkz. **Partalci**, s. 133, dn. 5.

⁵⁰⁸ Bkz. ör. “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 3 (RG.12.7.2015/29414).

⁵⁰⁹ “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Morityus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” madde 3 (RG.6.5.2016/29704). İngilizce metinlerde “fair and equitable treatment” olarak geçmektedir.

⁵¹⁰ **Vanhonnaecker**, s. 102.

olacaktır⁵¹¹. Yine de, yatırım anlaşmalarındaki tanımlar muhtelifdir. Bu nedenle, adil ve eşit muamele standartlarının makul yorumu anlaşmanın lafzı, içeriği ve amacı ile birlikte tarafların niyetlerine bağlıdır⁵¹².

Gerçekten de, adil ve eşit muamele standardı halen önemli ölçüde belirsizlik barındırmaktadır. Bu durum tahkim davalarında da ifade edilmektedir. Davalarda genellikle neyin adil ve eşit olduğunun belirlenmesinde somut olayın özelliklerine dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁵¹³. Adil ve eşit muamele standardının kendi anlamının olduğu, bu standardın, ev sahibi devletin yatırımcıya, kendi vatandaşlarına veya diğer yatırımcılara davrandığı gibi muamele etmesiyle karşılanmış olmayacağı ifade edilmektedir⁵¹⁴. Adil ve eşit muamele ilkesi esnek bir standart olup, normatif içeriği yeni unsurları içerecek şekilde genişlemektedir⁵¹⁵. Uygulamada yatırımcıya karşı olası ihlallerin çeşitliliğini tahmin edebilmek imkânsız olduğundan, adil ve eşit muamele standardını çevreleyen belirsizlik bir avantaj olarak değerlendirilebilir.

⁵¹¹ **Mercurio**, Safeguarding, s. 263.

⁵¹² **Catherine Yannaca-Small**, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf (erişim tarihi: 03.03.2021).

⁵¹³ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award (11.10.2002), <https://www.italaw.com/cases/documents/716> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 118.

⁵¹⁴ **Katia Yannaca-Small**, “Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”, *Standards of Investment Protection*, (Ed. August Reinisch), Oxford University Press, 2008, s. 112.

⁵¹⁵ **Yannaca-Small**, s. 112.

Bununla birlikte bu esneklik, standardın nasıl ve hangi koşullarda uygulanacağı konusunda endişelere de mahal vermektedir⁵¹⁶.

Adil ve eşit muamele ilkesinin standart biçimi genellikle şu şekildedir:

“Her bir taraf devlet, kendi ülkesindeki her durumda, diğer taraf devletin yatırımcılarının yatırımlarına, anlaşmadaki tam koruma dâhil, adil ve eşit muamele edecektir.”⁵¹⁷

Böyle bir ifade tarzı uluslararası hukuka atıf yapmaktan yoksun olduğundan, adil ve eşit muamele ilkesinin uluslararası asgari standardı mı yansıttığı yoksa müstakil bir standart mı öngördüğü tartışmalıdır⁵¹⁸.

Bu standardın bağımsız ve özerk olduğunu savunan görüşe göre, adil ve eşit muamele standardı uluslararası hukuktaki asgari standarda atıftan ibaret olsaydı, tarafların anlaşma metninde bunu açıkça belirtmek yerine ‘adil ve eşit muamele’ yazmalarının bir anlamı olmayacaktı. Bu görüşe göre; ‘adil ve eşit muamele’ terimleri, asgari standardın ötesinde bir davranışı resmetmekte olup daha geniş çaplı bir koruma sağlamaktadır. Asgari, maksimum veya ortalama bir standart göz önünde

⁵¹⁶ **Vanhonnaeker**, s. 103.

⁵¹⁷ Treaty between the Federal Republic of Germany and ____ concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 2008, art. 2(2).

⁵¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Catherine Yannaca-Small**, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/03.

bulundurulmamalı, davranışın adil ve eşit olup olmadığına karar verilmelidir. Bu terimler bağımsız ve özerk olarak anlaşılmalı ve uygulanmalıdır⁵¹⁹.

Diğer taraftan karşıt görüşü savunanlara göre, iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki ‘adil ve eşit muamele’ terimi her bir devletin yabancının mal varlığına muamelesiyle ilgili uluslararası hukuk standardını göstermektedir. Bu görüşe göre adil ve eşit muamele standardı, uluslararası hukukun bir parçası olan ‘asgari standart’ ile uyumlu olmalıdır⁵²⁰.

Bazı uluslararası yatırım anlaşmalarının adil ve eşit muamele hükümlerinde açıkça uluslararası hukuka atıfta bulunmaktadır. Adil ve eşit muamele standardının farklı yorumlarını içeren çeşitli tahkim kararlarından sonra, standardın anlamına açıklık getirme ihtiyacından dolayı, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) uluslararası hukuka referans gösteren formülasyona yer vermiştir⁵²¹. NAFTA 1105. maddesine göre; “her bir Akit Taraf, diğer Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımlarına, adil ve eşit muamele ile tam koruma ve güvenlik dâhil uluslararası hukuka uygun şekilde muamele edecektir”. Benzer şekilde, Türkiye ile Azerbaycan arasında imzalanan iki taraflı yatırım anlaşmasında da “her bir Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımları,

⁵¹⁹ **F A Mann**, “British Treaties for the Promotion and Protection of Investments”, British Year Book of International Law, Vol. 52, Issue. 1, 1981, s. 244.

⁵²⁰ OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property, OECD, 1967, <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4365&context=til> (erişim tarihi: 06.02.2021), s. 333.

⁵²¹ NAFTA 1105. maddesi uyarınca, yatırımcının meşru beklentileri ile adil ve eşit muamele standardı hakkında bkz. **Patrick Dumberry**, “Protection of Investors' Legitimate Expectations and Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105”, Journal of International Arbitration, Vol. 31, Issue. 1, 2014.

diğer Akit Tarafın ülkesinde her zaman adil ve eşit muamele ile tam koruma ve güvenlik de dâhil olmak üzere, uluslararası hukukun asgari muamele standartlarına uygun bir muameleye tabi tutulacaktır”⁵²².

Uluslararası hukuka referans gösteren formülasyon adil ve eşit muamele ilkesinin yorumlanmasında daha fazla belirlilik sağlasa da, bu kez de ‘uluslararası hukukun asgari standardı’nın anlamı üzerinde durmak gerekecektir. Uluslararası asgari standart, uluslararası örf ve adet hukukunun bir kuralıdır⁵²³. Uluslararası asgari standart uyarınca yabancıнын statüsü, devletlerin kendi vatandaşlarının statüsünden farklı olabilir. Zira yabancıнын statüsü, iç hukuktan bağımsız şekilde, uluslararası genel hukuk prensiplerine göre belirlenir⁵²⁴. OECD devletlerinin anlayışına göre, asgari standart zaman içerisinde gelişen ve evrimleşen uluslararası hukuka referans göstermekte olup, devletlerin genel ve tutarlı uygulamalarına bağılı olarak evrilmesi mümkündür⁵²⁵.

Bazı tahkim yargılamaları da, adil ve eşit muamele standardının uluslararası hukukun asgari standardına bağılı olarak uygulanması gerektiğı görüşünü benimsemiştir⁵²⁶. Adil ve eşit muamele standardının uluslararası hukuk ile ilişkisi

⁵²² Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin Anlaşma, m. 2 (RG. 2.5.2013/28635).

⁵²³ **Akıntürk, Baklacı**, s. 506.

⁵²⁴ **Partalçı**, s. 142.

⁵²⁵ **Katia Yannaca-Small**, “Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”, Standards of Investment Protection, (Ed. August Reinisch), Oxford University Press, 2008, s. 112.

⁵²⁶ Örnek olarak bkz. M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, (31.07.2007),

tahkim kararlarında da tartışmalı bir husus olmuştur⁵²⁷. Bazı tahkim kararlarında ise, bu iki görüşle ilgili pozisyon almaktan kaçınmak suretiyle, esasında bu tartışmanın maddi bir öneminin bulunmadığı ileri sürülmüştür. Azurix davasında ifade edildiği üzere;

“Adil ve eşit muamelenin, uluslararası hukuktaki asgari muamele koşuluna ek olup olmadığı sorusu, adil ve eşit muamelenin maddi içeriği ile ilgilidir ve hangi argüman kabul edilirse edilsin, bu sorunun cevabı özünde aynıdır.”⁵²⁸

Benzer şekilde, adil ve eşit muamele ilkesinin özerk veya uluslararası hukukla bağlantılı olduğu yönündeki görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, muamelenin

<https://www.italaw.com/cases/662> (erişim tarihi: 04.03.2021), para. 369: “adil ve eşit muamele standardı, iki taraflı yatırım anlaşmasına taraf devletlerin uluslararası hukukun gerektirdiği muamele standartlarına saygı göstermelerini zorunlu tutar. İki taraflı yatırım anlaşmasının ikinci maddesinde söz edilen uluslararası hukuk, uluslararası örf ve adet hukukudur.”

⁵²⁷ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, (20.08.2007), <https://www.italaw.com/cases/309> (erişim tarihi: 04.03.2021); Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, (28.09.2007), para. 302: “uluslararası asgari standardın yeterince açık ve anlaşılır olduğu bazı durumlarda adil ve eşit muamele standardı ona denk tutulabilir. Ancak, bazı durumlarda da, adil ve eşit muamele standardı uluslararası örf ve adet hukukundaki atalarından daha kesin ise tam tersi de olabilir... Adil ve eşit muamele standardının, uluslararası örf ve adet hukuku standardına ek veya onun ötesinde bir muamele gerektirebileceği ihtimali göz ardı edilmemelidir.”

⁵²⁸ Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, (14.07.2006), <https://www.italaw.com/cases/118> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 364.

uluslararası hukukun (uluslararası örf ve adet hukuku veya anlaşma) oluşturduğu ‘zeminin’ altında kaldığının ispatlanması gerektiği ileri sürülmüştür⁵²⁹.

Serbest Ticaret Komisyonu, NAFTA hakem heyetlerinde bağlayıcı olacak şekilde adil ve eşit muamele hükmüne ilişkin yorum ortaya koymuştur⁵³⁰. Bu yoruma göre, NAFTA 1105. maddesinde düzenlenen adil ve eşit muamele hükmü uluslararası örf ve adet hukukundaki asgari standardı tarif etmekte ve bunun ötesinde herhangi bir muamele standardını gerektirmemektedir. Geleneksel anlamda, asgari muamele standardı ‘aşırı ve şok edici’ veya ‘açıkça adil veya eşit olmayan’ durumlarda yatırımcıları korumaktadır. Ancak NAFTA dışındaki hakem heyetleri, adil ve eşit muamele standardının kapsamını oldukça genişletmişlerdir. Bu standart bazı belirsizlikleri bünyesinde barındırmasına rağmen, asgari muamele standardının ötesine geçmiştir. Bu anlamda adil ve eşit muamele standardının şeffaflık, adil yargılanma, meşru beklentiler gibi çeşitli unsurlardan oluştuğu kabul edilmektedir⁵³¹. Meşru

⁵²⁹ **Todd J Grierson-Weiler, Ian A Laird**, “Standards of Treatment”, The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford Handbooks in Law Series, (Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, eds.), Oxford University Press, Oxford and New York, 2008, s. 262.

⁵³⁰ NAFTA Free Trade Comm’n, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (31.07.2001).

⁵³¹ **Christoph Schreuer**, “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”, Journal of World Investment & Trade, Vol. 6, Issue. 3, 2005, <http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/77.pdf> (erişim tarihi: 18.08.2021).

beklentilerin korunması mutlak olmayıp devletin kamu yararı doğrultusunda düzenleme yapma yetkisi ile dengeli olmalıdır⁵³².

Adil ve eşit muamele standardı neredeyse bütün uluslararası yatırım anlaşmalarında yer almaktadır. Ancak bu ifadenin tam olarak ne anlama geldiği ile ilgili genel bir uzlaşma da söz konusu değildir. Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği Kapsamlı Yatırım Anlaşması'nın (Asean Comprehensive Investment Agreement – ACIA) 11(2)(1a) maddesinde, “adil ve eşit muamele, herbir üye ülkenin herhangi bir yasal veya idari işlem sırasında hukuki sürecin (due process) ilkelerine uygun olarak adaleti reddetmemesini gerektirir” ifadelerine yer verilmek suretiyle tarif edilmiştir. Kavramın muğlaklığına rağmen hakem heyetleri bazı kriterler getirmeye teşebbüs etmişlerdir. Bu bağlamda, Waste Management – Meksika davasında hakem heyetine göre, “muamele, ağır biçimde haksız, adaletsiz veya kendine has ise, ayrımcı veya davacıyı bölgesel veya ırksal önyargılara maruz bırakıyor ise veya yargısal yerindeliği inciten sonuçların ortaya çıkmasına neden olan bir hukuki süreç (due process) eksikliği içeriyorsa- yargısal süreçlerde doğal adaletin aşikar bir aczi veya idari süreçlerdeki şeffaflık ve dürüstlük eksikliği gibi- adil ve eşit muamele standardı ihlal edilir. Bu standardın uygulanması, ev sahibi devlet tarafından verilen ve davacı tarafından makul biçimde güvenilen beyanların ihlali ile ilgilidir”⁵³³.

⁵³² **Valentina Vadi**, “New Forms of Dialectics between Intellectual Property and Public Health: Pharmaceutical Patent-Related Investment Disputes”, International Lawyer, Vol. 49, Issue. 2, 2015, s. 180; Saluka Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, (17.03.2006), <https://www.italaw.com/cases/961> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 305.

⁵³³ Waste Mgmt, Inc v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, (30.04.2004) <https://www.italaw.com/cases/1158> (erişim tarihi: 06.02.2021), para 98.

Adil ve eşit muamele ilkesi genellikle maddi hukuk içeriğinden ziyade usul hukukuna vurgu yapan hukuki süreç (due process) ile ilgilidir. Bu kapsamda, bu ilke aleniyet ve şeffaflık⁵³⁴ ile bağlantılıdır⁵³⁵. Bu ilkenin yasama tasarruflarına atıf yapmadığı, böylece kanunun içeriği ile ilgili olmadığı genel olarak öne sürülmüştür. Bununla beraber, hakem heyetleri adil ve eşit muamele ilkesinin yatırımcının meşru beklentilerini kapsadığını kabul etmişlerdir. Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı (Transatlantic Trade and Investment Partnership-TTIP) taslak metninin 3(4) maddesinde, meşru beklentideki ihlal şu şekilde detaylandırılmıştır: “adil ve eşit muamele yükümlülüğü uygulandığında hakem heyeti, bir tarafın yatırımcıyı yatırıma ikna etmek için, yatırımcının yatırımı yapmaya veya sürdürmeye karar verirken güvendiği fakat daha sonra tarafın bozduğu, meşru beklenti yaratan belirli bir beyanda bulunup bulunmadığını göz önüne alabilir”⁵³⁶.

⁵³⁴ Şeffaflık ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. United Nations Conference On Trade And Development, Transparency, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD/DIAE/IA/2011/6, 2012, Geneva https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d6_en.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021).

⁵³⁵ **Collins**, s. 125-126.

⁵³⁶ Komisyon TTIP Taslak Metni (Commission draft text TTIP) için bkz. https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021); Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı (TTIP) müzakereleri 2013 yılında başlamış, sonuca ulaşmaksızın 2016 yılında sona ermiştir. AB Konseyinin 15 Nisan 2019 tarihli kararıyla, müzakereler ‘eski ve artık ilgisiz’ (the negotiating directives for the TTIP are obsolete and no longer relevant) olarak ifade edilmiştir, bkz. <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Adil ve eşit muamele standardı iyiniyet, şeffaflık, meşru beklentiler, hukuki sürece uygun davranma (due process), keyfi davranmama⁵³⁷ gibi bileşenleri barındırmaktadır⁵³⁸. Bu çalışmada, adil ve eşit muamele standardı ile ilgili iki çeşit anlayış üzerinde durulacaktır: devletlerin, (a) yatırımcının meşru beklentilerini engellemekten kaçınmaları; (b) hukuki sürecin genel ilkelerine uygun davranmak suretiyle ihkakı haktan imtinadan⁵³⁹ (denial of justice) kaçınmaları.

Adil ve eşit muamele standardı ile ilgili bu anlayışlardan ilki, devletlerin her türlü icrai veya ihmali muamelesini kapsayacak şekilde genişdir. Bu hususta, Tecmed davasında ICSID yargılaması, esnek ve devletin istikrarlı uygulamasına odaklanan bir formülasyon tarif etmiştir:

“Hakem heyeti düşünmektedir ki; anlaşmanın bu hükmü, uluslararası hukukun iyiniyet ilkesi ışığında, devletlerin, yabancı yatırımcıların yatırım yapmak için dikkate aldıkları temel beklentilerini etkilemeyecek şekilde muamelede bulunmalarını

⁵³⁷ EDF (Services) v. Romania davasında keyfi önlem şu şekilde tarif edilmiştir:

“a. görünürde herhangi bir meşru amaca hizmet etmeksizin yatırımcıya zarar veren bir önlem; b. yasal standartlara değil, takdir, önyargı veya kişisel tercihe dayalı bir önlem; c. karar verici tarafından öne sürülenlerden farklı nedenlerle alınan bir önlem; d. yasal süreç ve uygun prosedür kasıtlı olarak göz ardı edilerek alınan bir önlem.” bkz. EDF (Services) v. Romania, ICSID Case No. Arb/05/13, Award (8.10.2009), <https://www.italaw.com/cases/375> (erişim tarihi: 06.02.2021), para 303.

⁵³⁸ **Rudolf Dolzer**, “Fair and Equitable Treatment: Today's Contours”, 12 Santa Clara Journal of International Law, Vol. 12, 2014.

⁵³⁹ İhkakı haktan imtina konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **H Yılmaz Günal**, “İhkakı Haktan İmtina Halinde Devletin Milletlerarası Mes’uliyeti”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt. 14, Sayı. 1, 1959.

gerektirmektedir. Yabancı yatırımcı, ev sahibi devletin yabancı yatırımcı ile ilişkisinde istikrarlı bir biçimde, belirsizlikten uzak ve tamamıyla şeffaf davranmasını beklemektedir. Böylece yatırımcı, kuralları ve yatırımlarını yönetecek düzenlemeleri, ayrıca idari uygulama ve direktiflerin amaçlarını, yatırımlarını planlayabilmek ve bu düzenlemelere uymak için önceden bilebilecektir. ... Yabancı yatırımcı ayrıca, ev sahibi devletin istikrarlı davranmasını, yani, devlet tarafından verilmiş, önceden var olan, yatırımcının taahhüt üstlenmek ve ticari faaliyetlerine başlamak için güvendiği kararların veya izinlerin keyfi olarak kaldırılmamasını beklemektedir.”⁵⁴⁰

Meşru beklentilere aykırılık iddiası, yatırımcılar tarafından en sıklıkla başvuru edilen iddialardan biridir. Adil ve eşit muamele standardının bir unsuru olarak meşru beklentiler doktrininin içeriği, farklı tahkim kararlarında çeşitlilik arz etmektedir. Meşru beklentiler doktrini en geniş anlamıyla, yasal çerçevede yapılan esaslı değişiklik sonucu yatırımcının artan maliyetlerinin tazmin edilmesine imkân sağlayacak şekilde yorumlanabilir. Bu yorum şekli, ayrımcı olmayan önlemlerin dahi ihlal oluşturabileceği ihtimalini barındırmakla, ev sahibi devletin düzenleme yapma otonomisini önemli ölçüde etkilemektedir. Meşru beklentiler kuralının ikinci versiyonu ise ev sahibi devlet tarafından yatırımcıya verilen ‘özel taahhütlere’ dayanmaktadır⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), <https://www.italaw.com/cases/1087> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 154.

⁵⁴¹ **David Gaukrodger**, "The Balance Between Investor Protection and the Right to Regulate in Investment Treaties: A Scoping Paper", OECD Working Papers on International Investment, 2017/02, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/82786801-en> (erişim tarihi: 18.08.2021), s. 26.

Thunderbird Gaming Corp v Meksika davasında⁵⁴², hakem heyeti, meşru beklentiye “sözleşmeci bir tarafın davranışının, yatırımcı (veya yatırım) üzerinde bu davranışa güvenilerek hareket etmesine ve tarafın bu beklentileri yerine getirmediği zaman yatırımcı (veya yatırımın) zarar görmesine neden olabilecek makul ve haklı beklentiler yarattığı durum” olarak tanımlamıştır. Yine de, tahkim kararları arasında meşru beklentilere karar verilmesi hususunda uyumsuzluklar görünmektedir. Bazı tahkim kararları⁵⁴³ meşru beklentinin oluşması için özel bazı taahhütlere ihtiyaç duyulduğunu öne sürerken, diğer bazıları⁵⁴⁴ yatırımcının gerekli özeni gösterdiği halde genel taahhütlerin meşru beklenti yaratabileceği kanaatindedirler. Ayrıca, özel taahhüt bulunmadığında kamu yararı kriteri vurgulanmıştır⁵⁴⁵. Diğer bir deyişle, adil ve eşit muamele ilkesinin maddi içerikten ziyade ‘hukuki süreç’ (due process) ile ilgili olduğu ve meşru beklentilerin yalnızca yatırımcılara yapılan özel taahhüt ve beyanları kapsadığı

⁵⁴² International Thunderbird Gaming Corp v. United Mexican States, UNCITRAL, Award, (26.01.2006), <https://www.italaw.com/cases/571> (erişim tarihi: 06.02.2021).

⁵⁴³ Charanne and Construction Investments v. Spain, SSC Case No. 062/2012, Award, (21.01.2016), <https://www.italaw.com/cases/2082> (erişim tarihi: 06.02.2021); Charanne kararı uyarınca, özel taahhütlerin yokluğu durumunda, yabancı yatırımcılar yatırımın ömrü boyunca yasal çerçevenin değişmeden kalacağını bekleyemez, bkz. **Fernando Dias Simões**, “Charanne and Construction Investments v Spain: Legitimate Expectations and Investments in Renewable Energy”, Review of European, Comparative & International Environmental Law, Vol. 26, Issue. 2, 2017.

⁵⁴⁴ Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, (16.05.2018).

⁵⁴⁵ Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/14/3, Award, (27.12.2016), <https://www.italaw.com/cases/5739> (erişim tarihi: 06.02.2021).

hususunun genel olarak kabul edildiği söylenebilir. Ancak bazı tahkim kararları⁵⁴⁶, yatırımcının ev sahibi ülkenin hukuk sistemini anlamak için gerekli özeni göstermesi durumunda, genel taahhütlerin tek başına meşru beklenti yaratabileceği kanaati ile meşru beklentilerin anlamını genişletmişlerdir.

Devletin kamu yararı hususundaki otoritesini kullanma hakkı ile yatırımcının hukuki istikrara olan güveni arasındaki dengenin nasıl kurulacağı hususu genellikle yatırım uyuşmazlığı çözümü konusunun özü olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda Parkerings-Compagniet AS v Litvanya⁵⁴⁷ davasında hakem heyeti, devletlerin yatırımı etkilese bile kendi düzenleme yetkilerini kullanabileceklerini ancak bu politikaların adil ve dürüst olmak zorunda olduğunu vurgulamıştır. Bu husus şu şekilde karara bağlanmıştır: “Kendi egemen yasama gücünü kullanmak her devletin inkâr edilemez hak ve ayrıcalığıdır. Bir devlet, kendi takdiri ile yasa yapma, değiştirme ve ortadan kaldırma hakkına sahiptir... Bununla birlikte devletin men edildiği husus yasama gücünü kullanırken haksız, makul olmayan şekilde ve adaletsiz davranmasıdır”⁵⁴⁸.

Uluslararası yatırım anlaşmalarındaki adil ve eşit muamele standardına ilişkin bir diğer mesele, devletlerin hukuki sürecin (due process) genel ilkelerine uygun davranması kapsamında, ihkakı haktan imtina (denial of justice) yükümlülükleri ile ilgilidir⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, (16.05.2018).

⁵⁴⁷ Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/08, Award (11.09.2007), <https://www.italaw.com/cases/812> (erişim tarihi: 06.02.2021).

⁵⁴⁸ Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/08, Award (11.09.2007), para. 232.

⁵⁴⁹ **Gibson**, Latent Grounds, s. 438.

Robert Azinian ve Diğerleri v Birleşik Meksika Devletleri davasında ICSID yargılaması, ihkakı haktan imtina (denial of justice) standardını şu şekilde ifade etmiştir:

“Eğer ilgili mahkemeler bir davaya bakmayı reddederlerse, usule aykırı bir gecikmeye neden olurlarsa veya adalet yönetimini ciddi bir yetersizlikle yürütürlerse, ihkakı haktan imtina (denial of justice) ileri sürülebilir”⁵⁵⁰.

Ayrıca, 2020 tarihli Bridgestone v Panama kararında, ihkakı haktan imtinaya ilişkin şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

“i. Ulusal bir mahkemenin hatalı bir kararı, uluslararası hukukta ihkakı haktan imtina oluşturmaz. Uluslararası hukukta ihkakı haktan imtina yalnızca, devletin adalet yönetiminde sistemli bir başarısızlık olduğunda meydana gelir.

ii. Uluslararası hukuk, uluslararası yargıçlara, ulusal mahkemelerin temyiz mahkemeleri olarak hareket etmeleri için yetki vermemektedir.

iii. Belli bir davada ciddi bir adaletsizliğe yol açsa bile, bir mahkemenin iyiniyetli hatası, uluslararası hukukta ihkakı haktan imtina anlamına gelmez.

iv. Ulusal bir mahkemenin hatalı bir kararı, ancak ve ancak, mahkemenin önyargı, dolandırıcılık, sahtekârlık, tarafsızlık yokluğu veya aşırı yetersizliğinden suçlu olduğunu gösterirse, uluslararası hukukta ihkakı haktan imtinanın varlığından söz edilir.

v. Belirli bir yargı kararının, uluslararası hukukta ihkakı haktan imtina anlamına gelen sistemli bir başarısızlığı gösterip göstermediği sorusuna titiz bir standart uygulanmalıdır. Bu standart normal olarak, kararın ‘hukuki süreçlerin kasıtlı olarak göz

⁵⁵⁰ Robert Azinian and Others v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (01.11.1999), <https://www.italaw.com/cases/114> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 102.

ardı edildiğini, ... yargısal uygunluk hissini sarsan, en azından şaşırtan şekilde göstermesini' gerektirir"⁵⁵¹.

Ev sahibi devletin mahkemeleri hukuki veya somut olaya dair bir hata yaparlarsa, bu hata önemli olsa dahi, yatırımcı ihkakı haktan imtina (denial of justice) iddiasında bulunamayacaktır⁵⁵².

Adil ve eşit muamele standardı ile ilgili olarak, orantılılık ilkesinin uygulanması göz ardı edilmemesi gereken bir husustur. Bu ilke, yatırımcıların meşru beklentileri ile ilgili iddialarını kötüye kullanmalarına karşı koruma sağlamaktadır⁵⁵³. Ev sahibi devletler, kendi sınırları dâhilinde düzenleme yapma yetkisine sahip olmakla, kendi ülkelerinde egemen güç durumundadır⁵⁵⁴. Bu bakımdan, hakem heyetleri genellikle, "bir taraftan davacının meşru ve makul beklentilerine, diğer taraftan davalının meşru düzenleyici çıkarlarına ağırlık verilmesi" gerekliliğine vurgu yapmaktadır⁵⁵⁵.

Nihayetinde, neyin adil ve eşit muamele teşkil ettiği veya etmediği, somut olayın özelliklerine bağlı olacaktır. Bu bakımdan, adil ve eşit muamele standardı esnek bir doktrindir⁵⁵⁶. Adil ve eşit muamele standardı hakkındaki tartışmalar, bu standart için

⁵⁵¹ Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Award (14.08.2020), para. 222.

⁵⁵² **James Mendenhall**, "Fair Treatment of Intellectual Property Rights under Bilateral Investment Treaties", Transnational Dispute Management, Vol. 2, 2009, s. 8.

⁵⁵³ **Vanhonnaeker**, s. 112.

⁵⁵⁴ Saluka Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (17.03.2006).

⁵⁵⁵ Saluka Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (17.03.2006), para. 306.

⁵⁵⁶ **Gibson**, Latent Grounds, s. 440.

evrensel olarak kabul edilen bir tanımın formüle edilmesini olanaksız kılmaktadır. Bu standardın ne anlama geldiğine karar verme görevi hakem heyetlerine düşmektedir. Bu itibarla, terimin anlamının zaman içindeki değişimi tahkim kararlarıyla gerçekleşmektedir⁵⁵⁷.

B. Fikri Mülkiyet Hakları ile İlgili Anlaşmalarda Adil ve Eşit Muamele Standardı

En çok gözetilen ulus ve milli muamele standartlarının aksine, TRIPS Anlaşması, adil ve eşit muamele ilkesini uluslararası yatırım hukukunda anlaşıldığı şekilde bir muamele standardı olarak düzenlememektedir⁵⁵⁸.

Fikri mülkiyet haklarını keyfî olarak kaldıran veya sınırlayan, bu fikri mülkiyet haklarını ihlal eden hükümet tasarrufları, adil ve eşit muamele standardı ile ilgili endişeleri tetiklemektedir⁵⁵⁹. Örneğin patentlerle ilgili olarak, patent hakkı verilmesi, yatırımcının patent başvurusu için birtakım prosedürleri takip etmesinden sonra hükümet tarafından yapılan bir onaylamadır. Bu nedenle, yatırımcı, devletin onayından sonra özel bir yasal hak elde etmektedir ve böylece devlet, patent süresince yatırımcıyı korumaya dair meşru beklenti yaratmaktadır⁵⁶⁰. Yine de, yatırımcının yatırımı ile ilgili patent hakları üzerindeki meşru beklentileri, devletin patentler hakkındaki düzenleyici kurallarından etkilenebilmektedir. Patent haklarının korunması, zorunlu lisans verilmesi

⁵⁵⁷ **Barnali Choudhury**, “Evolution or Devolution: Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law”, *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 6, 2005, s. 320.

⁵⁵⁸ **Vanhonnaeker**, s. 109.

⁵⁵⁹ **Gibson**, *Latent Grounds*, s. 438.

⁵⁶⁰ **Gibson**, *Latent Grounds*, s. 438.

gibi, hukukun tanıdığı ekstra koşullarla birlikte değerlendirilmelidir⁵⁶¹. Ayrıca, Patent verilmesi sahibine mutlak haklar bahsetmez⁵⁶². Ruse Khan'ın işaret ettiği gibi, patent verilmesi, tanınan inhisarın kesin olduğu ve fikri mülkiyet sisteminin kendi içindeki dengelerle müdahale edilmeksizin kalacağı yönünde meşru bir beklenti yaratamaz⁵⁶³. Patent hakları doğası gereği ülkeseldir. Bu nedenle de patent verilebilirlik ve patentlere sağlanan korumanın kapsamı da ulusal hukuk kuralları uyarınca ev sahibi devletin yetkisindedir. Dahası, fikri mülkiyet hakları pozitif haklar olmayıp buluşun belli bir süreliğine başkaları tarafından kullanılmasını önleyen negatif haklardır⁵⁶⁴. Fikri mülkiyet hakları, meşru kamusal amaçlar doğrultusunda devletlerin bu haklara ilişkin düzenleme yapmalarını engelleyemez⁵⁶⁵. Ancak, ev sahibi devlet yatırımcıya özel

⁵⁶¹ **Gibson**, Latent Grounds, s. 439.

⁵⁶² **Grosse Ruse-Khan**, Litigating, s. 13; **Vadi**, New Forms, s. 184. Buradaki 'mutlak hak' (absolute right) ifadesinin, bu hakların meşru kamusal amaçlar doğrultusunda devletin düzenleme yapma yetkisine tabi olduğuna, fikri mülkiyet sisteminin dengeleriyle değişebileceğine işaret ettiği anlaşılmaktadır. Fikri mülkiyet hakkı bir mutlak hak olarak özel hukuk kuralları içinde yer almaktadır, bkz. **Tekinalp**, s. 36. Hukuk sistemimizde fikri mülkiyet hakkının mutlak hak kategorisinde olması durumu ile meşru beklentiler yönünden yapılan nitelendirmenin birbirine karıştırılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

⁵⁶³ **Grosse Ruse-Khan**, Litigating, s. 13.

⁵⁶⁴ **Vadi**, New Forms, s. 184.

⁵⁶⁵ Panel Report, European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs, WTO DOC. WT/DS/174R (15.03.2005), https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds174_e.htm (erişim tarihi: 06.02.2021); **Vadi**, New Forms, s. 184-85, dn. 370.

güvenceler vermişse, yatırımın ekonomik değerini etkileyen yeni düzenlemeler adil ve eşit muamelenin ihlali anlamına gelebilir⁵⁶⁶.

Hükümetlerin keyfi veya kendi yasal düzenlemeleriyle tutarsız bir davranış içerisine girmeleri halinde bir ihlalden söz edilebilir. Eğer hükümet bir yatırımcının patenti üzerinde ihlal oluşturan bir eyleme müdahil olursa veya yolsuzluk ya da kendi firmasına iyilik yapma isteği nedeniyle taklitçilik veya korsanlığa karşı hukuka uygun olarak yaptırım uygulamaktan kaçınırsa, adil ve eşit muamele standardının ihlali söz konusu olabilecektir⁵⁶⁷.

Devletlerin hukuki sürecin (due process) genel ilkelerine uygun davranma yükümlülükleri ile ilgili olarak bu standart özellikle fikri mülkiyet ile yakından alakalıdır. Zira fikri mülkiyet hakları, ancak devletin yasal olarak tanınmasıyla var olabilen, maddi olmayan malvarlıklarını temsil etmektedir. Fikri mülkiyet hakkının tanınması, geçersiz kılınması, kaldırılması veya ihlal edilmesi ile ilgili olarak yasal sürecin ciddi derecede yetersiz olması ihkakı haktan imtina (denial of justice) meydana getirebilir, bu durum ise uluslararası yatırım anlaşması kapsamında fikri mülkiyet davasına neden olabilir⁵⁶⁸.

Fikri mülkiyet yatırımları söz konusu olduğunda, uluslararası yatırım anlaşmalarında öngörülen adil ve eşit muamele ilkesi ile ilgili şu soru gündeme gelmektedir: adil ve eşit muamele standardının uygulanmasında değerlendirilmek üzere

⁵⁶⁶ **Grosse Ruse-Khan**, Litigating, s. 14; **Vadi**, New Forms, s. 185.

⁵⁶⁷ **Gibson**, Latent Grounds, s. 439.

⁵⁶⁸ **Gibson**, Latent Grounds, s. 439-40.

uluslararası fikri mülkiyet hukuku standartlarının zemini olarak ne dikkate alınacaktır?⁵⁶⁹

Bazı yatırım tahkimlerinde, ev sahibi devlet tarafından kabul edilen ve yatırımları etkileyen tasarrufların uluslararası fikri mülkiyet anlaşmaları kapsamında hukuka aykırı olduğu ve bu nedenle de adil ve eşit muamele standardını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Ev sahibi devlet, TRIPS, Paris Konvansiyonu ve Patent İşbirliği Anlaşması (PCT) gibi uluslararası fikri mülkiyet anlaşmalarının tarafı olduğundan, ev sahibi devletin bu anlaşmaları ihlal etmeyeceğinin beklendiği iddia edilmiştir. Örneğin, Eli Lilly, “Kanada devletinin, Kanada kanunlarının Kanada’nın uluslararası yükümlülüklerine uygun olmasını sağlama yükümlülüğünün bulunduğunu” ileri sürmüştür⁵⁷⁰. Yatırımcılar, ev sahibi devletin uluslararası yükümlülüklerine uygun davranacağını meşru olarak bekleyebilir mi? Yoksa bu iddialar uluslararası yatırım anlaşmalarının koruması dışında mıdır?

Bir görüşe göre, bu bağlamda üzerinde durulması gereken ilk mesele, adil ve eşit muamele standardı altında korunan yatırımcıların meşru beklentileridir. Diğer bir deyişle, fikri mülkiyet hakkı korumasının hangi seviyesinin, yatırımcının meşru beklentilerini yeşerten bir ‘zemin’ oluşturacağının analiz edilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan yatırımcının TRIPS Anlaşması’nda ve diğer uluslararası fikri mülkiyet anlaşmalarında sağlanan korumadan daha yüksek bir koruma beklentisi içine girmesi mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte yatırımcının, fikri mülkiyet yatırımı ile ilgili olarak en azından TRIPS Anlaşması’nda sağlanan rejimden yararlanacağı yönünde meşru bir beklenti içerisine girebilmesi de muhtemeldir. Bu görüşe göre, ev sahibi

⁵⁶⁹ Vanhonnaeker, s. 110.

⁵⁷⁰ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Intent, para 95.

devletin DTÖ üyesi olması halinde, yatırımcılar TRIPS Anlaşması rejiminin uygulanmasını ve devletin Anlaşma kapsamındaki yükümlülüklerine uymasını bekleyebilirler. Ev sahibi devlet TRIPS Anlaşması ile hukuken bağlı olmasa bile, yatırımcı yine de, adil ve eşit muamele standardı altında Anlaşma'nın uygulanmasını öne sürebilecektir. Zira TRIPS Anlaşması, fikri mülkiyet koruması için uluslararası standartlar sağlamaktadır. Bu nedenle adil ve eşit muamele standardının, 'meşru beklenti' bileşeni altında, yatırımcılara yatırım uyuşmazlıklarında TRIPS Anlaşması'nın uygulanması için bir kapı açtığı ileri sürülmüştür⁵⁷¹.

Adil ve eşit muamele hükmü aracılığıyla, TRIPS Anlaşması rejiminin, fikri mülkiyetin uluslararası standardı olarak uygulanması şu soruyu gündeme getirmektedir: Yatırımcılar, DTÖ hukukuna dayanmak suretiyle, adil ve eşit muamele hükmü aracılığıyla, fikri mülkiyet yatırımının korunacağı meşru beklentisine girebilirler mi?⁵⁷² Çoğu iki taraflı yatırım anlaşması TRIPS Anlaşması'na atıf yapmamaktadır. TRIPS Anlaşması'na atıf yapılmadığı hallerde hakem heyetleri TRIPS Anlaşması'nın hükümlerini değerlendirebilir mi?

TRIPS Anlaşması, diğer bir deyişle DTÖ hukukunun adil ve eşit muamele standardı aracılığıyla uygulanmasının DTÖ kurallarından daha yüksek bir uluslararası statü sağlayacağı ifade edilmektedir⁵⁷³. Bu durumun ise DTÖ'nün temel prensiplerinden radikal bir ayrılığa neden olduğu belirtilmektedir. Zira DTÖ kurallarına göre yalnızca

⁵⁷¹ **Vanhonnaeker**, s. 110.

⁵⁷² **Vanhonnaeker**, s. 110.

⁵⁷³ **Ermias Tekeste Biadgleng**, "IP Rights Under Investment Agreements: The TRIPS-plus Implications for Enforcement and Protection of Public Interest", South Centre, Research Papers No. 8, 2006, s. 26.

devletlerin dava açma hakkı bulunmakta olup, ihlal kişisel çıkarlarına zarar verse dahi, kişilerin DTÖ bünyesinde uyuşmazlık çözümüne başvurma hakkı bulunmamaktadır⁵⁷⁴.

Adil ve eşit muamele hükmünün, ‘uluslararası örf ve adet hukukuna uygun’ muamele veya ‘uluslararası asgari standardın’ altında olmayan muamele şeklinde kaleme alınması halinde, bu soru daha karmaşık hale gelmektedir⁵⁷⁵.

TRIPS Anlaşması uluslararası hukukun bir parçası olarak nitelendirilirken, uluslararası örf ve adet hukuku olarak değerlendirilmemektedir. Bu nedenle, uluslararası yatırım anlaşmasının, adil ve eşit muamele standardı altında uluslararası örf ve adet hukukuna işaret etmesi halinde, bu durum, uluslararası fikri mülkiyet hukukunun dışarıda bırakılmasına neden olabilir. Ancak adil ve eşit muamele hükmünde uluslararası asgari standart ifadesine yer verilmesi halinde, fikri mülkiyet alanında asgari standartlar öngördüğünden TRIPS Anlaşması’nın uygulanmasının mümkün olabileceği savunulmuştur⁵⁷⁶.

Adil ve eşit muamele standardı ile ilgili olarak uluslararası yatırım anlaşmalarında karşılaşılan diğer bir formülasyon ‘en yüksek uluslararası standartların korunması’ şeklindedir. TRIPS Anlaşması’nın uluslararası fikri mülkiyet korumasına zemin oluşturduğu nazara alındığında, bu durumda yatırımcının TRIPS Anlaşması’nın

⁵⁷⁴ **Charles Owen Verrill, Jr.**, “Are WTO Violations also Contrary to the Fair and Equitable Treatment Obligations in Investor Protection Agreements?”, ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol. 11, Issue. 2, 2005, s. 288–89.

⁵⁷⁵ **Andrew Newcombe, Lluís Paradell**, “Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment” Chapter 1, Historical Development of Investment Treaty Law, Kluwer Law International, 2009, <https://ssrn.com/abstract=1375600> (erişim tarihi: 06.02.2021), s. 201–03.

⁵⁷⁶ **Vanhonnaeker**, s. 111.

uygulanması yönünde meşru beklenti içinde olmasının mümkün olabileceği öne sürülmüştür⁵⁷⁷.

Diğer taraftan, ilgili anlaşmada, TRIPS Anlaşması'na açıkça atıf yapılmadığı takdirde, TRIPS yükümlülüklerine uygunluğun denetlenmesinin hakem heyetlerine bırakılamayacağı ileri sürülmüştür⁵⁷⁸. Eli Lilly davasında, davacı TRIPS hükümlerinin ihlalinin, adil ve eşit muamele standardının bir ihlalinin oluşturduğunu iddia etmiştir. Buna karşılık davalı ise, ev sahibi devletin uluslararası fikri mülkiyet anlaşmalarından kaynaklanan yükümlülüklerine uyup uymadığı sorusunun hakem heyetinin yetkisi dışında olduğunu savunmuştur⁵⁷⁹. Davalı Kanada her halükarda, TRIPS Anlaşması, NAFTA Bölüm 17 ve Patent İşbirliği Anlaşması (PCT) hükümlerine uygun hareket ettiğini ifade etmiştir⁵⁸⁰.

Ruse Khan'ın işaret ettiği gibi, “uluslararası yatırım anlaşmasında, böyle bir anlaşma yükümlülüğüne açık atıf bulunmaksızın yatırım anlaşması taraflarının adil ve eşit muamele standardını bu derece geniş ölçüde yorumlama niyetinde olduklarını varsaymak zordur”⁵⁸¹. Gerçekten de, yatırım anlaşmasının tarafları, hakem heyetinin yargı yetkisini genişletmek isteselerdi diğer uluslararası anlaşmalara açıkça atıf yapabilirlerdi. Ayrıca hakem heyeti, adil ve eşit muamele standardının bu derece geniş

⁵⁷⁷ **Vanhonnaeker**, s. 112.

⁵⁷⁸ **Grosse Ruse-Khan**, Litigating, s. 15; **Vadi**, New Forms, s. 185.

⁵⁷⁹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Canada Statement of Defence, (30.07.2014), para. 92.

⁵⁸⁰ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Canada Statement of Defence, (30.07.2014), para. 86-94.

⁵⁸¹ **Grosse Ruse-Khan**, Litigating, s. 15; benzer yönde bkz. **Klopschinski, Gibson**, **Grosse Ruse-Khan**, s. 343.

yorumunu kabul ederse, hakem heyeti yargılaması ile diğer uluslararası mahkemeler arasında bir kesişme meydana gelebilir. Oysa DTÖ uyuşmazlık çözüm mekanizması, DTÖ hukuku ihlalleri ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde yargı yetkisine sahiptir⁵⁸². Ayrıca vurgulamak gerekir ki, yatırım anlaşması standartlarının, uluslararası fikri mülkiyet normlarını da içerecek şekilde yorumlanması ile bir yatırımcının ev sahibi devletten uluslararası anlaşmalara uygun şekilde davranmasını beklemesi farklı meselelerdir⁵⁸³. Diğer bir anlatımla, yatırım anlaşması standartlarının değerlendirilmesinde yorum yoluyla uluslararası fikri mülkiyet normlarından yararlanılması, yatırımcılarda bu normlar doğrultusunda meşru beklenti yaratacağı anlamına gelmemektedir. Bunun yerine, özellikle fikri mülkiyetin ülkesellik ilkesi nazara alındığında, meşru beklentilerin değerlendirilmesinde başlangıç noktası, ev sahibi devletin iç hukuku ve iş çevresi olmalıdır⁵⁸⁴.

Uluslararası fikri mülkiyet standartlarının uygulanması ülkeden ülkeye de farklılık göstermektedir. Reichman'ın ifade ettiği gibi "TRIPS Anlaşması veya diğer uluslararası anlaşmalar sanayiye uygulanırlık (yararlılık), yenilik veya açık olmama standartlarının esaslı içeriğini oluşturmaya kalkışmamıştır. Bunun nedeni, bu doktrinlerin nasıl uygulandığı konusunda görüş birliği bulunmamasıdır. Devletlerin uygulamaları değişmektedir. Bunlar açık uçlu standartlar olup kurallar değildir ve

⁵⁸² Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU), Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, Art 23, 1869 UNTS 401, 33 ILM 1226 (1994); **Vadi**, New Forms, s. 185; **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 345.

⁵⁸³ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 345.

⁵⁸⁴ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 346.

zaman içinde içeriği değişmektedir.”⁵⁸⁵ TRIPS Anlaşması’nın özünde yeknesak olmama yer almaktadır. TRIPS Anlaşması’nın 1.1 maddesi bu durumu ifade etmektedir: “Üyeler bu anlaşma hükümlerini kendi hukuki sistem ve uygulamaları dâhilinde tatbik edebilmek için uygun yöntemleri belirlemede serbesttirler.”

Uluslararası yatırım tahkimi, uluslararası fikri mülkiyet anlaşmalarının uygulanması için yeni bir araç teşkil edebilir mi? Uluslararası yatırım tahkimi, iç düzenlemelerin TRIPS Anlaşması’na uygunluğunu dava edebilmeleri için yatırımcılara alternatif bir yol sağlayabilir mi?

TRIPS Anlaşması’nın ihlali, uluslararası yatırım tahkiminde bağımsız bir iddianın esasını oluşturabilir mi? Vadi’nin ifade ettiği gibi, yatırım hakem heyetlerinin yetkileri sınırlıdır ve ilgili yatırım anlaşmasında öngörülmedikçe, hakem heyetleri uluslararası fikri mülkiyet hukukunun ihlali hakkında yargılama yapamaz⁵⁸⁶. Grand River v ABD davasında hakem heyeti, NAFTA Bölüm 11’deki adil ve eşit muamele standardının “yatırımcılara diğer hukuk kaynaklarında sağlanan hukuki korumaları içermediği”ne karar vermiştir. Aksi takdirde bu standardın “uluslararası hukuk ve iç hukukun ihlallerini dava etmek için bir araç” haline geleceği belirtilmiştir⁵⁸⁷. Diğer bir davada da “iki taraflı yatırım anlaşmaları ve bu anlaşmalardan kaynaklanan

⁵⁸⁵ **Jerome Reichman**, “Compliance of Canada’s Utility Doctrine with International Minimum Standards of Patent Protection”, Panelist Presentation at ASIL Panel Proceedings, 2014, http://frederickabbott.com/sites/default/files/ASIL%20-%202014%20-%20FA-SS-JR%20consolidated_1.pdf (erişim tarihi:18.08.2021) s. 8.

⁵⁸⁶ **Vadi**, New Forms, s. 187.

⁵⁸⁷ Grand River Enterprises Six Nations Ltd. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Award (12.01.2011), para. 219.

uyuşmazlıkların uluslararası hukuk dñnyasının tamamını kapsamadığı” vurgulanmıřtır⁵⁸⁸.

Diğer taraftan, bir anlaşmayı yorumlarken hakem heyeti, tarafların diğer uluslararası yükümlölüklerini de dikkate alabilir. Andlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Sözleşmesi 31.3(c) maddesi uyarınca, taraflar arasındaki ilişkilerde, uygulanabilecek uluslararası hukukun ilgili kuralları dikkate alınacaktır. Buna göre TRIPS Anlaşması, yatırım standartlarının yorumlanmasında arka plan oluřturabilir⁵⁸⁹.

Uygulanacak olan iki taraflı yatırım anlaşması TRIPS Anlaşması’na atıf yapmadığı takdirde, yatırımcılara ev sahibi devlete karşı, TRIPS Anlaşması ihlalini iddia edebilmeleri imkânını tanımak, iki taraflı yatırım anlaşmasından ve DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Sisteminden (Dispute Settlement Understanding) radikal bir sapma olacaktır⁵⁹⁰. Gibson’un işaret ettiği gibi, “bir ÷lke TRIPS Anlaşması yükümlölüklerini yerine getirmezse, DTÖ’nün uyuşmazlık çözüml mekanizması ... uyumsuzluktan kaynaklanan devlet-devlet uyuşmazlıklarının çözümlü için prosedürler öngörmektedir”⁵⁹¹. İlgili iki taraflı yatırım anlaşması metninde TRIPS Anlaşması’na atıf bulunmadığı durumda, yatırımcıların TRIPS Anlaşması’na dayanarak, devlet tasarruflarını dava edebilmeleri mümkün olmamalıdır. Bir devletin TRIPS Anlaşması’nı ihlal etmesi, uluslararası yatırım tahkiminde bağımsız bir iddiaya neden olamaz⁵⁹².

⁵⁸⁸ Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Procedural Order No. 2, (26.06.2012), <https://www.italaw.com/cases/1472> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 57.

⁵⁸⁹ **Vadi**, New Forms, s. 187.

⁵⁹⁰ **Verrill**, s. 288-89.

⁵⁹¹ **Gibson**, Latent Grounds, s. 422.

⁵⁹² **Vadi**, New Forms, s. 196.

Ancak bu durum, TRIPS Anlaşması'nın tamamıyla ilgisiz olduğu anlamına gelmemelidir. Fikri mülkiyet yatırım uyuşmazlıklarında TRIPS Anlaşması'nın kılavuzluk etmesi mümkündür. Eğer uygulanabilir hukuk ulusal hukuk ise ve ulusal hukuk TRIPS Anlaşması'nı uyguluyorsa, ilgili TRIPS hükümlerinin yorumlanması, bu devlet tasarruflarının meşruluğunun belirlenmesinde hakem heyetlerine yardımcı olabilir⁵⁹³.

Fikri mülkiyet rejiminin sosyal bir fonksiyona hizmet ettiği anlayışı, TRIPS Anlaşması'nın 7. ve 8. maddelerinde belirtildiği gibi uluslararası hukukta büyük oranda kabul edilmektedir. Fikri mülkiyet hakları, eşit derecede önemli diğer haklarla ve toplumun menfaatleriyle uyum içinde olmalıdır⁵⁹⁴.

Uluslararası yatırım anlaşmaları çeşitli koruma seçenekleri sunmakla çok taraflı fikri mülkiyet yükümlülükleri ile çelişki yaratabilmektedirler. Nihayetinde fikri mülkiyet hakları statik ve kesin değildir. Geleneksel anlamda yatırım korumasından beklenen öngörülebilirlik durumu, fikri mülkiyet sisteminin doktriner ve normatif değişkenliği ile uyumlu değildir. Yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği veya yatırımın yapıldığı tarihte geçerli olan hukuk kuralları gözetilerek yatırımın değerini belirlemek doğru değildir. Fikri mülkiyet hakları, teşvik etmeyi hedefledikleri inovasyon kadar dinamik olacaktır. Fikri mülkiyet hak sahipleri, fikri mülkiyetin dinamik yapısının ve kuralların değişebileceği riskinin farkındadırlar. Keza uluslararası fikri mülkiyet yükümlülükleri, zaman içerisinde değişimlere izin verecek şekilde asgari standartlar

⁵⁹³ **Vadi**, New Forms, s. 196.

⁵⁹⁴ **Vadi**, New Forms, s. 196-97.

getirmektedir⁵⁹⁵. Yatırımcılar, fikri mülkiyet haklarının değişken bir ortamda mevcut olduğunun, dolayısıyla bir fikri mülkiyet hakkıyla ilgili makul beklentilerin değerlendirilmesinde bu durumun dikkate alınacağını bilincinde olmalıdırlar⁵⁹⁶.

IV. KAMULAŞTIRMA

A. Uluslararası Yatırım Hukukunda Kamulaştırma

1. Kamulaştırma Kavramı

Uluslararası yatırım hukuku yabancı yatırımlar üzerinde kamulaştırmaya izin vermektedir. Ancak bunun için kamusal amaç, ayrımcı olmayan muamele, hukuki sürece uygunluk ve tazminat karşılığı olma koşulları gerekmektedir⁵⁹⁷. Kamulaştırma, bir tarafta devletlerin doğal kaynakları üzerindeki egemenlikleri ile diğer tarafta yabancıların haklarına saygı duyma görevi arasında bağlantı kurar⁵⁹⁸.

Neredeyse bütün uluslararası yatırım anlaşmaları birbirine benzer ifadelerle kamulaştırma hükmüne yer vermektedir. Örneğin, Türkiye ile Kosova arasındaki iki

⁵⁹⁵ **Ruth L Okediji**, “When is Intellectual Property an “Investment”?”, Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s. 113.

⁵⁹⁶ **Okediji**, When, s. 112.

⁵⁹⁷ **Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer**, Principles of International Investment Law, 2nd edn, Oxford University Press, 2012, s. 99–101; **Domenico Di Pietro**, “Enerji Şartı Anlaşması: Genel Değerlendirme”, (Çev. Muzaffer Eroğlu), Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı, (Ed. Nuray Ekşi, Turgut Kalpsüz, Müslüm Yılmaz), Beta, İstanbul 2008, s. 156.

⁵⁹⁸ **Henning Grosse Ruse-Khan**, The Protection of Intellectual Property in International Law, Oxford University Press, 2016, s. 187.

tarafı yatırım anlaşmasında kamulaştırmaya karşı koruma hükmü, Anlaşmanın 6. maddesinde düzenlenmiştir:

“Yatırımlar, kamu yararı gözetilerek, ayrımcı olmayacak biçimde; anında, yeterli ve etkin tazminat ödenerek, uygun hukuki usule ve işbu Anlaşmanın 4. maddesinde belirtilen genel muamele ilkelerine göre yapılanlar hariç olmak üzere kamulaştırılmaz, devletleştirilemez veya doğrudan ya da dolaylı olarak benzer etkisi olan tedbirlere maruz bırakılmaz”⁵⁹⁹.

Uluslararası yatırım anlaşmaları kamulaştırmaya karşı koruma hükümleri içermektedir. Kamulaştırma iddialarıyla ilgili olarak hakem heyeti, devletin hangi eylem ve işlemlerinin kamulaştırma sayılacağına karar verecektir. Anlaşma hükümleri genel itibariyle kamulaştırmanın tanımını yapmaktan yoksundur. Hukuka uygun kamulaştırma şartları şunlardır: 1) Kamusal amaç güdülmesi, 2) ayrımcı olmayan bir temele dayanması, 3) hukuki sürece uygun olarak yapılması ve 4) acil, yeterli ve etkili bir tazminat ödenmesi gerekmektedir⁶⁰⁰. Bunlardan herhangi birinin bulunmaması durumunda hukuka aykırı kamulaştırma söz konusu olup tazminat gerektirmektedir⁶⁰¹.

Kamulaştırma, genel itibariyle, devletlerin kendi vatandaşlarının veya yabancıların değişik şekillerdeki mal varlığı haklarına el koymasını ifade etmektedir. Bu nedenle yatırımcılar bir ülkeye yerleştiklerinde, kamu yararı gözetilerek,

⁵⁹⁹ Anlaşma metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/07/20150712-3-1.pdf> (erişim tarihi: 06.02.2021); benzer yönde bkz. Türkiye Cumhuriyeti ile Çek Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması m. 4, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/01/20120115-1-1.pdf> (erişim tarihi: 06.02.2021).

⁶⁰⁰ Vanhonnaeker, s. 38-39.

⁶⁰¹ Vadi, New Forms, s. 169-70.

malvarlıklarının hukuka uygun olarak kamulaştırılabileceğinin bilincinde olmalıdırlar⁶⁰².

Maddi olmayan malvarlıklarının da kamulaştırmaya konu olabileceği kabul edilmektedir⁶⁰³.

Kamulaştırma, doğrudan kamulaştırma veya dolaylı kamulaştırma olarak iki şekilde ortaya çıkabilmektedir. Doğrudan kamulaştırma, hükümetin, doğrudan özel bir mal varlığına el koyması halinde söz konusu olur⁶⁰⁴. Son on yılda kamulaştırma hukuku, ilgisini, doğrudan kamulaştırmadan dolaylı kamulaştırmaya çevirmiştir.

⁶⁰² **Vanhonnaeker**, s. 38.

⁶⁰³ **Jan Paulsson, Zachary Douglas**, “Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects* Kluwer Law International 2004, s. 152; **Christoph Schreuer**, “The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 5, 2005; **Julien Chaisse, Puneeth Nagaraj**, “Changing Lanes: Intellectual Property Rights, Trade and Investment”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 37, Issue. 2, 2014, s. 253; bkz. *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4 (05.02.2002), <https://www.italaw.com/cases/1162> (erişim tarihi: 06.02.2021); *Phillips Petroleum Company Iran v. The Islamic Republic of Iran, the National Iranian Oil Company*, IUSCT Case No. 39 (29.06.1989), <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-phillips-petroleum-company-iran-v-the-islamic-republic-of-iran-the-national-iranian-oil-company-award-award-no-425-39-2-friday-16th-june-1989> (erişim tarihi: 06.02.2021).

⁶⁰⁴ **Andrew Newcombe**, “The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law”, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Vol. 20, Issue. 1, 2005, s. 9-10.

Devletler kamulaştırma nedeniyle yatırımcıları ürkütmek istemediklerinden, doğrudan kamulaştırma daha az başvurulmuş bir yöntem haline gelmiştir⁶⁰⁵.

Özel mülkiyetin devlete devrini içeren doğrudan kamulaştırma ile dolaylı kamulaştırma arasındaki farkın ortaya konulması gerekmektedir. Dolaylı kamulaştırmanın tanımı genel itibariyle tahkim kararlarıyla şekillenmiştir. Parkerings v Litvanya davasında⁶⁰⁶ dolaylı kamulaştırma şu şekilde ifade edilmiştir: “*de facto* kamulaştırma (veya dolaylı kamulaştırma) anlaşmalarda açıkça tanımlanmamıştır ancak ‘mal varlığı devrini içermeyip mal varlığından yararlanmaktan yoksunluğu içeren, hükümet önlemlerinin yatırımcının mal varlığı hakları üzerindeki olumsuz etkisi’ olarak anlaşılabilir”.

Çin-Almanya iki taraflı yatırım anlaşmasının 4(2) maddesi, “kamulaştırma veya millileştirmeye denk etkileri olan diğer önlemler” şeklinde ifade etmek suretiyle dolaylı kamulaştırmaları açıkça düzenlemekte ise de, anlaşmada bu standardın nasıl uygulanacağına dair bir yöntem bulunmamaktadır. Kamulaştırmayı oluşturan koşulların belirlenmesi somut olaya göre değerlendirme gerektirdiğinden, uluslararası yatırım anlaşmalarının büyük bir kısmı bu konuda açıklık bırakmıştır⁶⁰⁷.

‘*De facto*’ kamulaştırma olarak da bilinen dolaylı kamulaştırma, yatırımcıyı dolaylı olarak etkileyen, fakat gerçekte yatırımcının haklarını önemli ölçüde azaltması nedeniyle doğrudan kamulaştırmaya denk görülen tasarruflardan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle dolaylı kamulaştırma, müdahalenin esaslı olması ve yatırımın faydalarının

⁶⁰⁵ Dolzer, Schreuer, s. 39.

⁶⁰⁶ Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/08, Award (11.09.2007).

⁶⁰⁷ Gibson, Latent Grounds, s. 448.

tamamından veya çoğundan yatırımcıyı mahrum bırakması halinde söz konusu olacaktır⁶⁰⁸.

2. Kamulaştırma ile Tazminat Gerektirmeyen Düzenleme Arasındaki Farkın Ortaya Konulması

Dolaylı kamulaştırmanın açık bir tanımının bulunmaması nedeniyle, hükümet tasarruflarının dolaylı kamulaştırma teşkil edip etmediğine karar vermede hakem heyetleri birtakım yöntemler geliştirmişlerdir. Bu anlamda çoğunlukla, hükümet tasarruflarının yatırıma müdahalesinin yoğunluğuna bakılmaktadır⁶⁰⁹.

PSEG v Türkiye davasında⁶¹⁰ belirtildiği üzere, her ne kadar pek çok şey yanlış idare edilmiş ise de, bu işlemler kamulaştırma anlamına gelmemektedir. Hakem heyetine göre, kamulaştırmaya denk tasarruflar güçlü bir müdahale gerektirmektedir. Güçlü bir müdahale gerçekleşmediğinden Türkiye'nin eylemleri kamulaştırma oluşturmamıştır⁶¹¹.

Sempra v Arjantin davasında⁶¹² da hakem heyeti, yatırım üzerinde olumsuz etki yaratan müdahalelerin dolaylı kamulaştırma oluşturmada yeterli olmadığını ifade

⁶⁰⁸ Vanhonnaecker, s. 40.

⁶⁰⁹ Christina Knahr, "Indirect Expropriation in Recent Investment Arbitration", Austrian Review of International and European Law, Vol. 12, Issue. 1, 2010, s. 89.

⁶¹⁰ PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, (19.01.2007).

⁶¹¹ PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, (19.01.2007), para. 279-280.

⁶¹² Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, (28.09.2007).

etmiştir. Buna göre, “...dolaylı kamulaştırmaya karar vermek olumsuz etkilerden daha fazlasını gerektirmektedir. Dolaylı kamulaştırma, yatırımcının işi üzerinde artık kontrolünün bulunmamasını veya işinin değerinin neredeyse yok edilmiş olmasını gerekli kılmaktadır”⁶¹³.

Enron v Arjantin davasında da hakem heyeti dolaylı kamulaştırmanın tespitinde belirleyici olarak esaslı yoksunluğun varlığını kabul etmiştir⁶¹⁴.

Parkerings v Litvanya davasında da benzer şekilde, anlaşmanın ihlalinin kamulaştırma oluşturabilmesi için yatırımın değerinde esaslı bir azalmaya neden olması gerektiğine karar verilmiştir⁶¹⁵.

Dolaylı kamulaştırma doktrini, iki karşıt menfaati ilgilendirdiğinden oldukça tartışmalıdır. Yatırımcıların ev sahibi devletlerin düzenleyici güçlerine karşı korunmaları gerekliliği ile devletlerin kamu düzenini sağlama ve düzenleme yapma yetkileri doğrultusunda tasarrufta bulunmaları gerekliliği, bu iki karşıt menfaati oluşturmaktadır⁶¹⁶.

Yatırımcının çıkarlarına karşı devletin çıkarları meselesi, her iki yönde verilen tahkim kararlarından da anlaşılacağı üzere, çözüme kavuşmaktan uzak, hassas bir tartışmadır. Bu çetrefilli tartışma S.D. Myers davasında ele alınmıştır. Bu davada iki hakem şunu ifade etmiştir:

⁶¹³ Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, (28.09.2007), para. 285.

⁶¹⁴ Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, (22.05.2007), <https://www.italaw.com/cases/401> (erişim tarihi: 06.02.2021).

⁶¹⁵ Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/08, Award (11.09.2007), para. 455.

⁶¹⁶ Vanhonnaecker, s. 40.

“İçtihatların genel yapısı çoğunlukla, düzenleyici eylemi kamulaştırma olarak yorumlamamaktadır. Kamu yetkilileri tarafından gerçekleştirilen düzenleyici eylemin, NAFTA 1110 maddesi kapsamında haklı bir şikayetin konusunu oluşturması mümkün görünmemektedir.”⁶¹⁷

Diğer taraftan Santa Elena davasında şu şekilde karar verilmiştir:

“Kamulaştırmaya konu çevresel tasarruflar - ne kadar övgüye değer ve bütün olarak topluma faydalı olursa olsun – bu açıdan devletin politikalarını uygulamak için aldığı diğer kamulaştırma tasarruflarına benzemektedir: mal varlığı kamulaştırıldığında, yerel veya uluslararası çevresel amaçlar için olsa bile, devletin tazminat ödeme yükümlülüğü varlığını sürdürmektedir.”⁶¹⁸

Ev sahibi devletler, özellikle gelişmekte olan ülkeler, gerçekleştirdikleri tasarruflar sonucu zarar gören yatırımcılara tazminat ödeyebilmek için gereken finansal kaynağa sahip olmayabilir. Ayrıca, devletlerin bir taraftan uluslararası yükümlülükleri uyarınca yasal değişiklikler ve düzenlemeler yapmaları gerekirken, diğer taraftan bu düzenlemeler yatırımcının mal varlığına bir müdahale oluşturup, tazminat sorumluluğuna neden olabilir. Bu şekilde devletlerin köşeye sıkıştırılması söz konusu olabilir. Ayrıca, uluslararası örf ve adet hukuku devletlerin düzenleme yapma hakkını tanıırken, ilgili uluslararası yatırım anlaşmasında dolaylı kamulaştırmanın geniş bir tanımının kabul edilmesi, devletin kamu düzeniyle ilgili düzenleme yapabilmesini sınırlayabilir. Bu durum, dolaylı kamulaştırmanın ne şekilde yorumlanacağı ve hakem heyetlerinin devlet tasarruflarını nasıl değerlendirecekleri ile ilgili analiz yapılmasını

⁶¹⁷ S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL partial award (13.11.2000), para. 281.

⁶¹⁸ Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, (17.02.2000), <https://www.italaw.com/cases/3413> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 72.

gerektirmektedir. Bu bağlamda tahkim içtihat hukukunda üç analitik çerçeve geliştirilmiştir⁶¹⁹.

Gerçekten de, tazminat gerektirmeyen düzenleme ile düzenleyici kamulaştırma arasında hat çizen üç temel otorite bulunmaktadır⁶²⁰. Bu üç doktrin korumayı hedefledikleri çıkarlar temelinde birbirlerinden ayrılmaktadırlar. ‘Yalnız etki doktrini’ (sole effect doctrine) yatırımcının çıkarlarını korumayı amaçlarken, ‘radikal kamu gücü doktrini’ (radical police powers doctrine) daha çok devletin çıkarlarını, diğer bir ifade ile kamu yararını korumayı amaçlamaktadır. Bu iki uç doktrin arasında hakem heyetleri ayrıca, ilgili tasarrufun etkisini analiz etmek ve bu tasarrufun amacını da dikkate almak suretiyle ‘ılımlı kamu gücü doktrini’ni (moderate police powers doctrine) kabul etmişlerdir⁶²¹.

Bu doktrinleri uygulamaya koymaktaki zorluk, dolaylı kamulaştırmaya neden olabilecek müdahalenin derecesinde belirlilik olmamasından kaynaklanmaktadır⁶²². Yatırımcının haklarını etkileyebilecek devlet tasarrufların çeşitliliği, dolaylı kamulaştırmaya neden olan eylemlerin formüle edilmesini güçleştirmektedir⁶²³.

⁶¹⁹ **Vanhonnaeker**, s. 42.

⁶²⁰ **Ursula Kriebaum**, “Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State”, *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 8, Issue. 5, 2007, s. 724.

⁶²¹ **Vanhonnaeker**, s. 42.

⁶²² *Investor- State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, 2007, UNCTAD/ITE/IIA/2007/3, https://unctad.org/system/files/official-document/iteia20073_en.pdf, (erişim tarihi: 06.02.2021), s. 56.

⁶²³ **Vanhonnaeker**, s. 42.

a. Yalnız Etki Doktrini (Sole Effect Doctrine)

Hakem heyetleri genellikle, dolaylı kamulaştırmanın varlığına karar vermede belirleyici faktör olarak devlet tasarrufunun yatırım üzerindeki etkisini dikkate almaktadır⁶²⁴. Öğretide bu uygulamaya ‘yalnız etki doktrini’ (sole effect doctrine) denilmektedir⁶²⁵.

‘Yalnız etki doktrini’ yatırımcının çıkarlarına odaklanmaktadır. Bu doktrin, dolaylı kamulaştırmanın varlığına karar vermek için, tasarrufun etkisini, daha doğru bir ifade ile ekonomik yoksunluğun süresi ve yoğunluğunu dikkate almakta olup, bu tasarrufun getiriliş amacına önem vermemektedir. Bu doktrinin uygulanmasındaki temel sıkıntı, dolaylı kamulaştırmanın tespitinde tasarrufun etkisine fazlaca ağırlık vermesinden kaynaklanmaktadır⁶²⁶. Dolaylı kamulaştırmayı çevreleyen belirsizlik durumu, bu konunun son on yılın en tartışmalı konularından biri olmasını açıklamaktadır⁶²⁷.

⁶²⁴ Pope & Talbot Inc. v. Canada, Interim Award, (26.06.2000), <https://www.italaw.com/cases/863>, (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 102; S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL partial award (13.11.2000), para. 287 (2001); EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL, Award, (03.02.2006), <https://www.italaw.com/cases/393> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 173.

⁶²⁵ **Knahr**, s. 92; **Rudolf Dolzer**, “Indirect Expropriations: New Developments?”, New York University Environmental Law Journal, Vol. 11, Issue. 1, 2002, s. 79; **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 422; **Oke**, Interface, s. 166.

⁶²⁶ **Vanhonnaeker**, s. 43.

⁶²⁷ Investor- State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking, September 2007, UNCTAD/ITE/IIA/2007/3, s. 56.

Kamulaştırmadan söz edebilmek için, devlet tasarruflarının yatırımın ekonomik değerini yok etmesi ve etkisinin uzun süreli olması gerekmektedir. Yatırımın değerinde yalnızca azalma meydana gelmiş olması yeterli görülmemektedir⁶²⁸. Bu doktrini benimseyen hakem heyetleri için asıl soru, yatırımın ekonomik değerinde esaslı bir yoksunluğun bulunup bulunmadığıdır. Diğer bir deyişle, yatırıma müdahalenin derecesi esaslı olmalıdır⁶²⁹. Yoksunluğun derecesi ile ilgili birtakım formüller geliştirilmiştir. Buna göre, mal varlığından makul olarak beklenen ekonomik kârın tamamından veya önemli bir parçasından mahrum bırakma; bir yatırımdan ekonomik olarak yararlanmadan radikal bir şekilde mahrum bırakma; mal varlığından her türlü yararlanmayı ortadan kaldırma gibi formüller, kamulaştırma için gerekli olan yoksunluğun derecesini göstermektedir⁶³⁰. Pope & Talbot v Kanada davasında hakem heyeti, kamulaştırma için bütün bir yoksunluğun değil, esaslı bir yoksunluğun gerekli olduğunu kabul etmiştir⁶³¹. Ayrıca müdahale kuralı olarak, kalıcı ve geri döndürülemez olmalıdır⁶³².

Yalnız etki doktrini bazı davalarda kabul edilmiş olup özellikle Metalclad davasında açıkça ifade edilmiştir:

“Kamulaştırma ... yalnızca ev sahibi devlet yararına açıkça el koyma veya tapunun resmi veya zorunlu transferi gibi açık, kasıtlı ve ikrar edilmiş mal varlığı alımlarını içermez. Kamulaştırma ayrıca mal varlığı sahibinin, beklenen ekonomik

⁶²⁸ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 422.

⁶²⁹ Oke, Interface, s. 167.

⁶³⁰ UNCTAD, Expropriation: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (2012), [https://unctad.org/en/Docs/ unctaddiaeia2011d7_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf) (erişim tarihi: 20.01.2020), s. 64.

⁶³¹ Pope & Talbot Inc. v. Canada, Interim Award, (26.06.2000), para. 102.

⁶³² Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 422.

yararın tamamından veya önemli bir kısmından mahrum kalmasına etki eden gizli veya tesadüfi müdahaleleri de kapsamaktadır.”⁶³³

Ayrıca belirtilmiştir ki;

“Hakem heyeti, Ekolojik Kararname’nin (Meksika Federal Hükümeti tarafından çıkarılan kararname) kabul edilmesindeki niyeti veya motivasyonu dikkate almak zorunda değildir. ... Hakem heyeti, Ekolojik Kararname’nin uygulanmasının kamulaştırmaya denk bir eylem oluşturduğunu düşünmektedir.”⁶³⁴

Vivendi v Arjantin davasında da, “kritik faktörün devletin niyeti değil, tasarrufun yatırımcı üzerindeki etkisi” olduğuna karar verilmiştir⁶³⁵.

Metalclad davasında ifade edildiği şekliyle ‘yalnız etki doktrini’nin uygulanması, korunmaya değer üstün kamu yararının nazara alınmasını imkânsız kılmaktadır⁶³⁶.

Yatırımda etkili bir yoksunluk yaratan müdahalenin tek başına otomatik olarak kamulaştırma oluşturup oluşturmayacağı tartışmalı bir konu olmuştur. Yaygın uygulama, etkili bir yoksunluğun gerekli ve önemli bir koşul olduğu ancak yeterli

⁶³³ Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, (30.08.2000), <https://www.italaw.com/cases/671> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 103.

⁶³⁴ Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, (30.08.2000), para. 111.

⁶³⁵ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, (20.08.2007), <https://www.italaw.com/cases/309> (erişim tarihi: 04.03.2021), para.7.5.20.

⁶³⁶ Vanhonnaecker, s. 44.

olmadığı yönündedir⁶³⁷. Ülkeler, model yatırım anlaşmalarında, hakem heyetlerince yalnız etki analizinin uygulanmasını sınırlayan ifadelerle yer vermişlerdir. Örneğin 2012 ABD model iki taraflı yatırım anlaşması uyarınca, “bir devlet eylemi (veya eylemler serisinin) yatırımın ekonomik değeri üzerinde olumsuz etkisinin bulunması, tek başına, dolaylı kamulaştırmanın gerçekleştiğini kanıtlamayacaktır”⁶³⁸. Benzer şekilde 2016 Hindistan model iki taraflı yatırım anlaşması gereğince de, “bir tasarrufun veya tasarruflar serisinin kamulaştırmaya denk bir etkisinin olup olmadığını belirlemek vaka bazında, somut olaya dayalı sorgulama gerektirmektedir”⁶³⁹.

b. Radikal Kamu Gücü Doktrini (Radical Police Powers Doctrine)

‘Radikal kamu gücü doktrini’ (radical police powers doctrine), dolaylı kamulaştırmanın oluşup oluşmadığına karar vermek için kriter olarak, tasarrufun kamusal amacına odaklanmaktadır. Radikal kamu gücü doktrininin uygulanması suretiyle, yatırımcının mal varlığına yapılan müdahale haklı bir amaca hizmet ediyorsa, müdahalenin şiddeti dikkate alınmaksızın tazminat ödenmeyecektir⁶⁴⁰.

⁶³⁷ UNCTAD, Expropriation: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (2012), s. 63.

⁶³⁸ 2012 US Model BIT, Annex B, 4(a)(ii), <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (erişim tarihi: 15.03.2020).

⁶³⁹ 2016 Indian Model BIT, art. 5.3(b)(i), https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT%20_Annex_0.pdf (erişim tarihi: 07.10.2020).

⁶⁴⁰ Vanhonnaecker, s. 44.

Devletin yetkisi dâhilinde düzenleme yapma ve uygulama gücü anlamına gelen (police powers) kamu gücü doktrini, devletlerin tazminat ödeme yükümlülüğü bulunmaksızın, idari, yasal veya yargısal tasarruflar gerçekleştirebilmeleri ihtiyacını yansıtmaktadır⁶⁴¹.

Bu doktrin Methanex davasında uygulanmıştır:

“Uluslararası hukukun bir meselesi olarak, kamusal amaçlar için usule uygun olarak çıkarılan, ayrımcı olmayan bir düzenleme, bir yabancı yatırımcıyı veya yatırımı etkilese de kamulaştırma sayılmayacaktır, yeter ki hükümet tarafından yatırımı düşünen yabancı yatırımcıya, hükümetin böyle bir düzenlemeden kaçınacağı şeklinde özel taahhütlerde bulunulmamış olsun.”⁶⁴²

Methanex davasındaki bu ifadeye göre; ilgili tasarrufun altında yatan kamu yararının varlığı, bu önlemin yatırım üzerindeki etkisi dikkate alınmaksızın, kamulaştırma sayılmaması için yeterli olacaktır. Diğer bir ifade ile ‘ayrımcı olmama’, ‘kamu yararı’ ve ‘usule uygun olma’ kriterleri, kamulaştırmanın oluşup oluşmadığının belirlenmesinde etkili olacaktır⁶⁴³.

Suez v Arjantin davasında da bu doktrine vurgu yapılmıştır. Hakem heyetine göre; “kamulaştırma iddiasının değerlendirmesinde, devletin kamu refahı ile ilgili kamu

⁶⁴¹ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 423.

⁶⁴² Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, (03.08.2005), <https://www.italaw.com/cases/683> (erişim tarihi: 06.02.2021), Part IV, Chapter D, para. 7.

⁶⁴³ **Vanhonnaecker**, s. 45.

gücü kullanma ve düzenleme yapmaya ilişkin meşru hakkının tanınması önem arz etmektedir”⁶⁴⁴.

Bazı davalarda ise bu doktrin reddedilmiştir. Örneğin *Parkerings v Litvanya* davasında iki basamaklı yaklaşım benimsenmiştir. Buna göre, öncelikle kamulaştırmanın oluşup oluşmadığına karar verilecek, daha sonra ise bu kamulaştırmanın hukuki olup olmadığı incelenecektir. Hakem heyetine göre, “Anlaşmanın VI maddesi uyarınca kamulaştırma, iç hukuk prosedürüne uygun olarak, kamu yararı için yapıldıysa; ayrımcı değilse ve tazminat karşılığı yapıldıysa haklıdır. Bu nedenle, hakem heyeti öncelikle dolaylı kamulaştırmanın oluşup oluşmadığını belirleyecektir (...). Eğer cevap olumlu ise kamulaştırmanın haklı olup olmadığını değerlendirecektir”⁶⁴⁵. Hakem heyetine göre, davacının yatırımının kamulaştırılmadığına karar verildiğinde, kamulaştırmanın haklı olup olmadığı da ilgisiz olacaktır ve artık tartışılması gerekmeyecektir⁶⁴⁶. *Vivendi v Arjantin* davasında da bu yaklaşım benimsenmiştir: “Anlaşma, hakem heyetinin öncelikle dava konusu tasarrufların kamulaştırma oluşturup oluşturmadığını değerlendirmesini, ancak sonrasında bu tasarrufların kamusal amaç, ayrımcı olmama, özel taahhütler gibi belli koşullara uygun olup olmadığını sormasını gerektirmektedir”⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, (30.07.2010), <https://www.italaw.com/cases/1057> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 139.

⁶⁴⁵ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/08, Award (11.09.2007), para. 441-42.

⁶⁴⁶ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/08, Award (11.09.2007), para. 456.

⁶⁴⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, (20.08.2007), para. 7.5.21.

‘Radikal kamu gücü doktrini’, ev sahibi devletler için oldukça çekici görünse de, bu doktrin, uluslararası yatırım hukukunun yatırımı ve yatırımcıyı koruma yönündeki temel amacını ciddi şekilde zayıflatmaktadır. Ev sahibi devlet tasarruflarının çoğunun kamu yararı ile gerekçelendirilebileceği nazara alındığında, bu doktrinin uygulanmasıyla, düzenleyici tasarrufun dolaylı kamulaştırmaya neden olması neredeyse imkânsız olacaktır. Aynı zamanda, bu doktrin iki taraflı yatırım anlaşmalarının kamulaştırma hükümlerini ayrımcı kamulaştırmalara veya açıkça bir taahhüdün verilmesi durumlarına indirgeyerek, bu hükümlerin koruma işlevlerini azaltmaktadır⁶⁴⁸. Bu nedenlerle Vivendi davasında ‘radikal kamu gücü’ doktrini reddedilmiştir: “Eğer kamusal amaç, bir tasarrufu otomatik olarak kamulaştırma olmaktan çıkarıyorsa, o halde kamusal amaçlarla yapılan el koymalar hiçbir zaman tazmin edilebilir olmayacaktır”⁶⁴⁹.

Radikal kamu gücü doktrininin, yatırım hukukundaki doğrudan ve dolaylı kamulaştırmada parçalanmaya neden olabileceği ileri sürülmüştür. Zira bu yaklaşımda, doğrudan kamulaştırma tazminat gerektirecek ancak müdahalenin amacı ve etkisi aynı olsa bile, kamu yararına dayanan ve yatırımcının mal varlığına etki eden düzenleyici tasarruflar için devletin tazminat ödemesi gerekmeyecektir⁶⁵⁰.

Kamulaştırmanın hukukiliğinin test edilmesinde uygulanan kıstaslar (kamusal amaç, ayrımcı olmama, hukuki sürece uygun olma), kamu gücü doktrininde, kamulaştırmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinde dikkate alınmaktadır⁶⁵¹. Bu doktrin, dolaylı kamulaştırma halinde korumayı sınırlamakta ancak

⁶⁴⁸ **Vanhonnaeker**, s. 45.

⁶⁴⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, (20.08.2007), para. 7.5.21.

⁶⁵⁰ **Kriebaum**, s. 726.

⁶⁵¹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, (17.02.2000), para. 71; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID

doğrudan kamulaştırmalar bu analizden etkilenmemektedir. Böylece doğrudan ve dolaylı kamulaştırma arasında uyumsuzluk yaratılmaktadır. Zira yatırım anlaşmalarının kamulaştırma hükmünde yer alan kamu yararı, ayrımcı olmama ve hukuki sürece uygun olma kriterleri, doğrudan kamulaştırmanın hukuka uygunluk koşulları olarak görülmektedir. Oysa bu doktrin uyarınca, dolaylı kamulaştırma iddiasının varlığı halinde, kamulaştırmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde bu kriterler dikkate alınacaktır⁶⁵². Diğer bir deyişle, kamulaştırmanın hukukiliği için gerekli olan kamu yararı kriterinin, otomatik olarak devleti tazminat ödemekten muaf tutacak şekilde, kamulaştırmanın varlığı için gereken bir koşul olarak kabul edilmesi paradoksal bir durum yaratmaktadır⁶⁵³.

c. İlmli Kamu Gücü Doktrini (Moderate Police Powers Doctrine)

Tazminat gerektirmeyen düzenleme ile düzenleyici kamulaştırma arasında hat çizen üçüncü metot, ‘ılmli kamu gücü doktrini’ (moderate police powers doctrine)’dir. Bu doktrin, esas olarak müdahalenin etkisine dayanmakta fakat tasarrufun amacı veya meşru beklentilerin varlığı gibi faktörleri de dikkate almaktadır⁶⁵⁴. Bu yaklaşım, hem düzenleyici tasarrufun yatırım üzerindeki etkisini hem de bu tasarrufun altında yatan kamusal amacı değerlendirmektedir⁶⁵⁵.

Case No. ARB/02/8, Award, (17.01.2007), <https://www.italaw.com/cases/1026> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 270.

⁶⁵² **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 424.

⁶⁵³ **Oke**, Interface, s. 173; ayrıca bkz. Azurix v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (14.07.2006), para 311.

⁶⁵⁴ **Kriebaum**, s. 727; **Vanhonnaeker**, s. 46.

⁶⁵⁵ **Oke**, Interface, s. 176.

Bu doktrin uyarınca bir devlet, özel taahhütlere veya orantılılık ve makul olma analizine konu olan, egemen kamu gücünün meşru ve iyiniyetli uygulamasından dolayı sorumlu tutulamaz. Devlet tasarrufuyla korunan kamu yararı ve bunun yabancı yatırım üzerindeki etkisi arasındaki orantılılık, kamulaştırmanın tespitinde dikkate alınmaktadır. Orantılılık analizinde hakem heyeti, kamu yararına hizmet eden araçların bu amaçla orantılı olup olmadığını, aynı amacı gerçekleştirmek için daha az sınırlayıcı önlemler alınıp alınamayacağını değerlendirmektedir⁶⁵⁶.

Tecmed davasında hakem heyeti orantılılık testi aracılığıyla bu doktrini uygulamıştır.

“... Hakem heyeti, düzenleyici eylem veya tasarrufun kamulaştırma sayılıp sayılmayacağına karar vermek için bu eylem veya tasarrufların korunan kamu yararı ve yatırımcılara tanınan hukuki koruma ile orantılı olup olmadığını değerlendirecektir. Orantılılığa karar vermede bu etkinin büyüklüğünün önemli bir rolü olduğu dikkate alınacaktır.”⁶⁵⁷

Tecmed davasındaki analize göre, devletin eylemi, ele alınan ihtiyaçla açıkça orantısız olmadığı sürece, devletin bu eylemden sorumluluğu bulunmayacaktır.

Özellikle kamu sağlığına ilişkin meselelerde, dava konusu tasarrufların, kamu yararı için makul oranda gerekli olup olmadığının değerlendirilmesinde devletlerin takdir yetkisinin de gözetilmesi gerektiği bazı yatırım davalarında dikkate alınmıştır⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 425.

⁶⁵⁷ Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), para. 122.

⁶⁵⁸ Continental Casualty v. Argentine Republic, Award, ICSID Case No. ARB/03/9 (05.09.2008), <https://www.italaw.com/cases/329> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 187; Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v

Kamu sağlığı ile ilgili Chemtura v Kanada davasında hakem heyeti, dava konusu tasarrufların davacının yatırımında esaslı bir yoksunluk oluşturmadığına karar vermiştir. Daha da önemlisi, davaya konu tasarrufların, lindanın insan sağlığı ve çevre için sunduğu tehlikelere ilişkin artan farkındalıkla, ayrımcı olmayan bir şekilde, Kanada hükümetinin yetkisi dâhilinde alındığı vurgulanmıştır. Hakem heyetine göre, “bu koşullarda alınan önlem, devletin kamu gücünün geçerli bir uygulamasıdır ve sonuç olarak kamulaştırma oluşturmaz”⁶⁵⁹. Kamu sağlığına ilişkin, ayrımcı olmayan, makul tasarruflar devletin kamu gücü kapsamında değerlendirilmiştir.

İlmlı kamu gücü doktrini, ‘yalnız etki doktrini’ ile ‘radikal kamu gücü doktrini’ arasında yer almakta olup düzenleyici tasarrufların kamulaştırma oluşturup oluşturmadığının belirlenmesinde incelikli bir analiz ve daha doğru bir değerlendirme yapmaktadır. Bu nedenle, tahkim yargılamalarında bu üç doktrin kabul edilmekle birlikte, ‘ılımlı kamu gücü doktrini’ uluslararası yatırım hukuku konseptine en uygun yaklaşım olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁶⁰. Keza bu yaklaşım, diğer iki doktrinin tersine, devletin kamu yararına ilişkin düzenleme yapma yetkisi ile düzenleyici tasarrufun yatırım üzerindeki etkileri arasında denge sağlamayı amaçlamaktadır⁶⁶¹.

Dolaylı kamulaştırmanın varlığının değerlendirmesinde, yalnız etki doktrininde tasarrufun ekonomik etkisi ve yatırıma yapılan müdahalenin düzeyi, radikal kamu gücü doktrininde devletin işleminin amacı gibi ılımlı kamu gücü doktrinine nispeten daha az kriter gözetilmekte ve değerlendirme sonucu da daha öngörülebilir olmaktadır. Ancak

Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 399.

⁶⁵⁹ Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, Award, (02.08.2010), <https://www.italaw.com/cases/249> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 266.

⁶⁶⁰ Vanhonnaeker, s. 46.

⁶⁶¹ Oke, Interface, s. 180.

bu ilk iki doktrin yatırım kavramının karmaşıklığını ve ev sahibi devletin egemenliği üzerindeki etkilerini tam manasıyla kavrayamamıştır. Gerçekten de ilk iki yaklaşım iki uç değerlendirmeyi temsil ederken, üçüncü yaklaşım konuya daha hassas bakmaktadır. İlmli kamu gücü doktrini, dolaylı kamulaştırmanın tespitinde yatırım işlemlerinin karmaşıklığının gerektiği şekilde değerlendirilebilmesi için, hakemlere esneklik sağlamaktadır⁶⁶².

Dolaylı kamulaştırmanın tespitinde kabul edilen farklı yaklaşımlar, bu konunun çözüme kavuşmaktan uzak olduğunu ve gelecekte de değişimlerin söz konusu olabileceğini göstermektedir. Bu değişimler hem tahkim kararları hem de devletlerin uygulamaları sonucu şekillenecektir⁶⁶³.

B. Fikri Mülkiyet Haklarının Kamulaştırma İddialarına Konu Olması

Fikri mülkiyet haklarını etkileyen çeşitli devlet işlemleri söz konusu olabilir. Bu işlemler, bir fikri mülkiyet hakkının zorunlu olarak devletin mülkiyetine geçirilmesi, fikri mülkiyet hakkına ciddi derecede zarar veren veya bu haklardan yararlanılmasına izin vermeyen tasarruflar yapılması şeklinde gerçekleşebilir⁶⁶⁴.

Patentlere doğrudan el koymayan düzenleyici tasarruflar dolaylı kamulaştırma sayılabilir mi? Yatırımlara doğrudan el koymayan ancak sahibini ekonomik kazançtan yoksun bırakacak şekilde yatırımın kullanımına müdahale eden tasarruflar dolaylı kamulaştırmaya neden olabilmektedir. Bu anlamda, zorunlu lisansların, ilaç patentlerinin kamulaştırılması anlamına gelip gelmeyeceği sorusu da gündeme

⁶⁶² Vanhonnaeker, s. 46-47.

⁶⁶³ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 427.

⁶⁶⁴ Gibson, Latent Grounds, s. 449.

gelmektedir. Oysaki zorunlu lisanslar, TRIPS Anlaşması'nın izin verdiği esnekliklerdir⁶⁶⁵.

Fikri mülkiyet hakkı sahibinin, haklarını kullanmasına ciddi şekilde zarar veren ve kamulaştırma iddiasına neden olabilecek üç durum söz konusu olabilir. İlk olarak, devlet yatırımcının fikri mülkiyet haklarına doğrudan veya dolaylı olarak el koyabilir veya bu hakların üçüncü kişiye transferini gerçekleştirebilir. İkincisi, devlet, fikri mülkiyet haklarından yararlanılmasına engel olan veya ciddi şekilde zarar veren işlemler yapabilir. Öyle ki, devletin bu işlemi kamulaştırmaya denk görülebilir. Tescilli fikri mülkiyet haklarının kaldırılması veya geçersiz kılınması bu kategoride değerlendirilebilir. Üçüncü olarak, devlet yatırımcının fikri mülkiyet haklarını baltalayacak şekilde zorunlu lisans çıkarabilir⁶⁶⁶.

(i) Fikri Mülkiyet Haklarına El Konulması

Doğrudan kamulaştırma genel itibariyle, özel bir mal varlığı mülkiyetinin devlete veya devletin zorunlu kıldığı üçüncü bir kişiye transferini gerektirmektedir. Doğrudan kamulaştırma klasik manada örneğin, bir mal varlığının kamusal alt yapı işleri amacıyla alınması şeklinde gerçekleşebilir.

Fikri mülkiyet bağlamında bu tip 'alım' işlemi çok nadir gerçekleşmektedir, zira fikri mülkiyet varlığı aynı anda birden fazla kişi tarafından kullanılmaya uygundur. Bu nedenle genellikle, bir devletin fikri mülkiyet mal varlığını bu şekilde doğrudan zapt etmesi lüzumlu olmamaktadır. Bir fikri mülkiyet hakkını elde etmek isteyen devletin, zorunlu lisans vermek gibi, başvurabileceği başka yollar mevcuttur⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ **Vadi**, New Forms, s. 171.

⁶⁶⁶ **Gibson**, Latent Grounds, s. 449.

⁶⁶⁷ **Gibson**, Latent Grounds, s. 450.

(ii) Fikri Mülkiyet Haklarını Olumsuz Etkileyen Devletin Düzenleyici İşlemleri

Kamulaştırma oluşturabilecek düzenleyici tasarruflarla ilgili olarak dolaylı kamulaştırmanın farklı şekilleri gündeme gelebilir. Devletin dolaylı kamulaştırma sayılabilecek eylemlerine karar vermek için kesin bir formül bulunmamaktadır. Ayrıca yatırımcının haklarını potansiyel olarak etkileyebilecek devlet tasarrufları, düzgün bir şekilde formüle edilebilmek için fazlaca çeşitlilik göstermektedir⁶⁶⁸.

Technicas Medioambientales Tecmed S.A. v Meksika davasında, ICSID tahkimi mahrum bırakılma hususuna yoğunlaşmıştır. Bu davada yabancı yatırımcının “yatırımlarını ekonomik olarak kullanmaktan veya (bunlardan) yararlanmaktan, gelir veya kazançlarının yok olması durumları gibi, radikal bir biçimde mahrum olup olmadığı sorusu önem arz etmektedir. Bu tespit önemlidir, zira mal varlığında veya haklarda bir azalma meydana getirebilecek devletin egemen gücünün olağan uygulamasından kaynaklı düzenleyici tasarruf ile mal varlığından veya haklardan esaslı biçimde mahrum bırakan bir *de facto* kamulaştırmanın ayrımının yapılması gereklidir”⁶⁶⁹.

Fikri mülkiyet yatırımcısının, haklarından yararlanmasını sınırlandıran çok çeşitli devlet tasarrufu söz konusu olabilir. Fikri mülkiyeti etkileyen belli bir düzenleyici tasarrufun, tazminat gerektiren dolaylı kamulaştırma olup olmadığının belirlenmesinde birkaç faktör dikkate alınabilir. Bunlar, (i) mahrumiyet düzeyinin bir ‘alım’ oluşturacak yoğunlukta olup olmadığı; (ii) düzenlemenin, yatırımcının belirli, makul beklentilerine müdahale edip etmediği; (iii) hükümetin eyleminin amacı ve

⁶⁶⁸ Paulsson, Douglas, s. 145–46.

⁶⁶⁹ Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), para. 115.

niteliği hususlarıdır⁶⁷⁰. İlk hususla ilgili olarak, kamulaştırmadan söz edebilmek için yatırımcının ‘esaslı bir mahrumiyeti’ gereklidir. Bu analiz, ev sahibi devletin eylemlerinin bir alım oluşturduğuna karar vermek için yatırıma yapılan müdahalenin derecesine odaklanmaktadır. İkinci faktör, ev sahibi devlet tarafından üstlenilen yükümlülükler ve beyanlar ile yatırımcının meşru beklentileriyle ilgilidir. Üçüncü faktör ise, düzenlemenin altında yatan amaçla ilgilenmektedir⁶⁷¹.

Yatırımcının yoksunluk derecesi, meşru beklentileri ve devlet tasarrufunun amacı faktörleri, bir patentin devlet tarafından geçersiz kılınması veya kaldırılmasının bir dolaylı kamulaştırma mı yoksa meşru bir işlem mi olduğuna karar vermede uygulanabilir. Bir patentin geçersiz kılınması veya kaldırılması, yatırımcının fikri mülkiyet hakkından ciddi şekilde mahrum kalması sonucunu doğurur. Zira patent kaldırıldığında veya geçersiz kılındığında artık varlığını sürdürmez ve buluş kamusal alanın bir parçası olur. Bu durumda ilgili fikri mülkiyetin ev sahibi devlete veya üçüncü kişiye resmi şekilde geçişi söz konusu olmasa da, patentin kaldırılması aynı etkiyi doğurabilir. Bu halde, devlet veya üçüncü kişi hakları ihlal etme engeliyle karşılaşmaksızın buluştan yararlanabilir⁶⁷².

Patentin kaldırılması veya geçersiz kılınmasının yatırımcının meşru beklentileriyle çelişip çelişmediğinin de irdelenmesi gerekmektedir. Bu konuda şu sorular gündeme gelebilir: (i) Ev sahibi devletin buluş sahibine patent hakkı vermesi dolaylı kamulaştırma analizi içinde tanınabilir bir taahhüt, yetki veya onay türü olarak nitelendirilebilir mi? (ii) Buluş sahibinin, devletin patent hakkı vermesine patentin

⁶⁷⁰ **Gibson**, Latent Grounds, s. 451.

⁶⁷¹ **Gibson**, Latent Grounds, s. 452.

⁶⁷² **Gibson**, Latent Grounds, s. 453.

süresi boyunca güvenmesi makul ve meşru mudur?⁶⁷³ Patent, yatırımcının özel bir hukuki hak elde etmesi sonucunu doğuran, devlet tarafından verilen onay veya yetkidir. Patent ile ev sahibi devlette o buluşa özel olarak hukuki bir monopoli sağlanmaktadır. Yatırımcıya patent hakkı tanınması, meşru beklentiler oluşturacak şekilde, ev sahibi devletin özel yükümlülükleri kapsamında değerlendirilebilir mi? Bir patent, buluş sahibine, patent süresi boyunca başkasının, patentli bir buluşu üretmesini, kullanmasını, satmasını veya ithal etmesini yasaklama hakkı verir. DTÖ üye ülkeleri için bu süre başvuru tarihinden itibaren 20 yıldır⁶⁷⁴. Patent korumasının uzunluğu ve kapsamı ile ilgili olarak mevzuatta değişikliğe gidileceği kolaylıkla öngörülemez. Patent hukuku düzenlemelerindeki istikrar nazara alındığında, buluş sahibinin, devlet tarafından verilen patent hakkına patentin süresi boyunca güvenmesi makul karşılanabilir⁶⁷⁵. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, bir yatırımcıya patent hakkı verilmiş olması, ev sahibi devletin kamusal amaçlar doğrultusunda ve ayrımcı olmayacak şekilde yeni düzenleme getiremeyeceği anlamına gelmemelidir. Bu nedenle, başkaca taahhüt bulunmaksızın, yalnızca bir fikri mülkiyet hakkı verilmesi, yatırımcının meşru beklentilerinin temelini oluşturan, devletin üstlendiği özel bir taahhüt olarak değerlendirilemez⁶⁷⁶.

Bir patentin kaldırılması veya geçersiz kılınması, patent verildiği sırada geçerli olan ulusal hukuka dayanıyorsa, keyfi veya ayrımcı olmadığı sürece, ev sahibi devletin bu faaliyeti meşru olur. Zira bu durumda patent başvurusunda bulunan yatırımcı, patent korumasına getirilmiş olan sınırlamaların bilincindedir. Eğer devlet kaldırma veya geçersizlikle ilgili hukuk kurallarını patent verilmesinden sonra değiştirmiş ise, bu işlem

⁶⁷³ **Gibson**, Latent Grounds, s. 453.

⁶⁷⁴ TRIPS Anlaşması, m. 33.

⁶⁷⁵ **Gibson**, Latent Grounds, s. 453.

⁶⁷⁶ **Oke**, Interface, s. 149.

dikkatli bir inceleme gerektirmektedir⁶⁷⁷. Ancak vurgulamak gerekir ki, yatırımcının, yatırımın yapıldığı andaki koşulların değişmeden kalacağı yönünde meşru beklentisi olamamalıdır. Fikri mülkiyet hukuku, teknolojik gelişmelere ve toplumun ihtiyacına dinamik olarak cevap verebilmelidir⁶⁷⁸.

Son olarak, hükümet işleminin karakteri ve düzenleme amacına bakılabilir. Ev sahibi devlet, kamu sağlığı ve güvenliği endişeleriyle fikri mülkiyet kullanımını sınırlandıran düzenlemeler getirebilir. Bir hükümet, fikri mülkiyet sınırlandırmalarını gerekçelendirmek için ulusal güvenlik, çevresel kaygılar veya genel ahlak gibi diğer nedenlere de dayanabilir. Bu bağlamda, patentin kaldırılmasının veya geçersiz kılınmasının haklı nedenlere mi yoksa keyfî veya ayrımcı nedenlere mi dayandığı sorgulanmalıdır⁶⁷⁹.

Servier ve Diğerleri v Polonya davasında hakem heyeti, Fransa-Polonya iki taraflı yatırım anlaşmasını ihlal etmesi nedeniyle Polonya'yı, ilaç pazarlama izninin kamulaştırılmasından sorumlu tutmuştur⁶⁸⁰. Polonya'nın Avrupa Birliği'ne girişinin bir parçası olarak Polonya, farmasötikal yasalarını AB standartları ile uyumlu hale getirmek için gözden geçirmiştir⁶⁸¹. Bu uyum düzenlemelerinden biri, Polonya'da satılacak

⁶⁷⁷ **Gibson**, Latent Grounds, s. 454.

⁶⁷⁸ **Grosse Ruse-Khan**, Protection, s. 178.

⁶⁷⁹ **Gibson**, Latent Grounds, s. 455.

⁶⁸⁰ Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), para. 574-76.

⁶⁸¹ Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), para. 39-40.

ilaçların pazarlama izninin yenilenmesini gerektirmektedir⁶⁸². Polonya sağlık yetkilileri davacıların ürettiği iki ilacın pazarlama iznini yenilememiştir⁶⁸³. Ancak bu ilaçların alternatiflerini üreten Polonyalı firmaların izinleri yenilenmiştir⁶⁸⁴. Üç Fransız ilaç firması, izinlerin kaldırılmasının kamulaştırma oluşturduğu iddiasıyla Polonya'ya karşı yatırım tahkimi başlatmıştır⁶⁸⁵. Davalı Polonya, kamu sağlığını düzenlemeye yönelik kamu gücü uygulamaları kapsamında belli ilaçların pazarlama izinlerinin kaldırıldığını savunmuştur⁶⁸⁶. Davacılar, kamu gücü doktrininin uygulanmasına karşı çıkmamışlar ancak devletin önlemlerinin ayrımcı ve orantısız olduğunu iddia etmişlerdir⁶⁸⁷. Bu kapsamda, yerel üreticilere pazarlama izni verilirken, davacıların başvurularının reddedilmesinin ayrımcı olmama unsuruna aykırılık oluşturduğu iddia edilmiştir⁶⁸⁸. Ayrıca pazarlama izninin yenilenmemesi gerekçesi olarak ciddi bir kamu sağlığı

⁶⁸² Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), para. 57-58.

⁶⁸³ Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), para. 80, 89.

⁶⁸⁴ Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), para. 108-110, 124.

⁶⁸⁵ Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), para. 215.

⁶⁸⁶ Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), para. 276.

⁶⁸⁷ Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), para. 276-277.

⁶⁸⁸ Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), para. 310.

gerekçesi de gösterilmediği ileri sürülmüştür⁶⁸⁹. Hakem heyeti, pazarlama izninin kaldırılmasının ayrımcı ve orantısız olduğundan, kamusal ihtiyacın bir gereği olmadığından bahisle, kamulaştırmaya neden olduğuna karar vermiştir⁶⁹⁰.

Özetlemek gerekirse, ev sahibi devletin tanıdığı fikri mülkiyet haklarından oluşan bir yatırım, devletin iç hukukunun düzenleyici sınırlamalarına tabidir. Bu nedenle de fikri mülkiyet hakkı tanıyan idari işlem, bu hakkın, fikri mülkiyet sisteminin makul ve ayrımcı olmayan denge ve denetimleriyle müdahale edilmeksizin kalacağı yönünde meşru beklenti yaratamaz⁶⁹¹.

(iii) Zorunlu lisans

Zorunlu lisans, bir devletin, fikri mülkiyet hakkı sahibini, hakkın kullanımını devlete veya üçüncü kişilere vermesi için zorlamasıdır. Zorunlu lisans, hakkın kullanılmasını hedeflediğinden, zorunlu lisans verildiğinde hak sahibi, hak üzerindeki mülkiyetinden mahrum kalmaz. Bu nedenle devletin zorunlu lisans vermesi doğrudan kamulaştırma oluşturmaz. Ancak asıl mesele bu durumun dolaylı kamulaştırma oluşturup oluşturmayacağıdır⁶⁹².

⁶⁸⁹ Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), para. 352.

⁶⁹⁰ Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), para 575.

⁶⁹¹ **Grosse Ruse-Khan**, Protection, s. 177-8.

⁶⁹² **Gibson**, Latent Grounds, s. 455-56.

C. Dolaylı Kamulaştırma ve Zorunlu Lisans

Patent alanında, zorunlu lisanslar geniş olarak, patentli bir buluşun patent sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişilerce kullanılabilmesi yetkisini ifade etmektedir⁶⁹³. Zorunlu lisans, çeşitli amaçlarla pek çok ülkenin ulusal mevzuatında ve Sınai Mülkiyetin Korunması Hakkında Paris Konvansiyonu⁶⁹⁴ ile uluslararası arenada tanınmıştır. Fakat zorunlu lisansı ele alan başlıca uluslararası metin TRIPS Anlaşması'dır. TRIPS Anlaşması 'zorunlu lisans' terimine yer vermemesine karşın, belli koşullar altında bir patentin konusunun hak sahibinin izni olmaksızın kullanılmasını mümkün kılmaktadır⁶⁹⁵.

Zorunlu lisans, patentli buluşun başkaları tarafından kullanılmamasına getirilen bir istisna olup, bahse konu hakkın üçüncü bir kişi tarafından kullanılabilmesi, öncesinde devletin iznini gerektirmektedir.

Zorunlu lisans meselesi her zaman tartışmalı bir konu olmuştur. Zorunlu lisansın kendi içinde çekişmeli yapısını kavrayabilmek için, öncelikle fikri mülkiyet haklarının altında yatan düşüncenin anlaşılması gerekmektedir⁶⁹⁶. Fikri mülkiyet hakları ile ilgili çeşitli gerekçeler öne sürülmüş ise de, genellikle, fikri mülkiyetin özendirici niteliğine odaklanan gerekçelere dayanılmaktadır. Örneğin patent sistemi, patentlerin, yeni ürünlerin araştırılmasına ve geliştirilmesine yatırım yapılmasını teşvik ettiği gerekçesine dayandırılmaktadır. Fikri mülkiyet hakları, aynı zamanda uluslararası ticaret bağlamında önemli bir rol oynamaktadır. Bu haklar, yabancı piyasaya girişi destekleyen hukuki koruma sağladıklarından doğrudan yabancı yatırım alanında özellikle önem arz

⁶⁹³ Vanhonnaecker, s. 47-48.

⁶⁹⁴ Paris Sözleşmesi, m. 5(A)(2)–(4).

⁶⁹⁵ Bkz. TRIPS Anlaşması, m. 31.

⁶⁹⁶ Vanhonnaecker, s. 49.

etmektedir⁶⁹⁷. Fikri mülkiyet hakları, bir taraftan yeniliği teşvik ederek piyasa rekabetini geliştirme eğiliminde iken, diğer taraftan hak sahibi üzerinde hukuken bir monopoli sağlamak suretiyle rekabet hukukunun amacı ile çelişmektedir. Bu girift ilişki zorunlu lisansı gerekçelendirmek için kullanılmıştır. Zorunlu lisans, fikri mülkiyet hukuku ile rekabet politikası arasında, bu iki sistemi uzlaştıran uygun bir bağlantı arayışı sonucu ortaya çıkmıştır⁶⁹⁸.

Fikri mülkiyet hakları, yatırımcının yeni bir piyasaya girmesini teşvik ederken, zorunlu lisansın tam tersi bir istikamette işlev gördüğü belirtilerek bu mekanizma ağır eleştiriye uğramıştır. Zorunlu lisans karşıtları tarafından getirilen en temel eleştiri; fikri mülkiyet alanında yeniliğe ve gelişmeye tehdit oluşturacağı şeklindedir⁶⁹⁹. Diğer bir anlatımla, fikri mülkiyet haklarına bu tarz devlet müdahalelerinin buluş ve inovasyonun azalması riskini gündeme getirebileceği öne sürülmüştür⁷⁰⁰.

Zorunlu lisansın uluslararası olarak kabul edilmesi Paris Konvansiyonu'nda yer almasıyla gerçekleşmiştir. Buna göre üye devletler, patentin bahsettiği inhisari hakların kullanılmasından doğabilecek kötüye kullanımları önlemek için zorunlu lisans çıkarabilir⁷⁰¹. Paris Konvansiyonu'ndan sonra zorunlu lisanslar, gelişmekte olan ülkelerde ilaçlara erişim ile ilgili olarak, DTÖ seviyesinde müzakerelerin sonucu

⁶⁹⁷ **Gibson**, A Look, s. 367.

⁶⁹⁸ **Vanhonnaeker**, s. 50.

⁶⁹⁹ **Ronald A Cass**, "Compulsory Licensing of Intellectual Property: The Exception that Ate the Rule?", Washington Legal Foundation Critical Legal Issues: Working Paper Series, No. 150, 2007, <http://www.wlf.org/> (erişim tarihi: 09.03.2021), s. 2.

⁷⁰⁰ **Vanhonnaeker**, s. 51.

⁷⁰¹ Paris Sözleşmesi, m. 5A(2).

ekişmeli bir konu haline gelmiştir. TRIPS Anlaşması'nın görüşmelerinde en yoğun müzakere edilen hükümlerden biri zorunlu lisansı düzenleyen 31. madde olmuřtur⁷⁰².

TRIPS Anlaşması'nın 31. maddesi uyarınca, zorunlu lisansı meşru kılan nedenler, genel itibariyle rekabet koşullarının korunmasına veya ticari olmayan kamu yararı ve aciliyet durumlarının korunmasına işaret etmektedir. Bu suretle, zorunlu lisansın esasını oluşturan kamusal amaç hususuna vurgu yapılmaktadır⁷⁰³.

TRIPS Anlaşması'nın 31. maddesi 'zorunlu lisans' terimini kullanmasa da 'hak sahibinin izni olmadan kullanılması' ifadesine yer vermiştir. Böylece 31. madde sıkı koşullar öngörmek suretiyle zorunlu lisans verilmesini hükme baęlamıřtır⁷⁰⁴.

1. TRIPS Anlaşması'na Atıf Yapılmadığında Zorunlu Lisansın Kamulaştırma İddiasına Konu olması

Doğrudan ve dolaylı kamulaştırmanın tanımları ve zorunlu lisansın özellikleri birlikte değerlendirildiğinde, zorunlu lisans vermenin dolaylı kamulaştırma iddiasına neden olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Esasında zorunlu lisans, özel bir mülkiyet hakkının bir başkasına transferine neden olmayıp, bir lisans aracılığıyla bu özel hakkın başkası tarafından kullanılmasını sağlar. Zorunlu lisansın, mülkiyet hakkı sahibinin hak sahipliğinden mahrum kalması sonucunu doğurmadığından doğrudan kamulaştırmaya neden olmayacağı söylenebilir. Ancak dolaylı kamulaştırmayı

⁷⁰² Vanhonnaeker, s. 51.

⁷⁰³ Vanhonnaeker, s. 52-53.

⁷⁰⁴ Fikri mülkiyet haklarının uluslararası yatırım tahkimine konu olmasının zorunlu lisanslar üzerindeki etkisi, Beşinci Bölümde "Zorunlu Lisanslar" başlığı altında incelenmiştir.

evreleyen belirsizlik, zorunlu lisans verilmesinin dolaylı kamulaştırma oluşturup oluşturmayacağı sorusuna neden olmaktadır⁷⁰⁵.

Ev sahibi devletin zorunlu lisans çıkarmasının bir dolaylı kamulaştırma teşkil edip etmeyeceğinin değerlendirilmesi için üç faktör nazara alınabilir. Bunlar; (i) zorunlu lisansın yarattığı mahrumiyet derecesi, (ii) zorunlu lisansın yabancı yatırımcının meşru beklentileriyle çelişip çelişmediği hususu ve (iii) zorunlu lisansın çıkarılmasının altında yatan amatır⁷⁰⁶.

a. Zorunlu Lisansın Yatırımda Ekonomik Yoksunluğa Neden Olması

Bir düzenleyici önlemin dolaylı kamulaştırma özelliğinin değerlendirilmesinde çözülmesi gereken ilk mesele, bahse konu işlemin ekonomik etkileridir. Diğer bir ifade ile sorulması gereken soru, hükümet işleminin dolaylı kamulaştırma oluşturabilecek şekilde esaslı veya önemli miktarda mahrumiyete neden olup olmadıđıdır⁷⁰⁷.

Fikri mülkiyet yatırımları söz konusu olduğuunda neyin yatırım oluşturduğuunun kategorize edilmesi problemlidir. Bu itibarla, düzenleyici tasarrufun fikri mülkiyet yatırımı üzerindeki ekonomik mahrumiyet etkisinin belirlenmesi güçlük arz etmekte ve detaylı bir analizi gerektirmektedir.

Fikri mülkiyet hakları yatırımcıya hukuki bir monopoli sunmak suretiyle, yabancı bir piyasadaki yatırımın bir parçası olarak buluştan yararlanması için gerekli

⁷⁰⁵ Vanhonnaeker, s. 53.

⁷⁰⁶ Gibson, Latent Grounds, s. 456-59.

⁷⁰⁷ Vanhonnaeker, s. 55.

olan kaldıraç gücünü sağlamaktadır. Bu bağlamda, zorunlu lisansın, patentli bir ürünün ekonomik değerine olumsuz etki edeceği anlaşılmaktadır⁷⁰⁸.

Dolaylı kamulaştırma iddiasının değerlendirilmesinde ilk olarak, zorunlu lisansın neden olduğu mahrumiyet derecesi gözetilebilir. Hükümetin verdiği bu zorunlu lisans, fikri mülkiyet yatırımının esaslı bir unsurunu ortadan kaldırabilir. Böylece zorunlu lisans, fikri mülkiyet yatırımının değerinin azalmasına neden olabilir. Gerçekten de zorunlu lisans, patentli bir ürünün ekonomik değeri üzerinde olumsuz bir etki yaratmakta ve patent hakkı sahibinin patentten yararlanma ve patenti kullanma yetkisine müdahale etmektedir⁷⁰⁹.

Zorunlu lisansın müdahale derecesi; lisansın süresi ve kapsamı, hükümet tarafından yetkili kılınan taraflar, patent hakkı sahibine ödenecek bedel gibi zorunlu lisans hükümlerine bağlıdır. Lisansın bir alım olarak değerlendirilmesine karar vermede örneğin zorunlu lisans hükümlerinde belirlenen tazminat düzeyi de etkili olabilir. Bu bakımdan kamulaştırmadan söz edebilmek için, yatırımcıda esaslı bir mahrumiyet gerçekleşmesi gerekir⁷¹⁰.

⁷⁰⁸ **Tsai- Yu Lin**, “Compulsory Licenses for Access to Medicines, Expropriation and Investor- State Arbitration Under Bilateral Investment Agreements – Are These Issues Beyond the TRIPS Agreement?”, 40 IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2009 <https://ssrn.com/abstract=1676690>, (erişim tarihi: 06.02.2021), s. 157.

⁷⁰⁹ **Gibson**, Latent Grounds, s. 456.

⁷¹⁰ **Gibson**, Latent Grounds, s. 456.

b. Zorunlu Lisansın Yatırımcının Meşru Beklentileriyle Çelişmesi

Dolaylı kamulaştırmanın oluşup oluşmadığına karar vermede ikinci aşama, dolaylı kamulaştırma yasağının özel yükümlülöklere ve taahhütlere dayanan meşru beklentileri koruması gerektiğı hususu ile ilgilidir. Bu meşru beklentiler, yatırımcının güvendiğı ve ev sahibi devletin üstlendiğı özel yükümlölük ve taahhütlerden kaynaklanmaktadır⁷¹¹.

Her ne kadar devletin özel yükümlölüklerini ve yatırımcının meşru beklentilerini barındıran bu analiz bütün dolaylı kamulaştırma iddialarına uygulanamasa da yatırım tahkiminde çoğı uyuşmazlığın çözümünde yol gösterici olmuştur⁷¹². Ancak dolaylı kamulaştırma iddiasının zorunlu lisans verilmesinden kaynaklanması durumunda, yatırım tahkiminin bu testi nasıl uygulayacağı soru işareti yaratmaktadır. Bu hususta değerlendirme yapabilmek için iki soruya cevap aramak gerekmektedir. Bunlardan birincisi, bir yatırımcıya fikri mülkiyet hakkı vermek, ne ölçüde devleti bağlayıcı bir taahhüt veya yükümlölük oluşturmaktadır? İkinci soru, devlet tarafından fikri mülkiyet hakkı verilmesinden itibaren bu hak süresince yatırımcıda meşru beklenti doğabilir mi?⁷¹³

İlk sorunun cevabı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ev sahibi devletin yatırımcıya fikri mülkiyet hakkı vermesi, diğer bir değışle, belli bir buluş için ölke sınırları içerisinde yatırımcıya hukuki monopoli sağlanması, devletin üstlendiğı özel bir yükümlölük olarak değerlendirilebilir. Fikri mülkiyet rejimleri ölkeden ölkeye değışmekle birlikte, devlet tarafından patent hakkı verilmesiyle, patent sahibine buluşunu açıklaması karşılığında hak tanınmaktadır. Bu bakımdan patent verilmesi,

⁷¹¹ Paulsson, Douglas, s. 157.

⁷¹² Paulsson, Douglas, s. 157.

⁷¹³ Vanhonnaeker, s. 57.

devlet tarafından özel bir hukuki hak tanınması olarak değerlendirilmektedir⁷¹⁴. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, patent verilmesi sahibine değişmez nitelikte mutlak haklar bahşetmez⁷¹⁵. Patent verilmesi, tanınan inhisarın kesin olduğu ve fikri mülkiyet sisteminin dengeleriyle müdahale edilmeksizin kalacağı yönünde meşru bir beklenti yaratamaz⁷¹⁶.

Zorunlu lisansın, yabancı yatırımcının meşru ve makul beklentileri ile çelişip çelişmediği analiz edilmelidir⁷¹⁷. Bu husus, ev sahibi devlet tarafından verilen zorunlu lisans nedeniyle yabancı yatırımcının patentli ürününün ekonomik değerinin azalacağı yönünde beklentiye girip girmeyeceğine odaklanmaktadır. Diğer bir anlatımla, yatırımcının patentli ürününün zorunlu lisans nedeniyle ekonomik değer kaybına uğrayabileceğini öngörmesi gerekir mi sorusuna cevap aranacaktır. Bu cevap, ev sahibi devletin zorunlu lisansı düzenleme şekliyle ilgili olduğundan çeşitli senaryolar söz konusu olabilir⁷¹⁸.

İlk olarak, ev sahibi devletin iç hukuku zorunlu lisansı içermiyorsa, yatırımcı, ulusal mevzuat uyarınca korunan fikri mülkiyet haklarını zorunlu lisansla karşılaşmaksızın kullanmayı bekleyecektir. Ulusal patent rejiminde değişiklik yapılmak suretiyle zorunlu lisans verilmesinin dolaylı kamulaştırma oluşturup oluşturmayacağı ise tartışmalıdır. Devlet tarafından verilen fikri mülkiyet hakları kazanılmış hak oluşturur ve bu haklara ciddi şekilde müdahale edilmesi dolaylı kamulaştırmaya neden olabilir. Ancak ev sahibi devlet zorunlu lisansa izin vermek suretiyle patent hukukunda

⁷¹⁴ **Vanhonnaeker**, s. 57-58; **Gibson**, Latent Grounds, s. 438.

⁷¹⁵ **Grosse Ruse-Khan**, Litigating, s. 13; **Vadi**, New Forms, s. 184.

⁷¹⁶ **Grosse Ruse-Khan**, Litigating, s. 13.

⁷¹⁷ **Gibson**, Latent Grounds, s. 457.

⁷¹⁸ **Vanhonnaeker**, s. 58-59.

değişikliğe gitmişse, bu durumda ev sahibi devletin patent hukukunda düzenleme yapma hakkı ile yatırımcının beklentilerinin korunması arasında dengenin kurulması gerekmektedir⁷¹⁹. Gerçekten de, devletler düzenleme yapma yetkilerini kullanırken, değişen ekonomik, politik ve sosyal koşullara göre sıklıkla ulusal mevzuatlarında değişiklik yapmaktadırlar. Bu nedenle böyle bir uyuşmazlıkta hakem heyeti, yatırımcının makul beklentileriyle ev sahibi devletin kamu yararına uygun olarak düzenleme yapma hakkı arasındaki dengeyi kurmak zorundadır. Bu durumda yapılan değişiklik hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup son derece adaletsiz sonuçlar doğuruyorsa, değişiklik öncesi düzenlemelerden kaynaklı meşru beklentilerin korunabileceği düşünülebilir⁷²⁰.

İkinci senaryo, ev sahibi devletin fikri mülkiyet mevzuatında zorunlu lisans mekanizmasına yer vermesi halidir. Gerçekten de belli koşullarla birlikte, DTÖ seviyesinde düzenlenen zorunlu lisans mekanizması çoğu devletin ulusal patent hukukunda yer almaktadır⁷²¹. Bu halde, yatırımcının meşru beklentileri ev sahibi devletin ulusal patent hukuku, özellikle de zorunlu lisans hükümleri tarafından koşul altına alınmaktadır. Dolayısıyla, patent korumasının kapsamı, zorunlu lisansa gerekçe oluşturan istisnai koşullarla birlikte değerlendirilmelidir⁷²².

Yatırım anında ve ticari faaliyete başlamadan önce, ev sahibi devletin patent hukuku rejimi içinde zorunlu lisans yer almakta ise yatırımcı en azından teorik olarak

⁷¹⁹ Lin, s. 157.

⁷²⁰ Francisco Orrego Vicuña, “Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Right of the State and the Individual under International Law in a Global Society”, International Law Forum, Vol. 5, Issue. 3, 2003, s. 194.

⁷²¹ Lin, s. 157-58.

⁷²² Gibson, Latent Grounds, s. 457.

bu mekanizmanın işleyebileceğini ve patent hakkını etkileyebileceğini öngörebilir⁷²³. Ev sahibi devletin fikri mülkiyet hukuku rejimi içinde zorunlu lisans mekanizmasının varlığına rağmen, yatırımcı yine de zorunlu lisansla haklarına zarar verilmeyeceği beklentisini taşıyabilir mi? Pratikte zorunlu lisans istisnai durumlarda uygulanabilmektedir⁷²⁴. Zorunlu lisansın bu sınırlı kullanımı nedeniyle fikri mülkiyet rejiminde zorunlu lisansın yer almasının, yatırımcının haklarının kapsamıyla ilgili meşru beklentilerini kategorik olarak ortadan kaldırmayacağı ileri sürülmüştür⁷²⁵. Buna göre, zorunlu lisans mekanizmasının patent rejiminin istikrarına zarar vereceği sonucuna ulaşılması güçtür, zira bu mekanizma sınırlı hallerde uygulanabilmektedir. DTÖ'ye üye ülkeler için zorunlu lisans çok istisnai hallerde uygulandığından, yatırımcının patent haklarına güvenmesinin makul karşılanabileceği ifade edilmiştir⁷²⁶. Diğer taraftan, zorunlu lisansın pratiğe ilişkin yönleri nazara alındığında, ev sahibi devletin iç hukuku istisnai durumlarda zorunlu lisans verilmesini mümkün kılssa da, yatırımcının beklentisi, ulusal mevzuat ve uluslararası hukuk düzenlemelerine uygun şekilde zorunlu lisans verilebileceği yönünde olmalıdır⁷²⁷.

Zorunlu lisans düzenlemesi ev sahibi devletin iç hukukunda yer almış olsun ya da olmasın, yatırımcının patent hakkının zorunlu lisansla zarara uğramayacağı yönünde haklı bir beklentisi olmayacağı kanaatindeyiz. Zira yatırımcıya ev sahibi devlet tarafından tanınan fikri mülkiyet hakkı, fikri mülkiyet rejiminin dinamikleriyle birlikte değerlendirilmelidir. Ev sahibi devlet tarafından özel bir taahhütte bulunulmadığı

⁷²³ Vanhonnaeker, s. 61.

⁷²⁴ Gibson, A Look, s. 388.

⁷²⁵ Vanhonnaeker, s. 61.

⁷²⁶ Gibson, Latent Grounds, s. 457.

⁷²⁷ Vanhonnaeker, s. 61-62.

takdirde yatırımcı, ev sahibi devletin iç hukukunda zorunlu lisans düzenlemesinin kabul edilebileceğinin bilincinde olmalıdır. Hakem heyeti önüne gelen böyle bir uyuşmazlıkta, devlet tasarrufunun amacını gözetmeli, ayrımcı ve kötü niyetli olup olmadığını değerlendirmeli, orantılılık analizini uygulayarak dengeli bir sonuca ulaşmalıdır.

c. Zorunlu Lisansın Altında Yatan Amaç

Kamulaştırma analizinde üçüncü faktör, zorunlu lisansın altında yatan amaçla ilgilidir. Çeşitli nedenlerle zorunlu lisans çıkarılabilir. Bu nedenle zorunlu lisanslarla ilgili olarak ‘amaç’ unsuru özellikle önem arz etmektedir. Hatta zorunlu lisans verilmesinin altında birden fazla neden de yatabilir. Belli bir uyuşmazlıkta, zorunlu lisansa neden olan gerekçeler ayrıntılı değerlendirmeyi gerektirmektedir. Örneğin, patentli teknolojiye girmek isteyen yerel firmalara daha uygun ekonomik koşullar sağlamak gibi ekonomik amaçlarla zorunlu lisans verilmesi söz konusu ise, bu durum dolaylı kamulaştırma iddiasına neden olabilir⁷²⁸.

Kamu sağlığı ile ilgili endişeler, zorunlu lisans çıkarmak için gerekçe olarak ileri sürülmektedir. Bu durumda, zorunlu lisansın patent yatırımcısı üzerinde neden olduğu olumsuz etki ve devletin patent hakkı vererek yarattığı beklentiler bir tarafta, kamu sağlığı gereksinimlerini karşılamak gibi, zorunlu lisansın altında yatan kamu yararı diğer tarafta yer almaktadır⁷²⁹. Bu durumda, kamusal amaçlarla usulüne uygun çıkarılan zorunlu lisansların kamulaştırma oluşturmaması gerektiği kanısındayız.

TRIPS Anlaşması’nın 31(b) listesinde, zorunlu lisans çıkarılmasında ‘ulusal acil durum’ veya ‘diğer aşırı acil durumlar’ kriterleri yer almaktadır. DSÖ, Covid-19 salgını

⁷²⁸ **Gibson**, Latent Grounds, s. 458.

⁷²⁹ **Gibson**, Latent Grounds, s. 459.

için ‘pandemi’ statüsünü kabul etmiştir. Covid-19 pandemisi ile mücadele eden bir ülke, nüfusunun tıbbi tedaviye yeterli ve uygun fiyatlı erişimini sağlama amacıyla zorunlu lisans çıkarılmasını gerekli görebilir⁷³⁰. Nitekim bazı ülkeler, bu yöndeki niyetlerini ortaya koymuşlardır⁷³¹. Doha Bildirisi göz önüne alındığında, TRIPS Anlaşması’nın 31. maddesi ve Paris Konvansiyonu’nun 5A(2) maddesinde sıralanan gerekçelerin, uluslararası yatırım hukuku anlamında ‘kamu yararı’ kavramını tatmin ettiği düşünülmelidir⁷³².

⁷³⁰ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 492.

⁷³¹ Almanya, İsrail, Birleşik Devletler ve Kanada gibi birkısım ülkeler, Covid-19 tedavisini kolaylaştırmak adına zorunlu lisans çıkarmaya yönelik niyetlerini belli etmişlerdir. Bkz. **Henning Grosse Ruse-Khan**, “Access to Covid-19 Treatment and International Intellectual Property Protection—Part I: Patent Protection, Voluntary Access and Compulsory Licensing” EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law, 15.04.2020, <https://www.ejiltalk.org/access-to-covid19-treatment-and-international-intellectual-property-protection-part-i-patent-protection-voluntary-access-and-compulsory-licensing/> (erişim tarihi: 15.09.2021). 19 Mart 2020 tarihinde İsrail, lopinavir/ritonavir (marka adı Kaletra) HIV ilacına ilişkin, Covid-19 tedavisinde etkinliğine yönelik zorunlu lisans çıkarmıştır. Bu lisans, bir jenerik firmadan lopinavir/ritonavir ithaline izin vermektedir. Bkz. **Ellen ‘t Hoen**, “Covid-19 and the Comeback of Compulsory Licensing”, Medicines Law & Policy, 23.03.2020, <https://medicineslawandpolicy.org/2020/03/covid-19-and-the-come-back-of-compulsory-licensing/> (erişim tarihi: 15.09.2021).

⁷³² **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 493.

Zorunlu lisans, patente dayalı yatırımlar üzerinde önemli ekonomik etkiler doğursa dahi, TRIPS Anlaşması'nın 31. maddesine uygun şekilde zorunlu lisans çıkarılmışsa, ev sahibi devlet bu önlemi kamu sağlığı gerekçesiyle haklı gösterebilir⁷³³.

Ekonomik yoksunluk, yatırımcının meşru beklentileri ve amaç faktörlerinin dikkatlice değerlendirilmesi, zorunlu lisansın tazminat gerektiren dolaylı kamulaştırma oluşturup oluşturmayacağını belirlenmesinde yardımcı olacaktır.

2. TRIPS Anlaşması'na Atıf Yapıldığında Zorunlu Lisansın Kamulaştırma İddialarına Konu olması

Zorunlu lisans söz konusu olduğunda bazı yatırım anlaşmaları TRIPS Anlaşması'na açıkça atıf yapmaktadırlar. ABD 2012 model iki taraflı yatırım anlaşmasının kamulaştırma ile ilgili 6. maddesi şu düzenlemeyi öngörmektedir:

“Bu madde, fikri mülkiyet haklarıyla ilgili, TRIPS Anlaşması'na uygun olarak zorunlu lisans verilmesine veya fikri mülkiyet haklarının yaratılması, sınırlandırılması veya kaldırılması TRIPS Anlaşması ile uyumlu olduğu takdirde, bu yaratma, sınırlama veya kaldırmaya uygulanmayacaktır.”

Bu madde, DTÖ disiplinlerini, yatırım uyuşmazlık sistemine dâhil etmektedir. Bu hükme göre, yatırım tahkimi yargılamasında hakem heyeti, ilgili zorunlu lisansın TRIPS Anlaşması'na uygun şekilde verilip verilmediğini değerlendirecektir. Bu durumda hakem heyetinin TRIPS Anlaşması 31. maddesindeki gereklilikleri ve Anlaşma'nın ilgili hükümlerini dikkate alması gerekecektir⁷³⁴.

⁷³³ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 493.

⁷³⁴ Vanhonnaecker, s. 65.

Bu yaklaşım, ev sahibi devletin zorunlu lisans çıkarmasının TRIPS Anlaşması'na uygun olup olmadığı ile ilgilidir. Ev sahibi devlet tarafından verilen zorunlu lisansın TRIPS Anlaşması standartlarını karşılayıp karşılamadığını belirlemek, özellikle de TRIPS Anlaşması'nın zorunlu lisansları düzenleyen 31. maddesinin ayrıntılı yapısı dikkate alındığında, hukuki ve somut olaya ilişkin pek çok değerlendirmeyi gündeme getirecektir⁷³⁵.

Zorunlu lisansın DTÖ standartlarıyla uyumlu olup olmadığının değerlendirilmesi oldukça kritik bir meseledir. Zira böyle bir düzenleme TRIPS Anlaşması ile uyumlu olarak çıkarılan zorunlu lisansları korumakta iken, TRIPS Anlaşması ile uyumlu olmayan zorunlu lisansların kamulaştırma olarak değerlendirilebilmesine neden olabilmektedir⁷³⁶. Örneğin, yeterli bir ücret ödemesi yapılmaksızın zorunlu lisans verilmesi TRIPS Anlaşması ile uyumsuzluk yaratabilir ve böylece dolaylı kamulaştırma iddiasına neden olabilir. Bu durum ise pek çok soruyu beraberinde getirmektedir⁷³⁷.

Üzerinde düşünülmesi gereken ilk soru şu şekilde olabilir: Zorunlu lisansın TRIPS Anlaşması standartlarına uygun olmadığı kanaatine varılırsa, uluslararası yatırım hukuku bağlamında karar verilmesi gereken başka bir husus kalacak mıdır? Diğer bir anlatımla, eğer bir zorunlu lisans TRIPS Anlaşması 31. madde koşullarını karşılamıyorsa, bu durum, düzenleyici tasarrufun iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında dolaylı kamulaştırma sayılması için yeterli olacak mıdır?⁷³⁸

Bu durumda tahkim yargılamasının değerlendirmesi TRIPS Anlaşması'nın 31. maddesi kriterlerine yoğunlaşacaktır. Eğer zorunlu lisans TRIPS Anlaşması ile uyumlu

⁷³⁵ **Gibson**, Latent Grounds, s. 461.

⁷³⁶ **Vanhonnaeker**, s. 66.

⁷³⁷ **Vanhonnaeker**, s. 66.

⁷³⁸ **Vanhonnaeker**, s. 66.

ise, kamulaştırma iddiası reddedilebilir. Fakat zorunlu lisansın TRIPS Anlaşması'na uygun olmadığına karar verilirse, dolaylı kamulaştırma iddiası sürdürülebilir. Zorunlu lisansın TRIPS Anlaşması standartları ile uyumlu olmadığına karar verilirse, uluslararası yatırım hukuku analizi altında karar verilmesi gereken başka bir husus kalacak mıdır? Bir zorunlu lisans TRIPS Anlaşması koşullarını karşılayamazsa, bu durum, dolaylı kamulaştırma oluşturmak için yeterli olacak mıdır? Örneğin, zorunlu lisans 31(h) bendinde düzenlenen yeterli miktarda bedel ödeme standardını karşılamıyorsa, yatırım tahkimi dolaylı kamulaştırma bulunduğu mı karar verecek yoksa yatırım hukukundaki bir standardı, örnekte ABD-Uruguay iki taraflı yatırım anlaşmasının 6(1)(c) bendinde düzenlenen “acil, yeterli ve etkili tazminat” hükmünü mü değerlendirecektir?⁷³⁹ Bazıları 31. maddede düzenlenen bedel standardı ile uluslararası yatırım anlaşmasında düzenlenen kamulaştırma tazminatı standardı arasında fark bulunduğunu, ilkinin daha az bir ödeme miktarı öngördüğünü ileri sürmektedir⁷⁴⁰.

TRIPS Anlaşması'na uygun olmayan şekilde zorunlu lisans verilmesinin kamulaştırma oluşturup oluşturmayacağı sorusu iki şekilde cevaplanabilir. TRIPS Anlaşması'na uygun olmayan şekilde zorunlu lisans verilmesi durumunda, zorunlu lisansın dolaylı kamulaştırma oluşturup oluşturmayacağının, tahkim içtihat hukuku tarafından geliştirilen doktrinler uygulanmak suretiyle değerlendirilebileceği öne

⁷³⁹ **Gibson, Latent Grounds**, s. 462.

⁷⁴⁰ **Antony Scott Taubman**, “Rethinking TRIPS: ‘Adequate Remuneration’ for Non-Voluntary Patent Licensing,” *Journal of International Economic Law*, Vol. 11, Issue. 4, 2008, s. 952–55. TRIPS Anlaşması'nın 31/h maddesinde düzenlenen “yeterli karşılık” (adequate remuneration) ve kamulaştırma ilişkisi, Beşinci Bölümde “Zorunlu Lisanslar” başlığı altında incelenmiştir.

sürülebilir⁷⁴¹. İkinci olası cevap ise, zorunlu lisansın TRIPS Anlaşması 31. madde koşullarını karşılamamasının dolaylı kamulaştırmanın varlığı için yeterli olduğudur⁷⁴². Kanımızca burada da yine somut olaya göre analiz yapılması gerekmektedir. TRIPS Anlaşması 31. madde koşullarının bulunmaması tek başına, kamulaştırma için kanaat oluşturmamalıdır. Bu halde de esaslı yoksunluk, kamu yararı ve orantılılık kriterlerinin dikkatlice değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu analizler göstermektedir ki, zorunlu lisansın bir dolaylı kamulaştırma oluşturabilmesi mümkündür. Diğer taraftan, zorunlu lisansın otomatik olarak bir dolaylı kamulaştırma meydana getirmeyeceği de açıktır. Sonuçta, zorunlu lisans verilmesi hususu, fikri mülkiyet yatırımı bağlamında, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme gerektirmektedir⁷⁴³. Zorunlu lisans verilmesi belli durumlarda dolaylı kamulaştırma oluşturabilir, fakat dolaylı kamulaştırma ile tazminat gerektirmeyen meşru bir düzenleme arasındaki sınırı belirlemek karar verilmesi güç bir durumdur⁷⁴⁴.

Sonuç itibariyle, devletin işlem veya eylemlerinin kamulaştırma oluşturup oluşturmadığının belirlenmesinde mekanik bir formül bulunmamaktadır. Yine de kamulaştırmadan söz edebilmek için yatırımda esaslı bir yoksunluğun meydana gelmiş olması gerekir. Ayrıca, düzenlemenin altında yatan gaye de, devlet tasarrufunun, kamu gücünün meşru bir uygulaması olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır⁷⁴⁵.

⁷⁴¹ Vanhonnaeker, s. 66.

⁷⁴² Vanhonnaeker, s. 66.

⁷⁴³ Vanhonnaeker, s. 68.

⁷⁴⁴ Gibson, Latent Grounds, s. 463.

⁷⁴⁵ Vadi, New Forms, s. 178.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ YATIRIMCI-DEVLET TAHKİMİ ARACILIĞI İLE UYGULANMASI – GÜNCEL TAHKİM KARARLARININ İNCELENMESİ

2010 yılında Philip Morris Şirketi, İsviçre-Uruguay iki taraflı yatırım anlaşmasına istinaden ICSID nezdinde Uruguay aleyhine, paketlemede marka kullanımı ile ilgili iki hükümet tasarrufuna karşı tahkim başvurusunda bulunmuştur. Uruguay'ın düzenlemesine göre her marka sadece tek bir çeşit paketleme yapmaya izinlidir ve sağlık uyarısı grafiklerinin sigara paketinin %80'inde sergilenmesi gerekmektedir. Davacı, Uruguay'ın düzenlemelerinin, TRIPS Anlaşması'ndaki yükümlülüklerle dayanan meşru beklentisinin ihlali olduğunu ve böylece adil ve eşit muamele ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Philip Morris ayrıca bu sınırlamaların kamulaştırmaya eş değer olduğunu ileri sürmüştür⁷⁴⁶.

Eli Lilly v Kanada davası ise, patentler ve uluslararası yatırım hukuku ile ilgili ilk nihai karardır. Bu davanın esası patentlerin iptalinin, yatırım anlaşması yükümlülüklerini ihlal eden dolaylı kamulaştırmaya eşdeğer olup olmadığıdır. Bir diğer kritik husus, yerel mahkemece verilen bir hükmün yatırımcı-devlet tahkiminde dava edilip edilemeyeceğidir⁷⁴⁷. Bazı akademisyenler Eli Lilly'nin iddiasını, patent geçerliliğinin ulusal mevzuat çerçevesinde, yerel mahkemeler tarafından karara bağlanması gerektiği prensibine bir saldırı olarak değerlendirmişlerdir⁷⁴⁸. Ayrıca, Eli

⁷⁴⁶ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para 11-12.

⁷⁴⁷ Upreti, s. 65.

⁷⁴⁸ Luke McDonagh, "How the secret TTIP Trade Deal Could Enable Companies to

Lilly şirketinin Kanada patent hukukunu kendi menfaatine göre şekillendirmek için, yatırımcı-devlet tahkimini bir araç olarak kullandığı ileri sürülmüştür⁷⁴⁹.

Fikri mülkiyet haklarının yatırımcı-devlet tahkimi aracılığı ile uygulanmasının odağındaki meseleleri kavrayabilmek için, fikri mülkiyet hakları ile ilgili yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin güncel davaların tahlil edilmesi gerekmektedir. Bu bölümde, en bilinen güncel davalardan, düz paketleme ve patent geçersizliği ile ilgili olarak, Philip Morris v Uruguay ve Eli Lilly v Kanada davaları incelenecektir.

I. PHILIP MORRIS V URUGUAY

A. Davanın Özeti

Uruguay, ülkesindeki tütün ürünleri tüketimini azaltmak için “tek sunum koşulu”nu (SPR)⁷⁵⁰ ve “80/80 düzenlemesi”ni⁷⁵¹ içeren birtakım önlemler kabul etmiştir. Tek sunum koşulu düzenlemesi, her marka ailesinin yalnızca bir çeşit sigara satışına izin vermektedir. 80/80 düzenlemesi ise sigara paketlerinin iki yüzünün %80’inde sağlık uyarıları bulunmasını, yalnızca %20’sinin marka, logo ve diğer bilgilere ayrılmasını gerekli kılmaktadır. Bu önlemlere karşılık Philip Morris, İsviçre ve

Sue Countries’, The Conversation, 12.11.2015 <https://theconversation.com/how-the-secret-ttip-trade-deal-could-enable-companies-to-sue-countries-50543> (erişim tarihi 04.07.2020).

⁷⁴⁹ Okediji, Eli Lilly, s. 1121.

⁷⁵⁰ Tek sunum koşulu (SPR), Uruguay Sağlık Bakanlığının 18 Ağustos 2008 tarihli 514 sayılı Kararnamesi uyarınca uygulanmıştır.

⁷⁵¹ 80/80 düzenlemesi, 15 Haziran 2009 tarihli 287/009 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile uygulanmıştır.

Uruguay arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak yatırım tahkimi önünde Uruguay'ı dava etmiştir⁷⁵².

Philip Morris, iki taraflı yatırım anlaşmasının 5. maddesi uyarınca, bu iki tasarrufun markaları için kamulaştırma oluşturduğunu iddia etmiştir⁷⁵³. Philip Morris'e göre, tek sunum koşulu düzenlemesi kendilerine ait on üç marka çeşidinden yedisini yasaklamakta ve kamulaştırmakta, 80/80 düzenlemesi de geriye kalan çeşitlerin değerini azaltmaktadır⁷⁵⁴. Buna karşılık Uruguay, bu önlemlerin, düzenleme yapma gücünün meşru bir uygulaması olduğunu ileri sürmüştür⁷⁵⁵. Uruguay, belli marka türlerinin diğer marka türlerinden daha güvenli olduğu yönünde tüketicilerde yanlış algı yaratılması gibi olumsuz sonuçları azaltmak amacıyla tek sunum koşulu düzenlemesinin kabul edildiğini

⁷⁵² Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3121/download> (erişim tarihi: 31.08.2021).

⁷⁵³ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 12.

⁷⁵⁴ Philip Morris Brand Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 180, 193-194.

⁷⁵⁵ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 181.

iddia etmiştir⁷⁵⁶. Uruguay ayrıca, 80/80 düzenlemesinin, tütün tüketimi ile ilgili sağlık riskleri hakkında tüketicilerdeki farkındalığı yükseltmek ve vatandaşlarını sigarayı bırakmaları için teşvik etmek amacıyla kabul edildiğini savunmuştur⁷⁵⁷.

Bunlara ek olarak Uruguay, iki taraflı yatırım anlaşmasının 5. maddesinin, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin, bir anlaşmanın yorumunda uluslararası örf ve adet hukukunun gözetilmesini öngören 31. maddesine uygun yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür⁷⁵⁸. Uruguay'a göre, "kamu gücü (police powers) doktrini, uluslararası örf ve adet hukukunun temel bir kuralıdır ve Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesine uygun olarak, 5. maddenin yorumlanmasında uygulanmalıdır"⁷⁵⁹. Bununla ilgili olarak Philip Morris, devletin düzenleyici tasarrufunun sınırlamalara tabi olması gerektiğini, bu tasarrufların kamu sağlığını korumak için alınmış olsa bile, makul olmadıkları için kamulaştırma anlamına geldiklerini ileri sürmüştür⁷⁶⁰.

⁷⁵⁶ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 13.

⁷⁵⁷ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 13.

⁷⁵⁸ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m. 31(3)(c).

⁷⁵⁹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 218.

⁷⁶⁰ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 198.

Tahkim yargılaması sonucu, hakemlerden birinin karşı oyuyla Uruguay lehine karar verilmiştir. Bu yargılamada çözülmesi gereken mesele, Uruguay tarafından getirilen düzenlemelerin, davacının mal varlığının dolaylı kamulaştırılması anlamına gelip gelmediğidir. Hakem heyetine göre, dolaylı kamulaştırma teşkil etmek için “yatırımcının haklarına müdahale eden tasarrufların, davacının yatırımları üzerinde esaslı bir olumsuz etkisinin bulunması gerekir”⁷⁶¹. Hakem heyeti, dolaylı kamulaştırmanın söz konusu olmadığına ve Uruguay tarafından alınan önlemlerin, devletin kamu sağlığını korumak için düzenleme yapma gücünün geçerli bir uygulaması olduğuna karar vermiştir⁷⁶².

B. Davacının İddiası

Davacılar, Uruguay’ın yasalaştırdığı iki adet tütün kontrol kanununun, çeşitli nedenlerle, İsviçre-Uruguay iki taraflı yatırım anlaşmasını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. İleri sürülen ihlallerden biri markaların tek resminin olması koşuludur⁷⁶³. Bu tek sunum koşulu (SPR), aynı marka ailesinden birden fazla sigara çeşidinin piyasaya sürülmesini

⁷⁶¹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 192.

⁷⁶² Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 272-307.

⁷⁶³ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 108-120.

önlemektedir⁷⁶⁴. Bu durum, davacılarından biri olan Abal Hermanos SA (Abal)’a aynı markadan bir ürün çeşidi, örneğin ‘Marlboro Red’, ‘Marlboro Gold’, ‘Marlboro Blue’ yerine yalnızca ‘Marlboro Red’ satmasına izin vermiştir. Düzenlemeler ayrıca ‘light’, ‘ultra light’ gibi kelimelerinin paketlerde yer almasını yasaklamıştır⁷⁶⁵. Philip Morris, bu tasarruflar nedeniyle on üç markasından yedisinin Uruguay piyasasından çekilmek zorunda kaldığını iddia etmiştir⁷⁶⁶. Davacılar ayrıca, sağlık uyarılarının sigara paketinin iki tarafının %80’ini kaplamasını öngören ‘80/80 Düzenlemesini’ de dava etmişlerdir⁷⁶⁷. Her iki tasarruf da Uruguay’ın taraf olduğu DSÖ Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi (Framework Convention on Tobacco Control-FCTC)’nin 11. maddesine uygundur.

Philip Morris, bu hükümlerin, markalarını uygun bir şekilde kullanma haklarını sınırlandırıdığını ileri sürmüştür. Davacılar, İsviçre-Uruguay iki taraflı yatırım anlaşması uyarınca haklarının, geniş yatırım tanımı kapsamında yatırım olarak korunduğunu,

⁷⁶⁴ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 111.

⁷⁶⁵ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 10, 110-112.

⁷⁶⁶ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 180, 193.

⁷⁶⁷ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 194, 121-132.

hükümet tarafından alınan bu tasarrufların dolaylı kamulaştırma oluşturduğunu iddia ederek 22.267 milyon ABD doları tazminat talebinde bulunmuştur⁷⁶⁸.

C. Davalının Savunması

Uruguay, tek sunum koşulu ve 80/80 düzenlemesinin, kamu sağlığının korunması hususundaki uluslararası sorumlulukları gereğince kabul edildiğini ve tüm tütün şirketlerine eşit biçimde uygulandığını savunmuştur. Ayrıca bu tasarrufların devletin egemenliği kapsamında bulunduğu savunulmuştur.⁷⁶⁹

D. Karar

Hakem heyetinin görevi İsviçre-Uruguay iki taraflı yatırım anlaşmasının 5(I) maddesini yorumlamaktır. Bu madde uyarınca, ayrımcı olmayan temelde, kamu yararı gözetilerek ve usulüne uygun olarak gerçekleştirilmediği takdirde, doğrudan veya dolaylı kamulaştırma yasaklanmıştır. Dolayısıyla bu dava, devlet tasarruflarının dolaylı kamulaştırma oluşturup oluşturmadığı ve adil ve eşit muamele ilkesini ihlal edip etmediği noktasında toplanmaktadır.

Hakem heyeti değerlendirmesine dolaylı kamulaştırma iddiası ile başlamıştır. Dolaylı kamulaştırmanın olup oluşmadığına karar vermek için hakem heyeti öncelikle, düzenleyici tasarrufun yatırım üzerindeki etkisine vurgu yapmıştır.

⁷⁶⁸ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 9-12.

⁷⁶⁹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 13.

Dolaylı kamulaştırma ile ilgili olarak kararda, “dolaylı kamulaştırmadan söz edebilmek için hükümet tasarruflarının yatırımcının haklarına müdahalesi, davacının yatırımları üzerinde büyük bir olumsuz etki yaratmalıdır”, şeklinde ifade edilmiştir⁷⁷⁰. Buna göre, düzenleyici tasarrufların büyük bir olumsuz etki yaratması için ise, yatırımının değerinden, kullanılmasından veya yatırımdan yararlanmasından ‘esaslı bir yoksunluk’ meydana getirmesi gerekmektedir. Esaslı yoksunluk ise ekonomik yoksunluğun ‘yoğunluğu’ ve ‘süresi’ dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁷⁷¹.

Bu ilkeler ışığında hakem heyeti, Uruguay tarafından kabul edilen düzenleyici tasarrufların, Abal’ın yatırımlarında esaslı bir yoksunluk meydana getirmediğine karar vermiştir⁷⁷². Düzenleyici tasarrufların uygulanmasından sonra, geriye yeterli miktarda yatırım değeri kaldığından, bu tasarrufların dolaylı kamulaştırma oluşturmayaacağına karar verilmiştir⁷⁷³.

⁷⁷⁰ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 192.

⁷⁷¹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 192.

⁷⁷² Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 284.

⁷⁷³ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 286.

Hakem heyeti, tek sunum koşulu ve 80/80 düzenlemelerinin yasa yapma ve uygulama (police powers) gücünün geçerli bir tatbiki olduğuna, dolaylı kamulaştırma iddiasının bu nedenle de reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir⁷⁷⁴.

Dava konusu düzenlemelerin makul olduğu, keyfî, açıkça adaletsiz, ayrımcı ve orantısız olmadığı sonucuna varılmış ve bu nedenle de adil ve eşit muamele ilkesine aykırılık oluşturmadığına karar verilmiştir⁷⁷⁵.

E. Davanın Analizi

1. Kamulaştırma İddiası Yönünden

Hakem heyeti analizine dolaylı kamulaştırma iddiası ile başlamıştır. Philip Morris'in, kamulaştırıldığını iddia ettiği markalar, aynı anda hem yatırım varlığı hem fikri mülkiyet hakkı niteliğine sahiptir. Uruguay, kamulaştırma iddiasına karşı, Philip Morris'in kamulaştırılacak haklara sahip olmadığını, zira markaların hak sahibine yalnızca başkası tarafından kullanılmasını yasaklama hakkı verdiğini, pozitif bir kullanma hakkı vermediğini savunmuştur⁷⁷⁶. Philip Morris ise markalarını ticaret

⁷⁷⁴ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 287, 307.

⁷⁷⁵ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 410.

⁷⁷⁶ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 181.

alanında kullanma hakkına sahip olduklarını ve bu nedenle de markaların kamulaştırmaya konu olabileceğini ileri sürmüştür⁷⁷⁷.

Hakem heyetinin bu davada cevap aradığı meselelerden biri, Philip Morris'in kamulaştırmaya konu olabilecek nitelikte bir hakka sahip olup olmadığıdır. Bununla ilgili olarak hakem heyeti, Paris Konvansiyonu ve TRIPS Anlaşması gibi uluslararası hukuk metinlerinde düzenlenen marka sahibinin haklarını gözeterek bir değerlendirme yapmıştır. Hakem heyeti, Paris Konvansiyonu'nda ve TRIPS Anlaşması'nda, marka sahibine, marka hakkını kullanmak için bir pozitif hak verildiğine dair herhangi bir düzenleme bulunmadığını ifade etmiştir⁷⁷⁸. Bununla birlikte, marka hakkının bazı

⁷⁷⁷ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 168.

⁷⁷⁸ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 260-262. Ayrıca bkz. WTO, European Communities—Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs (US), Panel Report, WT/DS174/R (15.03.2005) para. 7.210: “Bu ilkeler TRIPS Anlaşması'nın genellikle, belli bir konuyu kullanma veya yararlanma yönünde pozitif haklar bahsetmediğini, ancak daha ziyade belli eylemleri önlemeye yönelik negatif haklar verdiğini yansıtmaktadır. Fikri mülkiyet korumasının bu temel özelliği üyelere meşru kamu politikası hedeflerini takip etme özgürlüğü verir, zira bu kamu politikası hedeflerini amaçlayan pek çok tasarruf fikri mülkiyet haklarının kapsamı dışındadır ve TRIPS Anlaşması altında bir istisnayı gerektirmez.”

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/174R.pdf&Open=True> (erişim tarihi: 06.02.2021). Benzer yönde bkz. WTO, Australia—Certain

koşullarda kullanma hakkı içerebileceği, ancak bu kullanma hakkının başka kişilere karşı var olan bir inhisari hak olduğu, devlete karşı ileri sürülebilecek mutlak bir kullanım hakkı olmadığı değerlendirilmiştir⁷⁷⁹.

Bu karara göre, “markalar hakkındaki temel mesele, Uruguay hukukunda bir tescilli markanın sahibine hangi hakları tanıdığına ilişkindir”⁷⁸⁰. Hakem heyeti, iki tarafın da kullanma hakkı ve koruma hakkı arasındaki ikileme odaklandığını ancak,

Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, Appellate Body Report, WT/DS435/AB/R, WT/DS441/AB/R (9.6.2020) para 6.586: “... ne TRIPS Anlaşması ne de atıfta bulunularak TRIPS Anlaşması’na dâhil edilen Paris Anlaşması hükümleri, bir ticari marka sahibine, ticari markasını kullanma konusunda pozitif bir hak veya kullanım yoluyla o ticari markanın ayırt ediciliğini koruma hakkı vermez...Bunun yerine, TRIPS Anlaşması’nın 1.1 maddesi uyarınca, Üyelerin, iç hukuk rejimlerinde, tescilli bir ticari marka sahibinin, ticari markasının yetkisiz üçüncü şahıslar tarafından ihlalini ‘önlemek için inhisari hakkını’ kullanabileceğini öngörmek suretiyle madde 16.1’i yürürlüğe koymaları gerekmektedir.”

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/435_441abr_e.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021).

⁷⁷⁹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 267.

⁷⁸⁰ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 255.

uyuşmazlığın mutlak ve nispi kullanma hakkı etrafında şekillendiğini belirtmiştir⁷⁸¹. Kararda, özellikle tütün gibi sanayilerde, markaların mutlak kullanım haklarının olmayacağına dair makul bir beklentinin bulunması gerektiğinin altı çizilmiştir⁷⁸².

Uruguay'ın getirdiği düzenlemeler, devletin yerel kamusal amaçlarına yönelik düzenleme yapma yetkisi kapsamındadır ki, bu da hukukun temel rolüdür⁷⁸³. Hakem heyeti, Uruguay'ın anılan önlemleri, DSÖ Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşme'yi içeren ulusal ve uluslararası yükümlülüklerine uygun olarak kabul ettiğini vurgulamıştır. Hakem heyeti ayrıca, “marka sahibinin, düzenlemelerden bağımsız, mutlak bir kullanma hakkına sahip olmadığını, yalnızca üçüncü kişileri piyasadan yasaklayan inhisari hakka sahip olduğunu, böylece marka sahibinin yalnızca markasını ticarete kullanma imkânının bulunduğunu, devletin düzenleme yetkisine tabi olduğunu” ifade etmiştir⁷⁸⁴.

Hakem heyeti, uluslararası marka hukukunda marka sahibine kullanma hakkı veren herhangi bir hüküm bulunmadığını kabul etmiş, ancak hak sahibinin belli koşullarda kullanma hakkına sahip olabileceği görüşünü savunmuştur. Bu konuyla ilgili doktrinde görüş ayrılığı oluşmuştur. Bazı yazarlar, marka sahiplerinin yalnızca

⁷⁸¹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 267.

⁷⁸² Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 235-269.

⁷⁸³ **Gabriel, Mesquita**, s. 1138.

⁷⁸⁴ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 271.

markalarının üçüncü kişilerce kullanılmasını yasaklama haklarının bulunduğunu savunmuştur⁷⁸⁵. Diğer bir kısım yazar ise, TRIPS Anlaşması'nın 16. maddesinde belli hakların ihlallere karşı inhisari haklar olarak düzenlenmesinin, marka sahiplerinin kullanma hakkına sahip olamayacakları anlamına gelmeyeceğini ifade etmişlerdir⁷⁸⁶. Zira markalar yalnızca bir hükümet sertifikası elde etmek için değil, ticaret alanında kullanılmak için tescil edilir. Bu görüşe göre, Anlaşmanın marka sahibinin meşru çıkarlarını düzenleyen 17. maddesi de, markaların yalnızca yasaklama vermediğini desteklemektedir⁷⁸⁷.

Gerçekten de TRIPS Anlaşması'nda marka sahiplerine kullanma hakkı veren açık bir hüküm bulunmasa da bu durum, marka sahiplerinin markalarını

⁷⁸⁵ Bkz. **Andrew Mitchell**, “Australia’s Move to the Plain Packaging of Cigarettes and its WTO Compatibility” (Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy, Vol. 5, Issue. 2, 2010. Benzer yönde bkz. **Henning Grosse Ruse-Khan**, “Assessing the Need for a General Public Interest Exception in the TRIPS Agreement”, Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System: Proposals for Reform of TRIPS, (Ed. Annette Kur), Edward Elgar, 2011, s. 197; **Tania Voon, Andrew Mitchell**, “Implications of WTO Law for Plain Packaging of Tobacco Products”, Public Health and Plain Packaging of Cigarettes: Legal Issues, Edward Elgar, 2012, <https://ssrn.com/abstract=1874593> (06.02.2021), s. 115-19.

⁷⁸⁶ Bkz. **Susy Frankel, Daniel Gervais**, “Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPS Agreement”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 46, Issue. 5, 2013, s. 1188.

⁷⁸⁷ Bkz. **Frankel, Gervais**, s. 1212.

kullanmalarında meşru çıkarları olmadığı anlamına gelmez⁷⁸⁸. Hakem heyeti, bu konuyla ilgili olarak şu şekilde karar vermiştir:

“...Uruguay hukukunda veya Uruguay’ın taraf olduğu uluslararası konvansiyonlarda, marka sahibi mutlak bir kullanım hakkına sahip olmayıp, devletin düzenleme yapma gücüne konu olan, üçüncü kişileri piyasadan uzak tutma hakkına sahiptir ki yalnızca marka sahibi bu markayı ticarete kullanma hakkına sahip olsun”⁷⁸⁹.

Philip Morris v Uruguay davasında yapılan analizden, mutlak bir marka hakkının bulunmadığı sonucu çıkarılabilmektedir. Özel ve kamu yararı arasında doğru bir denge kurabilmek amacıyla, fikri mülkiyet hakları kural olarak, sınırlamalara ve istisnalara tabi tutulur. Ürün veya hizmetin yapısı gereği devletler, bu ürün veya hizmetlerin yerel piyasadaki sunumlarını denetleyecek şekilde önlemler alabilir. Tütün ürünlerinin toplum sağlığı üzerindeki olumsuz etkileri nazara alındığında, markaların kamu sağlığına ciddi zararlar verecek şekilde kullanılabilmesi mümkün olmamalıdır⁷⁹⁰.

Hakem heyetinin kararındaki önemli husus, markanın devletin düzenleme yapma yetkisine konu olabilecek nitelikte olduğudur. Bu yaklaşım, ulusal fikri mülkiyet

⁷⁸⁸ **Emmanuel K Oke**, “Territoriality in Intellectual Property Law: Examining the Tension between Securing Societal Goals and Treating Intellectual Property as an Investment Asset” Scripted, Vol. 15, Issue. 2, 2018, s. 330.

⁷⁸⁹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 271; markayı kullanma hakkının tescilden kaynaklanmadığı, ticari faaliyette bulunma özgürlüğüne ilişkin bir özellik olduğu yönünde bkz. **Enrico Bonadio**, “Plain Packaging of Tobacco Products under EU Intellectual Property Law”, European Intellectual Property Review, 2012, s. 4.

⁷⁹⁰ **Gabriel, Mesquita**, s. 1140.

hukukunun düzenlenmesinde, kamu sağlığının korunması için gerekli olan tasarrufların alınabilmesine izin veren TRIPS Anlaşması'nın 8. maddesiyle de uyumludur⁷⁹¹. Hakem heyetinin yaptığı değerlendirmede belirtildiği üzere; “bir gıda katkısının, marka verildikten sonra, kansere neden olduğu anlaşılırsa, markaya rağmen hükümetin satışı önlemek veya kontrol etmek için yasa çıkarabilmesi mümkün olmalıdır”⁷⁹². Bir markanın aynı zamanda bir yatırım varlığı olması, sırf bu nedenle devletin düzenleme yapma gücünden bağışık tutulacağı anlamına gelmemelidir. Hakem heyetinin yaklaşımı bu anlamda, ülkesellik ilkesiyle de uyum içindedir⁷⁹³.

a. Düzenleyici Önlemin Yatırım Üzerindeki Etkisi

Hakem heyeti, 80/80 düzenlemesinin dolaylı kamulaştırma oluşturmadığına karar vermiştir. Buna göre alanın %20 ile sınırlandırılması davacının işi üzerinde hukukun getirdiği bir sınırlamadan ibarettir⁷⁹⁴. Hakem heyeti ayrıca tek sunum koşulunun da davacıları, yatırımların değerinden ve yatırımları kullanmaktan esaslı

⁷⁹¹ **Oke**, Territoriality, s. 330.

⁷⁹² Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 269.

⁷⁹³ **Oke**, Territoriality, s. 331.

⁷⁹⁴ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 276.

olarak mahrum bırakmadığını belirtmiştir⁷⁹⁵. Düzenlemeden kaynaklanan kârın kısmi kaybı dolaylı kamulaştırma anlamına gelmemektedir, zira “yatırımın kullanılmasında, değerinde veya yatırımdan yararlanılmasında esaslı bir yoksunluk” niteliğinde değildir⁷⁹⁶. Kararda, Philip Morris’in bu hususu kendi iddiasında da kabul ettiği ifade edilmiştir. Philip Morris iddiasında, şirketlerinden biri olan Abal’ın 2011 yılından beri kâr ederek büyüdüğünü, davalı tarafça ilgili önlemler alınmasaydı daha çok kâr etmiş olacağını ileri sürmüştür⁷⁹⁷. Bu iddia ile ilgili olarak hakem heyeti şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“...dolaylı kamulaştırma iddiası bakımından, iddiaya konu devlet tasarrufları uygulandıktan sonra yeterli miktarda bir değer kalıyorsa kamulaştırmadan söz edilemez. Yatırım Anlaşması kararlarında doğrulandığı üzere, yatırımın sağlayacağı kârın kısmi kaybı, söz konusu tasarrufa kamulaştırma özelliği vermez”⁷⁹⁸. Dolayısıyla tek sunum ve 80/80 düzenlemelerinden kaynaklı kamulaştırma söz konusu değildir, zira davacılar

⁷⁹⁵ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 284.

⁷⁹⁶ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 192.

⁷⁹⁷ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 284.

⁷⁹⁸ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 286.

Uruguay'daki yatırımları nedeniyle önemli ölçüde kazanç elde etmeye devam etmişlerdir⁷⁹⁹.

Bu davada, tütün kontrolüne ilişkin düzenlemeler dolaylı kamulaştırma olarak değerlendirilmemiştir, zira bu tasarruflar, yatırımın kullanılmasında, değerinde ve yatırımdan yararlanılmasında esaslı bir yoksunluk yaratmamıştır⁸⁰⁰. Marka hakkı, sahibine mutlak bir kullanma sağlamamakta, marka sahibinin rızası olmaksızın üçüncü kişilerin aynı veya benzer işaretleri kullanmalarını engelleyen inhisari hak tanımaktadır. Uruguay'ın aldığı tütün kontrolü önlemleri de üçüncü kişilerin, Philip Morris'in markalarını rızası olmaksızın kullanmalarına izin vermemekte, yalnızca Philip Morris'in kendi markalarını nasıl kullanacağını tarif etmektedir. Bu nedenle de bu tasarruflar marka ihlali oluşturmamışlardır⁸⁰¹.

b. Devletin Yasa Yapma ve Uygulama Gücü, Düzenleyici Önlemin Kamu Yararı Amacı

Dava konusu düzenleyici tasarrufların yatırımlar üzerinde esaslı yoksunluk oluşturmadığı yönündeki tespitin yanı sıra hakem heyeti, iddiaya konu düzenlemelerin kabul edilmesinin Uruguay'ın yasa yapma gücünün geçerli bir uygulaması olduğunu

⁷⁹⁹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 282.

⁸⁰⁰ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 192.

⁸⁰¹ **Gabriel, Mesquita**, s. 1141.

ifade etmiştir⁸⁰². Bu bakımdan, iki taraflı yatırım anlaşmasının kamulaştırmayı düzenleyen 5. maddesinin, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin uluslararası örf ve adet hukukuna atıf yapılmasına izin veren 31(3)(c) maddesine uygun olarak yorumlanması gerektiği görüşü benimsenmiştir.

Hakem heyetinin Uruguay yararına yaptığı değerlendirmeler, Uruguay’ın düzenleme yapma amacı ve tasarrufların kamu sağlığı üzerindeki etkililiği üzerine yoğunlaşmaktadır. Düzenleme amacı ile ilgili olarak hakem heyeti, “tek sunum ve 80/80 düzenlemelerinin, kamu sağlığının korunmasına yönelik Uruguay’ın ulusal ve uluslararası yükümlülüklerinin yerine getirilmesi amacıyla kabul edildiği” görüşünü benimsemiştir⁸⁰³. Kararda, Uruguay tarafından alınan bu önlemlerin, sigara içme oranını azaltmaya yönelik kamu sağlığına ilişkin düzenlemeler olduğu ve devletin yasa çıkarma yetkisinin bir uygulaması olduğu vurgulanmıştır⁸⁰⁴. Devletin kamu sağlığına ilişkin düzenleme yapma yetkisi (police powers) gözetilerek kamulaştırma iddiası bertaraf

⁸⁰² Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 287.

⁸⁰³ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 302, 306.

⁸⁰⁴ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 306.

edilmiştir⁸⁰⁵. Tasarrufların, sigara içmenin azaltılması üzerindeki etkililiği ile ilgili olarak ise, hakem heyeti, bu hususta kesin sonuçlara ulaşmanın zorluğuna dair uzmanların hemfikir olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte kararda, getirilen düzenlemelerin kamu sağlığının korunmasında potansiyel olarak etkili araçlar oldukları belirtilmiştir.

Hakem heyeti, tek sunum ve 80/80 düzenlemesinin, kamu sağlığının korunmasına yönelik Uruguay'ın ulusal ve uluslararası hukuki yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için kabul edildiğinin altını çizmiştir⁸⁰⁶. Bu bağlamda, Uruguay'ın vatandaşlarını tütünün zararlı etkilerinden korumak için ulusal anayasasında ve DSÖ'nün Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'nde yükümlülüklerinin bulunduğu vurgulanmıştır⁸⁰⁷.

⁸⁰⁵ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 306.

⁸⁰⁶ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 302.

⁸⁰⁷ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 302-304.

Hakem heyeti, iddiaya konu düzenlemelerin devletin düzenleme yapma gücünün göstergesi olduğunu, dolaylı kamulaştırma oluşturmadığını, kamu sağlığının korunması için getirildiğini, ayrımcı olmadığını ve orantılı olduğunu ifade etmiştir⁸⁰⁸.

Uruguay tarafından uygulanan tasarrufların Philip Morris'in yatırımları üzerinde kamulaştırma teşkil edip etmediği iddiasıyla ilgili olarak hakem heyetinin yaklaşımı, özellikle kamu yararı ve devletin düzenleme yapma gücü bakımından önem ihtiva etmektedir. Zira TRIPS Anlaşması'nın 8. ve 20. maddeleri uyarınca, devletler kamu sağlığının korunması için markaların kullanımına dair düzenlemeler getirebilir⁸⁰⁹. Hakem heyetinin iki taraflı yatırım anlaşmasının 5(I) maddesini yorumlama şekli, ev sahibi devletlerin düzenleme yetkilerini kullanabilmelerine olanak sağlamaktadır⁸¹⁰. Uluslararası hukukta yabancıların yatırımlarının korunması önemli olmakla birlikte, yatırım koruma standartları mutlak olmayıp haklı sebeplerle sınırlandırılabilir. Tütün kontrol önlemleri de devletin kamu gücünün bir yansımasıdır. Bu nedenle de hakem heyeti önüne gelen uyuşmazlıkta farklı hak ve çıkarlar arasında denge kurmak zorundadır⁸¹¹.

⁸⁰⁸ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 305-306.

⁸⁰⁹ Oke, Territoriality, s. 334.

⁸¹⁰ **Prabhash Ranjan**, "Police Powers, Indirect Expropriation in International Investment Law, and Article 31(3)(c) of the VCLT: A Critique of Philip Morris v. Uruguay", Asian Journal of International Law, Vol. 9, 2019, s. 107.

⁸¹¹ **Valentina S Vadi**, "Global Health Governance at a Crossroads: Trademark Protection v. Tobacco Control in International Investment Law" Stanford Journal of International Law, Vol. 48, Issue. 1, 2012, s. 110.

Özetle, dava konusu düzenlemelerin, davacının yatırımları üzerinde esaslı yoksunluk meydana getirmediği ve devletin yasa yapma ve uygulama gücünün bir yansıması olduğu değerlendirilerek kamulaştırma iddiaları reddedilmiştir.

Philip Morris davasında kabul edilen yaklaşım, Chemtura v Kanada⁸¹² davasında benimsenen yaklaşımla benzerlik göstermektedir. Chemtura davasında, düzenleyici önlemin dolaylı kamulaştırma oluşturup oluşturmadığının değerlendirmesinde, öncelikle, düzenleyici önlemin yatırımda esaslı bir yoksunluğa neden olup olmadığı analiz edilmiştir⁸¹³. Esaslı bir yoksunluk bulunmadığı sonucuna varıldığında, bu önlemlerin, devletin yasa yapma ve uygulama gücünün bir parçası olduğuna, dolayısıyla da kamulaştırma oluşturmayaacağına karar verilmiştir⁸¹⁴.

Suez v Arjantin davasında da benzer bir yol izlenmiştir. Bu davada da öncelikle, düzenleyici önlemlerin yabancı yatırımlar üzerindeki etkisi ve esaslı bir yoksunluk oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmiştir⁸¹⁵. Sonrasında ise, devletin kamu yararı

⁸¹² Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, Award, (02.08.2010).

⁸¹³ Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, Award, (02.08.2010), para. 241-65.

⁸¹⁴ Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, Award, (02.08.2010), para. 265-266.

⁸¹⁵ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, (30.07.2010), para.132-7.

doğrultusunda, yasa yapma ve uygulama gücünün tanınması üzerinde durulmuştur⁸¹⁶. Sonuç olarak, Arjantin tarafından kabul edilen tasarrufların devletin yasa yapma yetkisi dâhilinde olduğu, yabancı yatırımda sürekli ve esaslı bir yoksunluk meydana getirmediği, bu nedenle de dolaylı kamulaştırma oluşturmadığına karar verilmiştir⁸¹⁷.

Düzenleyici tasarruflar, yabancı yatırımlarda esaslı ve sürekli bir yoksunluk oluştursaydı sonuç aynı olur muydu? Diğer bir deyişle, devletin yasa koyma ve uygulama gücü, kamulaştırma iddiasına karşı yeterli olur muydu?

Bir görüşe göre düzenleyici tasarruflar, yabancı yatırımdan esaslı bir yoksunluk meydana getirmediği takdirde, yasa yapma ve uygulama gücü, dolaylı kamulaştırma iddiasına karşı ekstra bir argüman veya gerekçe işlevi görmektedir. Yasa yapma ve uygulama gücü ekstra bir gerekçe olarak kabul edilir ise, bu yaklaşımdan hareketle, kamulaştırma iddiasına karşı tek başına yeterli olmayacaktır⁸¹⁸.

Philip Morris davasında, devletin yasa koyma ve uygulama gücü, Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(c) maddesinden yararlanılarak değerlendirilmiştir. Bu anlamda hakem heyeti, İsviçre-Uruguay iki taraflı yatırım anlaşmasının 5(1) maddesini, Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(c) maddesiyle uyumlu olarak yorumlamıştır⁸¹⁹.

⁸¹⁶ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, (30.07.2010), para. 139.

⁸¹⁷ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, (30.07.2010), para. 140.

⁸¹⁸ **Ranjan**, s. 108.

⁸¹⁹ **Ranjan**, s. 109.

Hakem heyeti, yasa koyma ve uygulama gücünü şu şekilde ifade etmiştir: “devletin kamu düzeni, sağlığı veya ahlakı ile ilgili konulardaki yasa koyma ve uygulama gücünün iyiniyetli ve makul uygulaması, bir yatırımcının ekonomik zararına neden olsa dahi tazminattan hariç tutulur ve bu amaçla alınan tasarruflar kamulaştırma sayılmamalıdır”⁸²⁰. Devletin yasa koyma ve uygulama gücüne dair kuralın anlaşma metninde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, bu kural genel uluslararası hukukta yansımasını bulmaktadır⁸²¹.

Bu sonuca ulaştıktan sonra hakem heyeti, tek sunum ve 80/80 düzenlemelerinin Uruguay’ın ulusal ve uluslararası hukuki yükümlülükleri kapsamında kabul edilip edilmediğini incelemiştir⁸²². Bu bağlamda kararda, Uruguay’ın kamu sağlığı hedeflerine ilişkin iç hukuk düzenlemelerine işaret edilmiş, ayrıca Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşme gibi uluslararası araçlara da atıf yapılmıştır⁸²³.

⁸²⁰ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 295.

⁸²¹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 301.

⁸²² Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 302-4.

⁸²³ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 302-4.

Daha sonra hakem heyeti, yasa koyma ve uygulama doktrinine dönüş yapmıştır. Devletin yasa yapma gücünün uygulamasının, ayrımcı olmadığı, orantılı olduğu ve kamu refahını koruma amacıyla iyiniyetli olduğu takdirde dolaylı kamulaştırma oluşturmayacağı ifade edilmiştir⁸²⁴. Uruguay'ın düzenleyici tasarruflarının amaçlanan hedefle orantılı olduğu, Abal'ın yatırımları üzerindeki etkilerinin sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁸²⁵. Böylelikle dava konusu önlemlerin, Uruguay'ın kamu sağlığının korunması için yasa koyma ve uygulama gücünün geçerli bir tatbiki olduğuna ve davacının yatırımları üzerinde kamulaştırma oluşturmadığına karar verilmiştir⁸²⁶. Philip Morris davası, devletin yasa koyma ve uygulama gücünü (police powers) iki şekilde ele almıştır⁸²⁷. Birincisi 295. paragrafta şu şekilde ifade edilmiştir: Kamu sağlığı gibi kamu refahı amacıyla kabul edilen, makul, iyi niyetli düzenleyici önlemler kamulaştırma teşkil etmez. Bu nedenle de, yatırımcıya ekonomik zarar vermiş olsa dahi, devletin yabancıya tazminat ödemesi gerekmez. İkinci olarak 305. ve 306. paragraflarda hakem heyeti 'orantılılık' kavramından söz etmiş ve devletin yasa koyma ve uygulama gücü kuralını şu şekilde ifade etmiştir: Düzenleyici tasarruf orantılı olduğu takdirde, kamu refahı için kabul edilen, iyi niyetli, ayrımcı olmayan düzenleyici tasarruflar

⁸²⁴ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 305.

⁸²⁵ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 306.

⁸²⁶ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 306-307.

⁸²⁷ **Ranjan**, s. 111.

dolaylı kamulaştırma oluşturmaz. Görüldüğü üzere, devletin yasa koyma ve uygulama (police powers) kuralı ile ilgili olarak yapılan kamulaştırma analizinde ilk olarak ‘makul olma’ kıstası, daha sonra ‘orantılılık’ kıstası ifade edilmiştir⁸²⁸. Philip Morris davasında ‘orantılılık’ ve ‘makul olma’ kıstasları açıklanmamıştır. ‘Makul olma’ dar yorumlandığında ‘orantılılık’ ile aynı anlamda kullanılmaktadır⁸²⁹. Buna göre üç koşulun bir arada bulunması gerekir. İlk olarak, tasarrufun meşru kamusal amaca uygun olup olmadığı değerlendirilir. Sonrasında, tasarrufun gerekli olup olmadığı, diğer bir anlatımla, aynı amaca uygun, daha az kısıtlayıcı alternatif bir tasarruf bulunup bulunmadığı takdir edilir. Üçüncü adım ise, tasarrufun hak üzerindeki etkilerini dengelemeyi içermektedir⁸³⁰. Diğer taraftan, ‘makul olma’ ve ‘orantılılık’ kavramları aynı anlamı taşımayabilir. Diğer bir anlatımla, ‘makul olma’ kavramı, ‘orantılılık’tan daha geniş bir anlama gelebilir. ‘Makul olma’ kavramının anlamı, geniş olarak kabul edildiğinde devletin yasa koyma ve uygulama gücü kuralı şu şekilde ifade edilebilir: Tasarrufun, başarmayı hedeflediği kamu yararı amacı ile makul bir ilişkisi bulunduğu takdirde, kamu sağlığı gibi kamu yararı amacı için kabul edilen, iyi niyetli ve ayrımcı olmayan önlemler kamulaştırma oluşturmaz. Bu nedenle de, yatırımda ekonomik zarara neden olunmasına rağmen, devletin yabancı yatırımcıya tazminat ödemesi gerekmez⁸³¹. ‘Orantılılık’ kavramına ağırlık verildiği durumda ise, devletin yasa koyma ve uygulama gücü kuralı şu şekilde ifade edilebilir: Düzenleyici tasarruf orantılı, yani hedefe uygun, gerekli ve yatırım üzerindeki etkisi amaçlanan menfaat ile dengeli ise, kamu refahı için kabul edilen, iyi niyetli, ayrımcı olmayan düzenleyici tasarruf dolaylı kamulaştırma teşkil etmeyecektir. O halde, orantılılık kavramı devreye girdiğinde, kamu refahı için

⁸²⁸ **Ranjan**, s. 111.

⁸²⁹ **Ranjan**, s. 112.

⁸³⁰ **Ranjan**, s. 112.

⁸³¹ **Ranjan**, s. 113.

kabul edilen, iyi niyetli, ayrımcı olmayan düzenleyici tasarrufun yabancı yatırım üzerindeki etkileri, bu tasarrufun yarattığı menfaate nazaran orantısız ise, kamulaştırma oluşturması mümkün olabilir⁸³².

Düzenleyici tasarrufun yabancı yatırım üzerindeki etkilerinin, bu tasarrufun yarattığı menfaate nazaran orantılı olup olmadığı somut olaya göre değerlendirme gerektirir. Kanımızca, orantılılık kavramı değerlendirilirken bir tarafta yatırımcının özel menfaatinin diğer tarafta ise meşru kamu yararının bulunduğu unutulmamalıdır. Bu itibarla, yatırımcının özel menfaatinin korunması karşısında, devletin yasa yapma ve uygulama gücünün meşru bir tatbiki olan ve kamu yararı amacı güden bir düzenlemenin korunmasına hassasiyet gösterilmelidir.

Philip Morris davasında kamulaştırma iddiası analiz edilirken, devletin yasa yapma ve uygulama gücü (police powers) ile ilgili olarak Methanex v USA, Saluka v Çek Cumhuriyeti, Tecmed v Meksika ve Chemtura v Kanada davalarına atıf yapılmıştır.

Methanex v USA⁸³³ davasına göre, bir tasarrufun kamulaştırma oluşturup oluşturmadığına karar verilebilmesi, ayrımcı olmayan bir anlayışla, kamusal amaçla, usulüne uygun olarak kabul edilip edilmediğine bağlıdır. Devletin düzenleyici tasarrufu kabul etmesini önleyecek şekilde yatırımcıya verilmiş özel taahhütler söz konusu ise, ancak bu şekilde dolaylı kamulaştırmadan söz edilebilir⁸³⁴. Bu davada, düzenleyici tasarrufun ‘makul’ veya ‘orantılı’ olmasından bahsedilmemiştir⁸³⁵. Burada önemli olan

⁸³² **Ranjan**, s. 113.

⁸³³ Methanex Corporation v. United States of America, NAFTA-UNCITRAL, Award, (03.08.2005).

⁸³⁴ Methanex Corporation v. United States of America, NAFTA-UNCITRAL, Award (03.08.2005), Part IV, Ch D, 4, para. 7.

⁸³⁵ **Ranjan**, s. 114.

soru şudur: Bir düzenleyici tasarruf, Methanex davasında dikkate alınan koşulları sağlamasına rağmen, yabancı yatırım üzerinde esaslı yoksunluğa neden oluyorsa yine de tazminat gerektirmeyecek midir?⁸³⁶ Saluka ve Chemtura davaları bu hususa da değinmişlerdir.

Saluka v Çek Cumhuriyeti⁸³⁷ davasındaki analize göre, devlet tarafından yapılan tasarruflar yabancı yatırıma zarar vermiş olsalar dahi, genel refah amacıyla kabul edilen, ayrımcı olmayan, iyi niyetli tasarruflar nedeniyle devletin yabancı yatırımcıya tazminat ödeme yükümlülüğü bulunmaz. Buna göre, dolaylı kamulaştırma analizinde tasarrufun ayrımcı olmaması, iyiniyetli olması, kamusal amaçla kabul edilmesi ölçüt alınmıştır⁸³⁸. Bu şartları sağlayan düzenleyici tasarruf, yabancı yatırım üzerinde ekonomik etkileri bulunsa dahi dolaylı kamulaştırma sayılmayacaktır⁸³⁹.

Chemtura v Kanada⁸⁴⁰ davası uyarınca; yabancı yatırım üzerinde yoksunluğa neden olup olmadığı hesaba katılmaksızın, iddiaya konu tasarruflar, davalının yasa yapma ve uygulama gücünün geçerli bir tatbikini teşkil etmektedir. Alınan tasarruflar, artan sağlık risklerine karşı ayrımcı olmayan bir anlayışla kabul edilmiştir. Bu

⁸³⁶ **Ranjan**, s. 114.

⁸³⁷ Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (17.03.2006).

⁸³⁸ Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (17.03.2006), para. 254.

⁸³⁹ Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (17.03.2006), para. 276.

⁸⁴⁰ Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, Award, (02.08.2010).

koşullarda kabul edilen tasarruflar, devletin yasa yapma ve uygulama gücünün geçerli bir tatbikidir ve bu nedenle de kamulaştırma teşkil etmez⁸⁴¹.

Tecmed v Meksika⁸⁴² davasındaki kamulaştırma analizine göre ise, devletin yasa yapma ve uygulama gücü kapsamında kabul edilen tasarruflar dahi, yatırımın değerini etkisizleştirdiği takdirde kamulaştırmaya neden olabilir⁸⁴³. Düzenleyici tasarrufun altında yatan amaç ile bu tasarrufun yatırım üzerindeki etkisi birlikte dikkate alındığında tasarrufun, korumayı amaçladığı kamu yararı ve yatırımlara verilen hukuki koruma ile orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir⁸⁴⁴.

Bir görüşe göre, İsviçre-Uruguay iki taraflı anlaşmasının 5(1) maddesi uyarınca, kamu yararını amaçlayan, iyi niyetli ve ayrımcı olmayan düzenleme dahi, yabancı yatırımda esaslı yoksunluğa neden oluyorsa, yabancı yatırımcıya tazminat ödenmelidir. Meşru düzenlemeyi kamulaştırmadan ayıran kriter, yatırımdaki yoksunluğun dengesi ve derecesidir⁸⁴⁵. Bu görüşe göre bu madde, önlemin iyi niyetli olduğu ve kamu yararının amaçlandığı durumlarda, tazminat gerektirmeksizin yatırıma esaslı müdahaleye izin verildiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira bu şekilde bir yorum, kamulaştırma hükümlerinin amacına aykırılık teşkil eder. Buna karşılık, dolaylı kamulaştırmaya karar

⁸⁴¹ Chemtura Corporation v Government of Canada, UNCITRAL, Award, (02.08.2010), para. 266.

⁸⁴² Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003).

⁸⁴³ Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), para 121.

⁸⁴⁴ Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), para. 122.

⁸⁴⁵ **Ranjan**, s. 121-22.

vermede ‘esaslı yoksunluk’ testinin kabul edilmesi, devletlere kamulaştırma iddiası endişesi taşımaksızın kamu yararı amacı güden düzenleyici tasarrufları kabul etmelerine imkân tanır. Bu görüş, Philip Morris davasında devletin yasa koyma ve uygulama gücü kuralı tartışmalarına girilmesinin gerekli olmadığını, çelişkili değerlendirmeler içerdiğini, dolaylı kamulaştırma yönünden ‘esaslı yoksunluk’ testinin yeterli olduğunu savunmuştur⁸⁴⁶.

Kanımızca dolaylı kamulaştırma iddiasının değerlendirilmesinde, Tecmed davasında⁸⁴⁷ benimsenen, orantılılık analizini barındıran ılımlı kamu gücü (moderate police powers) doktrininin kabul edilmesi yerinde bir tercih olacaktır. Devletin düzenleyici tasarrufu yatırım üzerinde esaslı yoksunluk meydana getirmiyorsa kamulaştırmadan söz edilemez. Düzenleyici tasarrufun yatırım üzerinde esaslı bir yoksunluk oluşturması halinde hemen dolaylı kamulaştırmaya neden olduğu şeklinde yorum yapılması da kanaatimizce adil ve hakkaniyetli olmayacaktır. Düzenleyici tasarruf yatırımda esaslı bir yoksunluk meydana getiriyorsa, düzenlemenin altında yatan amaca bakılmalıdır. Bu itibarla; düzenleme meşru kamusal bir amaca hizmet ediyor mu? Düzenleme gerekli mi? Düzenleme ile amaçlanan kamu yararı, yatırım üzerindeki olumsuz etkiye nazaran dengeli ve orantılı mı? Sorularına cevap aranmalıdır. O halde, yatırım üzerinde esaslı yoksunluk oluştursa dahi, meşru kamusal amaca hizmet eden, gerekli, orantılı, iyi niyetli ve ayrımcı olmayan düzenlemeler kamulaştırmaya neden olmamalıdır.

⁸⁴⁶ **Ranjan**, s. 123.

⁸⁴⁷ Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003).

2. Adil ve Eşit Muamele İhlali İddiası Yönünden

Hakem heyeti, iddiaya konu, tek sunum ve 80/80 düzenlemelerinin adil ve eşit muamele ilkesini (iki taraflı yatırım anlaşmasının 3(2) maddesi) ihlal etmediğine ve keyfi olmadığına karar vermiştir⁸⁴⁸. Uruguay'ın tasarruflarının keyfi olup olmadığını değerlendirirken hakem heyeti, Uluslararası Adalet Divanı'nın ELSI⁸⁴⁹ davasındaki keyfilik anlayışını göz önünde bulundurmuştur⁸⁵⁰. Kararda, Uruguay tarafından alınan tasarrufların kamu sağlığının korunması amacıyla alınması ve bu doğrultuda potansiyel olarak etkili araç niteliğinde olması nedeniyle keyfi olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Tek sunum koşulu düzenlemesi ile ilgili asıl soru hiçbir sigaranın bir diğerinden daha güvenli olmadığı mesajını başarılı bir şekilde iletip iletmediği ile ilgilidir⁸⁵¹. Hakem heyeti, bazı marka çeşitlerinin (light gibi) tüketicide yanlış algılar uyandırdığına

⁸⁴⁸ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 420.

⁸⁴⁹ Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v Italy) (Judgment) (1989) ICJ Rep 15, para 128: "O (keyfilik), hukuki sürecin kasıtlı olarak göz ardı edilmesi, hukuki uygunluk hissiyatını şok eden ya da en azından şaşırtan bir harekettir." <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/76/076-19890720-JUD-01-00-EN.pdf> (erişim tarihi: 06.02.2021).

⁸⁵⁰ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 390.

⁸⁵¹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 392.

dikkat çekmiştir. Kararda, çok sayıda bilimsel çalışmada bu tür sigaraların, sigara içicilerinin nikotin ihtiyacını karşılamak için daha fazla sigara içmelerine neden olabileceğinin belirtildiğine değinilmiştir⁸⁵².

Hakem heyeti, sigara marka çeşitlerinde farklı renkler kullanılmasının, bazı sigaraların diğerlerine nazaran daha sağlıklı olduğu imajını yaratabileceğinin mümkün olduğunu değerlendirmiştir⁸⁵³. Diğer içtihatlarda yer almayan tek sunum uygulamasının “gerçek etkileriyle ilgili detaylı araştırmaya” konu olmadığı, “farazi bir durumu içerdiğinden tespitinin güç olduğu” kabul edilmiştir⁸⁵⁴. Sonuç olarak hakem heyeti “tek sunum koşulunun gerçekten devlet tarafından hedeflenen etkilerinin bulunup bulunmadığına karar vermek” gerekmediğini değerlendirmiştir⁸⁵⁵. Ancak “bu düzenleme kabul edildiğinde makul olup olmadığı” hususunun önemli olduğu

⁸⁵² Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 403.

⁸⁵³ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 404.

⁸⁵⁴ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 407.

⁸⁵⁵ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 409.

vurgulanmıştır⁸⁵⁶. Kararda, tek sunum koşulu düzenlemesinin “gerçek bir kamu sağlığı sorununu çözmek için bir teşebbüs olduğu, bu tasarrufun sorun karşısında orantısız olmadığı ve iyi niyetle kabul edildiği” belirtilmiştir⁸⁵⁷. Tek sunum koşulu ve 80/80 düzenlemelerinin makul olduğu, keyfi olmadığı, açıkça adaletsiz olmadığı, ayrımcı olmadığı ve orantısız olmadığı sonucuna varılmış ve bu nedenle de adil ve eşit muamele ilkesine aykırılık oluşturmadığı sonucuna ulaşılmıştır⁸⁵⁸. Hakem Gary Born ise karşı oy kullanarak, tek sunum koşulu düzenlemesinin makul olmadığını, orantısız olduğunu ve adil ve eşit muamele yükümlülüğünü ihlal ettiği görüşünü savunmuştur⁸⁵⁹.

Philip Morris v Uruguay davasında, İsviçre-Uruguay iki taraflı anlaşmasındaki adil ve eşit muamele ilkesinin uygulanmasında ve alınan tasarrufların kamulaştırma

⁸⁵⁶ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 409.

⁸⁵⁷ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 409.

⁸⁵⁸ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 410.

⁸⁵⁹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), Concurring and Dissenting Opinion of Arbitrator Gary Born, para. 129, 139, 146, 157, 176, 196.

oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesinde orantılılık ilkesi nazara alınmıştır⁸⁶⁰. Bu bağlamda, Uruguay'ın sigara içimini azaltmaya yönelik düzenlemelerinin hedeflenen amaçla orantılı olup olmadığı değerlendirilmiştir⁸⁶¹. Kararda, adil ve eşit muamele yükümlülüğünün uygulanmasında açık orantısızlığın yokluğu üzerinde durulmuştur⁸⁶². Hakem Gary Born ise, iddiaya konu tasarrufların yatırımcının haklarına orantısız olarak zarar verdiği görüşü ile çoğunluğun görüşüne katılmamıştır⁸⁶³. Çoğunluk, iddiaya konu tasarruflar ile bunların amaçları arasındaki ilişkide rasyonellik ölçütü olarak orantısızlık veya açık orantısızlık testlerini uygulamıştır. Diğer bir ifade ile tasarruflar, amaçları doğrultusunda değerlendirilmiştir. Devlet tarafından hedeflenen amaçların, alınan tasarruflarla orantılılığı üzerinde yoğunlaşmıştır⁸⁶⁴.

⁸⁶⁰ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 308-435.

⁸⁶¹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 306, 409.

⁸⁶² Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 410, 419-420.

⁸⁶³ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), Concurring and Dissenting Opinion of Arbitrator Gary Born, para. 129, 176.

⁸⁶⁴ **Caroline E Foster**, “Respecting Regulatory Measures: Arbitral Method and Reasoning in the Philip Morris v Uruguay Tobacco Plain Packaging Case”, Review of European Comparative & International Environmental Law, Vol. 26, 2017, s. 295.

Philip Morris v. Uruguay davasında, kötü niyetli olarak uygulanmayan ve irrasyonel olmayan hükümet kararlarına ve devletin takdir yetkisine saygı duyan tahkim kararlarına atıfta bulunulmuştur⁸⁶⁵. Bu bağlamda takdir marjı (margin of appreciation) fikrinden yararlanılmıştır⁸⁶⁶. Adil ve eşit muamele standardının değerlendirilmesinde “kamu politikası ile ilgili kararlarda ulusal düzenleyici kurumlar tarafından uygulanan takdir marjını da içeren ilgili tüm koşulların dikkate alınması” gerektiği ifade edilmiştir⁸⁶⁷. Özellikle 80/80 düzenlemesi ile ilgili olarak hakem heyeti, “davanın, tütünün öldürücü etkileri hakkındaki bilimsel uzlaşısı karşısında alınan yasal bir politik karar hakkında olduğu” yönünde değerlendirmede bulunmuştur⁸⁶⁸.

Philip Morris v Uruguay davası, günümüzde ticaret ve yatırım politikalarının toplumları doğrudan ve dolaylı olarak ne ölçüde etkileyebileceğini gözler önüne sermektedir. Bu dava devletlere politik serbesti sağlayabilecek şekilde yatırım hukukunda yenilik yapılması ihtiyacını kuvvetlendirmektedir⁸⁶⁹.

⁸⁶⁵ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 399.

⁸⁶⁶ **Foster**, s. 295.

⁸⁶⁷ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 388.

⁸⁶⁸ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 418.

⁸⁶⁹ **Gabriel, Mesquita**, s. 1139.

II. ELI LILLY V KANADA

A. Davanın Özeti

Eli Lilly v Kanada davası, NAFTA Bölüm 11 uyarınca, Eli Lilly ilaç firması tarafından Kanada hükümetine karşı açılmıştır⁸⁷⁰. Davacı, bir kısım patentinin Kanada mahkemeleri tarafından geçersiz kılınmasının kamulaştırma oluşturduğunu iddia etmiştir⁸⁷¹.

Davacı Eli Lilly, merkezi Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan ve tüm dünyaya dağıtım yapan bir ilaç firmasıdır. Dava konusu uyuşmazlık, Eli Lilly'nin Zyprexa ve Strattera adlı ilaçları üzerindeki patentlerin, patent verilebilirlik kriterlerinden biri olan 'yararlılık' kriterini karşılamadıkları gerekçesiyle Kanada mahkemeleri tarafından geçersizliğine karar verilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu dava, yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının bir forumu olan Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nde (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID) görülmüştür.

Eli Lilly, patent hukukunun yargısal uygulamasını dava etmek için dolaylı kamulaştırma kavramını kullanmıştır. Eli Lilly, dava kapsamında özetle, Zyprexa ve Strattera için patent koruması istediğinde Kanada'nın patent hukukuna güvendiğini ve Kanada'nın yararlılık doktrini ışığında patent uzmanları tarafından dikkatli bir incelemeden sonra patentlerin verildiğini ileri sürmüştür⁸⁷². Patent verilebilirlik

⁸⁷⁰ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Intent, (07.11.2012), para. 1.

⁸⁷¹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Intent, (07.11.2012), para. 89-97.

⁸⁷² Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Claimant's Memorial, para 20.

kriterlerinin mahkemeler tarafından yapılan yeni yorumları var olan ve gelecek patentlere uygulanacağından, patent verilebilirlik kriterlerinin yorumlanmasındaki önemli değişim, Eli Lilly'ye göre, fikri mülkiyetin kamulaştırılması anlamına gelmektedir. Bu iddia, Kanada'nın düzenleme yapmaya ve mahkeme yorumları aracılığıyla patent hukukunu geliştirmeye yönelik egemen gücüne özel bir aktör tarafından meydan okunması anlamını taşımaktadır⁸⁷³.

Eli Lilly ayrıca, patent verilebilirlik kriterlerinin Kanada mahkemeleri tarafından yorumlanmasının Kanada'nın Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) kapsamındaki yatırımlara 'adil ve eşit muamele' uygulama yükümlülüklerini ihlal ettiğini iddia etmiştir⁸⁷⁴. Eli Lilly özellikle, (i) Kanada patent hukukunda öngörülemez ve karşılanması güç bir kriter getirildiğinden bahisle, keyfi uygulamaya karşı koruma; (ii) meşru beklentilerin korunması; (iii) ayrımcı muameleye karşı koruma yükümlülüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür⁸⁷⁵.

Bu dava, Eli Lilly firmasına ait iki ilaç patentinin Kanada'nın yararlılık koşulunu sağlamadıkları gerekçesiyle Kanada mahkemeleri tarafından geçersizliğine karar verilmesi hakkındadır⁸⁷⁶. Eli Lilly bu durumun, NAFTA uyarınca kamulaştırma

⁸⁷³ **Daniel Gervais**, "Intellectual Property: A Beacon for Reform of Investor-State Dispute Settlement", Michigan Journal of International Law, Vol. 40, Issue. 2, 2019, s. 298.

⁸⁷⁴ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Claimant's Memorial, para. 18.

⁸⁷⁵ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Claimant's Memorial, para. 19-20.

⁸⁷⁶ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 5.

oluşturduğunu iddia etmiştir. Eli Lilly'nin şikayetini anlayabilmek için Kanada'nın yararlılık koşulu ile ilgili birtakım açıklamalara ihtiyaç duyulmaktadır.

Kanada Patent Kanunu'nun 2. bölümüne göre, bir buluş “yeni ve yararlı sanat, işlem, makine, üretim veya maddenin kompozisyonu ya da sanat, işlem, makine, üretim veya maddenin kompozisyonunda yeni veya yararlı gelişme” anlamına gelmektedir. Kanunun 27(3)(a) bölümü uyarınca bir buluşun açıklaması, “buluşu ve işleyişini veya buluş sahibi tarafından düşünüldüğü şekliyle kullanılışını doğru ve tam olarak tarif etmelidir”. Pek çok ülkede olduğu gibi Kanada patent hukukunda da bir buluş yararlılık koşulunu karşılamalıdır. Fakat yararlılık koşulu ile ilgili Kanada'ya özgü durum, yararlılık koşulunun sağlandığına karar vermek için zaman içerisinde geliştirilen ölçüttür. Bu bağlamda Kanada Federal Mahkemeleri ‘patentin vaadi’ (the promise of the patent) veya ‘vaad doktrini’ (the promise doctrine) olarak ifade edilebilen bir doktrin geliştirmişlerdir. Buna göre bir patent başvurusu özel bir yararlılık vaad ediyorsa, bu vaad yerine getirilmediği takdirde bu buluş yararlılık koşulunu sağlamayacaktır⁸⁷⁷. Kanada Federal Temyiz Mahkemesi'nin Eli Lilly v Novopharm Ltd davasında belirttiği üzere; “açıklama özel bir sonucu vaad etmiyorsa, yararlılık için belli bir seviye gerekli değildir; ‘yalnızca bir parça’ yararlılık yeterli olacaktır. Ancak, açıklama açık bir ‘vaad’ ortaya koymaktaysa, yararlılık bu vaade karşı ölçülecektir. Soru, buluşun, patentin vaad ettiği şeyi yapıp yapmadığıdır”⁸⁷⁸. Bu doktrine göre, vaatler yerine getirilmezse, buluş yararlılık koşulunu sağlayamamış olacaktır⁸⁷⁹.

⁸⁷⁷ Oke, Territoriality, s. 335.

⁸⁷⁸ Eli Lilly v. Novopharm Ltd., 2010 FCA 197, para. 76.

⁸⁷⁹ AstraZeneca v. Apotex, 2017 SCC 36, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/16713/index.do> (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 31.

Eli Lilly'nin şikayetinin en önemli noktası, Kanada mahkemelerinin vaat doktrinini 2000'li yılların ortalarında, patentler verildikten sonra geliştirmiş olmasıdır⁸⁸⁰. Eli Lilly bu durumun radikal bir değişiklik olduğunu ileri sürmüştür. Davacı ayrıca, bu doktrinin Kanada'nın NAFTA yükümlülüklerine aykırı olduğunu ve doktrinin kendi patentleri üzerinde geçmişe yürütülmesinin NAFTA 1110. maddesi uyarınca kamulaştırma anlamına geldiğini iddia etmiştir⁸⁸¹. Kanada cevaben, ulusal mahkeme kararının NAFTA yükümlülüklerini ihlal edebilmesinin yalnızca ihkakı haktan imtina olması (denial of justice) halinde mümkün olabileceğini, Kanada mahkemelerinin yararlılık koşulunu yorumlama şeklinde radikal bir değişim olmadığını ve Eli Lilly'nin patentinin geçersizliğine karar verilmesinin NAFTA veya herhangi bir uluslararası yükümlülüğün ihlali anlamına gelmediğini savunmuştur⁸⁸².

Hakem heyeti, Kanada lehine karar vermiştir ve Eli Lilly'nin, Kanada mahkemelerinin yararlılık koşulunu yorumlama şeklinde radikal bir değişimi ispat edemediğini belirtmiştir⁸⁸³. Hakem heyeti ayrıca, Eli Lilly'nin patentlerinin geçersizliğine karar verilmesinin Kanada'nın NAFTA yükümlülüklerinin ihlaline neden

⁸⁸⁰ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 5.

⁸⁸¹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 5.

⁸⁸² Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 6.

⁸⁸³ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 387.

olmadığına ve bu durumun kamulaştırma anlamına gelmediğine karar vermiştir⁸⁸⁴. Fakat hakem heyetinin bu kararı, ulusal mahkeme kararının ihkakı haktan imtina hali bulunmasa dahi bir yatırımcı tarafından yatırım tahkimine götürülebilmesini mümkün kılmış görünmektedir⁸⁸⁵.

B. Davacının İddiası

Eli Lilly, Kanada'ya karşı davasını, NAFTA'nın 11. Bölümüne dayandırmıştır. Bu davanın konusunu, Zyprexa ve Strattera ilaçları üzerindeki patentlerin, patent verilebilirlik kriterlerinden olan yararlılık kriterini karşılamadıkları gerekçesiyle Kanada mahkemeleri tarafından geçersizliğine karar verilmeleri oluşturmaktadır⁸⁸⁶. Davacı, buluşların bu şartı yerine getirip getirmediğine karar vermede, yeni ve radikal olarak farklı bir standardın kabul edilmesinin, NAFTA'nın 1110. maddesini ihlal eden bir kamulaştırma anlamına geldiğini iddia etmiştir⁸⁸⁷.

İkinci olarak davacı Eli Lilly, Kanada mahkemeleri tarafından yararlılık kavramının yorumlanmasının NAFTA'nın 1105. maddesinde düzenlenen adil ve eşit muamele yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia etmiştir⁸⁸⁸. Bu anlamda vaad doktrininin

⁸⁸⁴ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 469.

⁸⁸⁵ **Oke**, Territoriality, s. 337.

⁸⁸⁶ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 313.

⁸⁸⁷ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Claimant's Memorial, para. 14.

⁸⁸⁸ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Claimant's Memorial, para. 18.

keyfi muameleye karşı koruma, meşru beklentilerin korunması ve ayrımcı muameleye karşı koruma standartlarını ihlal ettiği ileri sürülmüştür⁸⁸⁹.

Davacı Eli Lilly ayrıca, Zyprexa ve Strattera ilaçları için patent başvurusunda bulunduğunda Kanada patent hukukuna güvendiğini, bu patentlerin Kanadalı yetkililer tarafından dikkatlice incelendikten sonra verildiğini iddia etmiştir⁸⁹⁰.

C. Davalının Savunması

Kanada hükümeti cevaben, Kanada mahkemelerindeki yargılamanın adil yargılanma esaslarına göre yürütüldüğünü, mahkemelerce patentlerin geçersizliğine karar verilmesinin, ilgili yükümlülüklerin ihlali anlamına gelmediğini savunmuştur. Davalı ayrıca, uluslararası örf ve adet hukukunda minimum muamele standardının bir mahkeme tarafından ihlal edilmesi eşiğinin son derece yüksek olduğunu ifade etmiştir⁸⁹¹.

Davacı tarafın, meşru beklentilerinin ihlal edildiği iddiasına karşılık davalı Kanada, davacının meşru beklentisinin oluşmadığını savunmuştur. Zira bir

⁸⁸⁹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Claimant's Memorial, para. 18.

⁸⁹⁰ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Claimant's Memorial, para. 20.

⁸⁹¹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Counter Memorial, para. 220-229.

mahkemenin, maddi vakıayı, mevzuatı ve delilleri nasıl değerlendireceği konusunda, davacının meşru beklentisinin olamayacağını belirtmiştir⁸⁹².

Kanada ayrıca, patent vaadi doktrininin, yararlılık kriterinin yorumunu değiştirse dahi, patent verilebilirlik kriterlerinin yorumlarının mahkemelerce değiştirilmesinin genel bir durum olduğunu savunmuştur⁸⁹³.

Eli Lilly, Kanada'daki yararlılık kavramının Amerika Birleşik Devletleri'ndeki şekliyle yorumlanması gerektiğini iddia etmiş, Kanada ise Amerika Birleşik Devletleri'ndeki tanımlamanın uluslararası bağlayıcılığı olmadığını ifade etmiştir⁸⁹⁴.

D. Karar

Hakem heyeti Mart 2017'de karar vermiştir. Esasa ilişkin olarak hakem heyeti, bir yerel mahkemenin ancak çok kötü ve şok edici uygulamalarının yatırım iddiasına konu olabileceğine hükmetmiştir⁸⁹⁵. Çok kötü olma durumu, uluslararası örf ve adet

⁸⁹² Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Counter Memorial, para. 266.

⁸⁹³ Bkz. Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Expert Report of Timothy R. Holbrook, 26.01.2015,

⁸⁹⁴ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Counter Memorial, para. 13.

⁸⁹⁵ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 224: "egregious and shocking conduct" şeklinde ifade edilmiştir.

hukuku ihlalinin varlığına karar vermede uygulanan bir standarttır⁸⁹⁶. Hakem heyeti, bu standardı kabul ederken, yerel mahkemeler tarafından karar verilen patent geçersizliklerinin uluslararası yatırım tahkimi tarafından yeniden görülebilmesini kategorik olarak dışlamamıştır. Ancak bu durumun yalnızca çok kötü uygulamanın açık bir kanıtının bulunduğu çok istisnai hallerde gerçekleşebileceğini belirterek, davacılar için aşılması güç bir set örmüştür⁸⁹⁷.

Bu davada, Glamis Gold v Amerika Birleşik Devletleri davasında kabul edilen uluslararası örf ve adet hukukunun minimum muamele standartları nazara alınmıştır. Glamis Gold davasında bu standart “çok kötü ve şok edici bir hareket – ihkakı haktan imtina, açıkça keyfilik, bariz adaletsizlik, adil yargılanmanın tamamiyle yokluğu, açık ayrımcılık veya bariz gerekçesizlik” olarak tarif edilmiştir⁸⁹⁸.

Hakem heyeti ayrıca, uluslararası yatırım tahkim yargılamalarının ulusal mahkemelerin temyiz mercii olmadıklarının altını çizmiştir⁸⁹⁹. Böylece hakem heyeti, Kanada mahkemelerinin patent verilebilirlik kriterlerini yorumlamasının, kamu

⁸⁹⁶ Örnek olarak bkz. Glamis Gold, Ltd. v. United States of America, UNCITRAL, Award, (08.06.2009), <https://www.italaw.com/cases/487> (erişim tarihi: 01.09.2021), para. 620, 627; International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States, Award, (26.01.2006), para. 194, <https://www.italaw.com/cases/571> (erişim tarihi: 01.09.2021).

⁸⁹⁷ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 224.

⁸⁹⁸ Glamis Gold, Ltd. v. United States of America, UNCITRAL, Award, (08.06.2009) para. 627.

⁸⁹⁹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 221.

politikası hedeflerinin uygulanmasında geçerli bir takdir yetkisi oluşturduğu yönündeki Kanada'nın savunmasını kabul etmiştir⁹⁰⁰.

E. Davanın Analizi

Kanada Federal Mahkemesi, Strattera ilaçlarının patentini 2010 yılında, patentin sona erme tarihinden 6 yıl önce, yararlı olmama nedenine dayanarak geçersiz kılmıştır⁹⁰¹. Davacı, patentin geçersizliğine karar verilmesi sonucu zarara uğradığını iddia etmiştir⁹⁰². Patentin geçersizliğinin bildirilmesinden itibaren firmanın patentli ilacını üretme, kullanma ve satma inhisari hakkı ortadan kalkmıştır⁹⁰³. Davacıya göre Kanada Federal Mahkemeleri, diğer devletlerin patent hukuklarından ayrılan ve çok sayıda patentin geçersizliğine neden olan bir doktrin geliştirmiştir⁹⁰⁴. Patentli bir buluş yararlılık vaadini karşılayamazsa patent kaldırılabilir. Davacıya göre vaad doktrini araştırma ve geliştirmeyi engellemekte, aynı zamanda TRIPS Anlaşması'nın 27.

⁹⁰⁰ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 423.

⁹⁰¹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Intent, para. 73, 74, 90.

⁹⁰² Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Intent, para. 90.

⁹⁰³ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Intent, para. 90.

⁹⁰⁴ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Intent, para. 37, 38.

maddesi, NAFTA Bölüm 17 ve Patent İşbirliği Anlaşması (PCT) gibi Kanada'nın çeşitli fikri mülkiyet anlaşmalarındaki yükümlülüklerini ihlal etmektedir⁹⁰⁵.

Kanada, davacının yatırımlarının kamulaştırıldığı iddiasında bulunamayacağını zira yetkili mahkemelerce geçersiz kılındığından Kanada hukukuna göre davacının patentlerinin var olmadığını ileri sürmüştür⁹⁰⁶. Kanada ayrıca, diğer devletlerin mahkemeleri tarafından da her yıl patentlerin geçersizliğine karar verildiğini belirtmiştir⁹⁰⁷. Kanada'ya göre, “bir patentin yerel bir mahkeme tarafından usulen adil bir şekilde geçersiz kılınması durumunda 1110. madde uygulanamaz”⁹⁰⁸. Kanada ayrıca, “yatırım hakem heyetlerinin yerel hukuki kararların temyiz mercii olmadığını” vurgulamıştır⁹⁰⁹.

Buna ilaveten Kanada, eylem ve işlemlerinin NAFTA Bölüm 17'ye uygun olduğunu, bu nedenle de kamulaştırmadan söz edilemeyeceğini savunmuştur⁹¹⁰. NAFTA 1110(7) maddesi uyarınca, patentleri geçersiz kılan önlemler Bölüm 17 ile

⁹⁰⁵ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Intent, para. 42.

⁹⁰⁶ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Counter Memorial, para. 302.

⁹⁰⁷ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Canada Statement of Defence, para. 106.

⁹⁰⁸ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Canada Statement of Defence, para. 106.

⁹⁰⁹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Canada Statement of Defence, para. 112.

⁹¹⁰ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Counter Memorial, para. 344.

uyumlu olduğu takdirde, Bölüm 11 kapsamındaki kamulaştırma iddialarına neden olamaz⁹¹¹. Kanada, TRIPS Anlaşması gibi NAFTA Bölüm 17'nin de patent korumasının kapsamını belirlemek için her bir taraf devlete önemli ölçüde serbestlik tanıdığını ifade etmiştir⁹¹².

Patent geçersizliğinin ekonomik etkisi yönünden dolayı kamulaştırma iddiasına ilişkin olarak Kanada, geçersiz kılınan patentlerin davacının Kanada'daki işlerinin yalnızca bir bileşenini oluşturduğunu ileri sürmüştür⁹¹³. Şirket büyümeye ve ürünlerini satmaya devam etmiştir⁹¹⁴, bu nedenle de Kanada'ya göre davacının yatırımlarında esaslı bir yoksunluk söz konusu değildir⁹¹⁵.

Eli Lilly v Kanada davasında davacı, Kanada mahkemelerinin patent geçersizliğine ilişkin katı yaklaşımının beklenmedik ve keyfi olduğunu, bu nedenle de yabancı yatırımcılara minimum muamele standardı getiren NAFTA 1105. maddesine aykırılık oluşturduğunu iddia etmiştir⁹¹⁶. Davacı firma, yatırım yaptığı sırada yararlılık

⁹¹¹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Counter Memorial, para. 344.

⁹¹² Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Counter Memorial, para. 362.

⁹¹³ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Counter Memorial, para. 409.

⁹¹⁴ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Counter Memorial, para. 411.

⁹¹⁵ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Counter Memorial, para. 411.

⁹¹⁶ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Intent, para. 98-100.

koşulunun “vaad doktrininin” kabul edilmesi suretiyle şiddetli bir değişikliğe uğrayacağını beklemediğini ileri sürmüştür⁹¹⁷. Davacı ayrıca, Kanada’nın patent verilebilirlik koşullarını düzenleyen uluslararası hukuk normlarına aykırı davranmakla adil ve eşit muamele standardını ihlal ettiğini iddia etmiştir⁹¹⁸.

Kanada ise, davacının Kanada mahkemelerinde adil şekilde yargılandığını, davacının yalnızca iki patent davasını kaybetmesinin ilgili yükümlülüklerin ihlalini doğurmadığını ileri sürmüştür⁹¹⁹. Kanada, NAFTA hakem heyetlerinin, yerel yargılamaların temyiz mahkemesi olmadığını vurgulamıştır⁹²⁰. Kanada’ya göre, “minimum muamele standardının bir mahkeme tarafından ihlal edilmesinin eşiği uluslararası örf ve adet hukukunda oldukça yüksektir”⁹²¹. Kanada, NAFTA Bölüm 11’in “ev sahibi devletin yasal ve ekonomik çerçevesinde değişiklik yapılması riskine karşı bir çeşit garanti sunduğu anlamına gelmediğini” vurgulamıştır⁹²². Bu anlamda, ciddi görevi kötüye kullanma, açıkça keyfi davranış veya ihkakı haktan imtinaya (denial of

⁹¹⁷ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Intent, para. 101.

⁹¹⁸ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Intent, para. 93.

⁹¹⁹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Canada Statement of Defence, para. 90.

⁹²⁰ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Canada Statement of Defence, para. 98.

⁹²¹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Canada Statement of Defence, para. 99.

⁹²² Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Canada Statement of Defence, para. 104.

justice) ilişkin delil bulunmadığı takdirde NAFTA 1105(1) maddesinin ihlalden söz edilemeyeceği ileri sürülmüştür⁹²³.

Davalı Kanada ayrıca, TRIPS, Patent İşbirliği Anlaşması veya NAFTA Bölüm 17 hükümlerinin iddia edilen ihlalleri üzerinde hakem heyetinin yargı yetkisinin bulunmadığını öne sürmüştür⁹²⁴. Kanada yine de NAFTA Bölüm 17 ile uyumlu hareket ettiğine vurgu yapmıştır⁹²⁵. Davalı ayrıca, TRIPS Anlaşması'nın "yeknesak bir patent rejimi oluşturmaya yeltenmediğini, patent meselelerinde ulusal çeşitlilik ve yaklaşımlar için geniş bir alan bıraktığını" belirtmiştir⁹²⁶. Davalı son olarak, "Patent İşbirliği Anlaşması'nın patent verilebilirlik koşulları veya patentlerin geçersizliği ile ilgili düzenleme getirmediğini"⁹²⁷ bu nedenle de "Patent İşbirliği Anlaşması'na uygun başvuru yapılmasının, başvurunun kabul edileceğine dair garanti sağlamadığının" altını çizmiştir⁹²⁸.

⁹²³ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Counter Memorial, para. 227.

⁹²⁴ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Canada Statement of Defence, para. 84.

⁹²⁵ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Canada Statement of Defence, para. 82.

⁹²⁶ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Canada Statement of Defence, para. 91.

⁹²⁷ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Canada Statement of Defence, para. 93, 94.

⁹²⁸ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Canada Statement of Defence, para. 94.

Kararda, Eli Lilly'nin yeterli delil gösteremediğinden bahisle, esasa ilişkin bütün iddiaları reddedilmiştir⁹²⁹. Bununla birlikte hakem heyeti, iddiaya konu patentleri yatırım olarak kabul etmekte herhangi bir tereddüt yaşamamıştır⁹³⁰. Ayrıca, mahkemenin fevkalade kötü ve şok edici muamelesinin açık kanıtının bulunduğu hallerde, bir devletin mahkemelerinin yaptığı işlemlerin yatırım tahkimine konu olabileceği kabul edilmiştir⁹³¹. Kararda, iddiaya konu değişimin aşamalı yapısı ve beklenen bir değişim olması hususları üzerinde durulmuştur⁹³². Bu durumda, yasalarda ani bir değişiklik olması halinde, kararın farklı olabileceği ihtimali açık bırakılmıştır⁹³³.

Buluşların patent sistemi aracılığıyla korunmasına ve yatırım varlığı olarak korunmasına ilişkin olarak hakem heyetinin kararı şu üç soru açısından önemlidir: (1) Kanada mahkemelerinin yararlılık koşulunu uygulama şeklinde radikal bir değişim olmuş mudur? (2) Eli Lilly'nin, patentlerinin geçersiz kılınmayacağına dair beklentisi meşru mudur? (3) NAFTA veya uluslararası patent hukuku, ülkelerin yararlılık

⁹²⁹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 308, 349, 366, 376, 379, 385.

⁹³⁰ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 167.

⁹³¹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 224.

⁹³² Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 198, 310, 349.

⁹³³ **Daniel Gervais**, "Investor-State Dispute Settlement and Intellectual Property: Lessons From Lilly v. Canada", Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s. 252.

koşulunu tarif etmelerinde tek tip bir yaklaşım benimsenmesini gerekli kılmakta mıdır?⁹³⁴

İlk soru ile ilgili olarak, Eli Lilly, 2000’li yılların ortalarında Kanada mahkemeleri tarafından geliştirilen vaat doktrininin geleneksel yararlılık standartlarına radikal bir değişiklik getirdiğini iddia etmiştir⁹³⁵. Kanada ise cevap olarak, ‘yararlı’ teriminin patent kanununda tanımlanmadığını, anlamının yargı kararlarıyla şekillendiğini ve hukuken radikal bir değişimin söz konusu olmadığını ileri sürmüştür⁹³⁶. Hakem heyeti kararında, “bu değişimin dramatik değil, daha çok kademeli” olduğunu belirtmiştir⁹³⁷. Esasen hakem heyeti, Eli Lilly’nin “Kanada patent hukukunda esaslı veya dramatik bir değişimi kanıtlayamadığına” hükmetmiştir⁹³⁸.

Hakem heyetinin bu yaklaşımı şu soruyu akıllara getirmektedir: Bir ülkenin patent hukukundaki ne tür değişim kamulaştırma olarak nitelendirilebilecek radikal bir değişim olacaktır? Eli Lilly’nin başarısız olmasındaki neden, Kanada patent hukukundaki radikal bir değişimin varlığını ispat edememiş olmasıdır. Fakat başka bir davada bir firma radikal bir değişimin varlığını ispat ederse ne olacaktır? Hakem heyetinin bu kararı, ne tür bir değişimin radikal bir değişim anlamına geldiğine açıklık

⁹³⁴ Oke, Territoriality, s. 338.

⁹³⁵ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 227.

⁹³⁶ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 270.

⁹³⁷ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 350.

⁹³⁸ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 387.

getirmemiştir. Bu durum ise bir ülkenin düzenleme yapma gücü üzerinde önemli bir etki doğurmaktadır⁹³⁹.

TRIPS Anlaşması'nda veya NAFTA'da bir ulusal mahkemenin patent verilebilirlik koşullarını sıkı yorumlayan bir yaklaşım benimsemesini engelleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu gelişmeler yatırımcılara radikal değişimler olarak görünse de, uluslararası patent hukuku uyarınca bir devletin düzenleme yapma yetkisi içerisinde. Bu bakımdan hakem heyetinin yaklaşımı, var olan standartlara radikal değişiklikler getirdiği takdirde ulusal mahkeme kararlarını tahkime götürebilmeleri için yatırımcılara açık kapı bırakmıştır⁹⁴⁰.

Oysa hakem heyetinin yaklaşımının, bir ülkenin ihtiyaçları doğrultusunda, patent hukukunda değişiklik yapabilme yetkisi tanımak şeklinde olması daha uygun görünmektedir. Bu değişim Paris Konvansiyonu ve TRIPS Anlaşması hükümleri ile uyumlu olduğu sürece, bir ülke, patent hukukundaki değişikliği yatırım tahkimi önünde savunmak durumunda kalmamalıdır. Daha önemlisi, Kanada patent hukukunda radikal bir değişimin olup olmadığı değil, Kanada yararlılık koşulundaki söz konusu değişimin Paris Konvansiyonu ve TRIPS Anlaşması ile uyumlu olup olmadığı sorusu sorulmalıdır. Bu bağlamda, ne Paris Konvansiyonu, ne TRIPS Anlaşması ne de NAFTA yararlılık koşulunu tanımlamamaktadır. Bu durum ise ulusal patent hukuku uyarınca neyin yararlılık oluşturacağını tanımlama konusunda ülkelere takdir yetkisi vermektedir⁹⁴¹.

İkinci soru, Eli Lilly'nin patentlerinin geçersiz kılınmayacağı konusundaki beklentisinin meşru olup olmadığı ile ilgilidir. Eli Lilly, "Zyprexa ve Strattera'nın gelişim süreci boyunca Kanada patent hukukundaki geleneksel yararlılık koşuluna

⁹³⁹ Oke, Territoriality, s. 339.

⁹⁴⁰ Oke, Territoriality, s. 339-40.

⁹⁴¹ Oke, Territoriality s. 340.

makul olarak güvendiğini” ileri sürmüştür⁹⁴². Eli Lilly ayrıca, patent verilmesinin “patentlerin süresi dolana kadar, kendisinin buluşu üretme, kullanma ve satma inhisarı hakkına sahip olacağına” dair bir taahhüt meydana getirdiğini ifade etmiştir⁹⁴³. Davacı geçersiz kılmaya dair normal risk ile patent verildiğinde öngörülemeyen yeni patent verilebilirlik koşuluna karşı patentin test edilmesi riski arasındaki farka dikkat çekmiştir⁹⁴⁴. Buna karşılık Kanada, patent verilmesine meşru beklenti yaratacak şekilde güvenilemeyeceğini zira patentlerin yalnızca varsayımsal olarak geçerli olduğunu, itiraza konu olduklarını ve son kararın mahkemelerce verildiğini savunmuştur⁹⁴⁵. Kanada ayrıca, patent verilebilirlik koşulları karşılanmıyorsa patentlerin geçersizliğine karar verilebileceğini ve “patent verilebilirlik koşullarının mahkeme kararları aracılığıyla sürekli olarak detaylandırıldığını” patentler için başvurduğunda Eli Lilly’nin bilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁹⁴⁶. Kanada’ya göre, Eli Lilly’nin tek meşru beklentisi, patentlerine itiraz edildiğinde adil yargılanma imkânına sahip olmak olmalıdır ve bunu da elde etmiştir⁹⁴⁷. Kanada ayrıca, hukukta dramatik bir değişim

⁹⁴² Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 263.

⁹⁴³ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 264.

⁹⁴⁴ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 266.

⁹⁴⁵ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 306.

⁹⁴⁶ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 303.

⁹⁴⁷ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 305.

nedeniyle Eli Lilly'nin meşru beklentilerinin ihlal edildiğine dair iddiasını kabul etmemiştir. Buna göre, “böyle bir değişim meydana gelmiş olsa da içtihat hukukunun zaman içerisinde değiştiği bilinen bir klişedir. Herhangi bir bilinçli yatırımcı hukukta özellikle de patent hukukunda gelişmeler yaşanabileceğini öngörebilir. Bir mahkemenin eski bir içtihadını hükümsüz kıldığı her an, uluslararası örf ve adet hukukunun ihlal edildiğinden söz edilemez”⁹⁴⁸.

Hakem heyeti kararında, Eli Lilly'nin meşru beklentisinin ihlalinin, Kanada'nın yararlılık koşulunda radikal bir değişimin varlığına bağlı olduğunu belirtmiştir. Eli Lilly radikal bir değişimin varlığını kanıtlamadığından bu iddiası reddedilmiştir⁹⁴⁹. Hakem heyeti ayrıca, patent verilebilirlik koşullarını sağlamadıkları gerekçesiyle patentlere ulusal mahkemelerde itiraz edilebileceğinin bilinen bir husus olduğunu belirtmiştir⁹⁵⁰. Hakem heyetine göre, Eli Lilly'nin, patentlerinin geçersiz kılınamayacağına dair beklentisi meşru bir beklenti değildir⁹⁵¹.

Patentler, diğer fikri mülkiyet hakları gibi, her zaman ulusal mahkemelerde itiraza konu olabilir ve yasal koşulları karşılamadıkları gerekçesiyle geçersiz kılınabilir. Uluslararası fikri mülkiyet hukuku, patent verilebilirlik koşullarını ve patentin geçersizliği nedenlerini ulusal hukuklarında belirlemeleri için devletlere özgürlük

⁹⁴⁸ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 306.

⁹⁴⁹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 380.

⁹⁵⁰ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 382.

⁹⁵¹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 383-384.

tanımıştır. Bir patentin aynı zamanda bir yatırım varlığı olması, patentin yalnızca varsayımsal olarak geçerli olduğu gerçeğini değiştirmemelidir. Bu nedenle, bir yatırımcı patentlerinin mahkemeler tarafından geçersiz kılınamayacağı yönünde meşru bir beklentiye giremez⁹⁵².

Üçüncü soru NAFTA veya uluslararası patent hukukunun, yararlılık koşulunun tanımlanmasında yeknesak bir yaklaşımın benimsenmesini gerektirip gerektirmediği ile ilgilidir. Bu bağlamda Eli Lilly, Kanada'nın kabul ettiği vaat doktrininin, NAFTA'nın diğer taraf ülkeleri (ABD ve Meksika) ile kıyaslandığında aykırı bir çizgide olduğunu iddia etmiştir⁹⁵³. Buna cevap olarak Kanada, "patent hukuku rejimleri arasındaki farklılıkların ilgisiz olduğunu", çünkü "uluslararası patent hukukunun NAFTA tarafından veya herhangi bir şekilde armonize edilmediğini" belirtmiştir⁹⁵⁴.

Hakem heyeti, yararlılık koşulunun diğer ülkelerle karşılaştırılmasının, Kanada'nın yararlılık koşulunda radikal bir değişim olmadığına dair kararı değiştirmeyeceğine hükmetmiştir⁹⁵⁵. Hakem heyetinin bu yöndeki kararı ülkesellik ilkesi ile uyumludur. Yararlılık koşulunun anlamını düzenleyen hiçbir uluslararası anlaşma bulunmadığından, ülkeler bu koşulu, ulusal patent hukuklarında diledikleri şekilde düzenleyebilirler. Paris Konvansiyonu, TRIPS Anlaşması veya NAFTA patent verilebilirlik koşullarını armonize eden hükümler içermeyip asgari standartlar

⁹⁵² Oke, Territoriality, s. 342-43.

⁹⁵³ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 258.

⁹⁵⁴ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 297.

⁹⁵⁵ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 379.

getirmektedir. Bu nedenle de farklı ülkelerin patent verilebilirlik koşulları ile ilgili farklı tanımlamalar öngörmeleri olağandır⁹⁵⁶.

Eli Lilly, vaat doktrininin hiçbir meşru kamusal amaca hizmet etmediğini ve keyfi olduğunu ileri sürmüştür⁹⁵⁷. Kanada ise vaat doktrininin yalnızca spekülasyona dayanan patentlerin önlenmesini amaçladığını belirterek, doktrinin keyfi olduğu iddiasını kabul etmemiştir⁹⁵⁸. Kanada'ya göre, patent başvuruçularından buluşun yararlılığını göstermelerini veya sağlıklı öngörude bulunmalarını istemek keyfilik olmayıp aksine, “patent pazarlığının önemli bir parçasını” oluşturmaktadır⁹⁵⁹. Esas olarak Kanada, vaat doktrininin unsurlarının “önemli kamusal amaçlara hizmet ettiğini” ileri sürmüştür⁹⁶⁰.

Hakem heyeti bu iddia ile ilgili olarak, Kanada mahkemelerinin vaat doktrini ile ilgili kararının keyfi olmadığına ve kamulaştırma teşkil etmediğine karar vermiştir⁹⁶¹. Kanada'nın “vaat doktrini için meşru bir kamu politikası gerekçesi ileri sürdüğü” kabul

⁹⁵⁶ Oke, Territoriality, s. 344.

⁹⁵⁷ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 390.

⁹⁵⁸ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 406.

⁹⁵⁹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 407.

⁹⁶⁰ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 408.

⁹⁶¹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 418.

edilmiştir⁹⁶². Kararda, vaat doktrini patent başvurusunun durumunu güçleştirse de, “bunun Kanada’daki politik yaklaşımın bir sonucu olduğu, hukukta keyfiliğin göstergesi olmadığı” ve hakem heyetinin rolünün Kanada’nın politik tercihlerini sorgulamak olmadığı ifade edilmiştir⁹⁶³.

Hakem heyetinin bu yaklaşımı da ülkesellik ilkesiyle uyumludur. Uluslararası fikri mülkiyet hukuku, özellikle de TRIPS Anlaşması, ülkelerin kamu yararı çerçevesinde spekülative patentleri önlemek, uygun fiyatlı jenerik ilaçlara erişimi kolaylaştırmak gibi toplumsal hedefleri amaçlayan politikalar geliştirmelerine izin vermektedir. Yatırım tahkimi yargılamalarında, ülkelerin fikri mülkiyet hukuku ile ilgili politik tercihlerine saygı duyulması gerekir⁹⁶⁴.

Eli Lilly v Kanada davası, yabancı yatırımcıların özel çıkarları ile ev sahibi devletin düzenleme yapma otonomisi arasındaki gerilimi ortaya koymaktadır⁹⁶⁵. Burada patent doktrininin yargısal uygulaması, dolaylı kamulaştırma iddiası ile tahkime konu edilmiştir. Bu durum bir bakıma, Kanada’nın patent hukukunu düzenleme ve mahkeme yorumuyla değiştirme yetkisinin devlet dışı, özel bir aktör tarafından dava edilmesi anlamına gelmektedir⁹⁶⁶. Bu anlamda hakem heyeti, yatırım tahkimi yargılamalarının, yerel mahkemelerin temyiz mahkemeleri olmadığı, ancak mahkemelerce yapılan

⁹⁶² Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 423.

⁹⁶³ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 426.

⁹⁶⁴ Oke, Territoriality, s. 346.

⁹⁶⁵ Gervais, Lessons, s. 256.

⁹⁶⁶ Gervais, Lessons, s. 256.

muazzam ölçüde büyük hataların yatırım tahkimine konu olabileceği yönünde karar vermiş, böylece kategorik bir dışlamayı da reddetmiştir⁹⁶⁷.

Yatırım tahkiminde, özellikle de fikri mülkiyet haklarını içeren davalarda özel yarar ile kamu yararı arasındaki çatışma su yüzüne çıkmaktadır. Bilhassa, yatırımcı korumasına ağırlık verilen rejimlerde kamu yararına verilen önem azalmaktadır⁹⁶⁸. Patentler mal varlığı olarak kabul edildiği takdirde, patentlerin iç hukuka uygun bir şekilde kaldırılması dahi, ilk bakışta, kamulaştırma olarak değerlendirilebilmektedir⁹⁶⁹.

Patent hakkı verilmesi, patent hakkı sahibinin özel çıkarları için teşvik yaratma amacını taşımaktadır. Bununla birlikte patentler, geniş çaplı düşünüldüğünde, inovasyona erişmeye yönelik kamu yararı amacını da barındırmaktadır. Devletlerarası uyuşmazlık çözüm mekanizmalarında kamu yararı bileşeni belli bir oranda gözetilse de, uyuşmazlığın taraflarından biri çok uluslu şirket olduğunda aynı durum söz konusu olmamaktadır. Zira şirketler ve devletlerin öncelikleri ve kaygıları farklıdır. Şirketlerde her zaman kazanç elde etme ve hissedarın değerini yükseltme amacı vardır. Kanun koyucular ise daha komplike mesele ve önceliklerle karşı karşıyadır⁹⁷⁰.

Ev sahibi devletler tarafından kabul edilen düzenleyici tasarrufları dava etmek için yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm sistemini kullanan patent hakkı sahipleri, inovasyon politikaları geliştirme ve değiştirme gibi devletin düzenleme yapma yetki

⁹⁶⁷ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 221-223.

⁹⁶⁸ **Kate Miles**, “Reconceptualizing International Investment Law: Bringing the Public Interest into Private Business”, International Economic Law and National Autonomy, 2010, s. 295-96.

⁹⁶⁹ **Gervais**, Lessons, s. 260.

⁹⁷⁰ **Gervais**, Lessons, s. 261.

alanına doğrudan etki etmektedir. Bu nedenle de, yatırım tahkimi yargılamalarının fikri mülkiyeti mal varlığı olarak yorumlamalarına izin verilmesi, devletin kamu sağlığı, enerji, finans, eğitim gibi politikalarına müdahale edilmesi riskini barındırmaktadır⁹⁷¹. Yatırım kapsamındaki fikri mülkiyet yükümlülükleri, yabancı aktörlere, yerel kamu yararı amacı ile çıkarılan düzenlemeleri tahkime götürme imkânı tanımakla, devletin yasa çıkarma yetkilerine yeni bir tehdit niteliği taşımaktadır⁹⁷².

III. PHILIP MORRIS V URUGUAY VE ELI LILLY V KANADA DAVALARINDAN ÇIKARILAN SONUÇLAR

Philip Morris tarafından Avustralya ve Uruguay’a karşı açılan düz paketleme davaları, devletin müdahalelerine karşı açılan davalara örnek oluşturmaktadır. Bu davalarda devletin, tütün paketleme ile ilgili düzenlemeleri dava konusu edilmiştir. Yatırım koruması öncelikli olarak bu tür müdahalelerle başa çıkmak için tasarlanmış olmasına rağmen, Philip Morris için işe yaramamıştır⁹⁷³. Avustralya davasındaki⁹⁷⁴ yargı yetkisi yenilgisinin ardından, Uruguay’a karşı açılan davada Philip Morris’in bütün iddiaları esastan reddedilmiştir. Hakem heyeti, ilgili tütün paketleme

⁹⁷¹ **Gervais**, Lessons, s. 261.

⁹⁷² **Gervais**, Lessons, s. 262.

⁹⁷³ **Henning Grosse Ruse-Khan**, “Protecting Intellectual Property Through Trade and Investment Agreements: Concepts, Norm-Setting and Dispute Settlement”, Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s. 37.

⁹⁷⁴ Bkz. Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia (PMA v. Australia), Award on Jurisdiction and Admissibility, (17.12.2015), <https://www.italaw.com/cases/851> (erişim tarihi: 06.02.2021).

önlemlerinin, davacının işinde ‘esaslı bir yoksunluk’ meydana getirmediğinden kamulaştırma oluşturmada karar vermiştir⁹⁷⁵. Daha önemlisi, DSÖ tarafından sunulan raporda bu önlemlerin sigara içmeyi azalttığı belirtilmiş, bu nedenle de kararda, anılan önlemlerin, devletin kamu sağlığını koruma hakkı kapsamında olduğu değerlendirilmiştir⁹⁷⁶. Hakem heyeti ayrıca, adil ve eşit muamele standardının ihlal edilmediğine zira, Uruguay’ın kamu sağlığı önlemlerini belirlemede ‘takdir hakkını’ kullanmış olduğuna karar vermiştir⁹⁷⁷.

Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizması dâhilinde verilen tahkim kararları bağlayıcı emsal içtihat niteliğinde olmasalar da, tahkim kararlarında sıklıkla önceki kararlara atıf yapılmaktadır. Philip Morris v Uruguay davasının bütün şirketleri tarafından açılması muhtemel davaları etkilemesi mümkündür. Kararda, devlet tarafından getirilen düzenlemeler fikri mülkiyet ve yatırım üzerinde olumsuz etkiler

⁹⁷⁵ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 280–286.

⁹⁷⁶ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 287, 290, 298.

⁹⁷⁷ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 398–399. Ancak, Philip Morris tarafından seçilen hakem Gary Born, “takdir marjı” kavramının adil ve eşit muamele standardına uygulanmayacağı görüşüyle karşı oyda bulunmuştur. Bkz. Dissenting Opinion, para. 87–88.

yaratsa da, ev sahibi devletin kamu sağığına ilişkin hususları düzenleme hakkını tanıyan bir değerlendirme ortaya konulmuştur⁹⁷⁸.

Tütün kontrolü önlemleri, tütün ürünlerinin yerel piyasaya sunulmasını kontrol etmek amacıyla çıkarılmış ise, yatırım üzerinde esaslı bir yoksunluk oluşturmuyorsa, diğer uluslararası anlaşmalara ve ulusal kamu sağığı gayelerine uygun olarak kabul edilmiş ise, markaları koruyan yatırım anlaşması hükümlerinin ihlali olarak değerlendirilmemelidir. Philip Morris v Uruguay kararı, devlet tarafından kamu sağığına ilişkin getirilen önlemlerin yabancı yatırımcılar tarafından dava edilmemesi gerektiğini ve ekonomik çıkarların insan sağığından daha öncelikli olmadığını göstermektedir⁹⁷⁹. Sağığın korunmasında devletlerin politika alanının hayati bir önemi bulunmaktadır. Bununla birlikte, ekonomik küreselleşme çağında, devletler egemenliklerinden belli bir dereceye kadar fedakârlık etmektedirler. Bu davanın en önemli sonuçlarından biri egemenliğin ne ölçüde bırakılacağını göstermesi olabilir⁹⁸⁰.

Philip Morris davasında pek çok olumlu yön bulunmaktadır. Hakem heyeti tarafından uzman görüşlerine dayanılmış, Uruguay'ın düzenlemesinin, yasa yapma ve uygulama gücünün ayrımcı olmayan bir kullanımı olduğu ve kamulaştırma teşkil etmediği değerlendirilmiştir. Yine çoğunluk tarafından, Uruguay'ın eylemlerinin adil ve eşit muamele kuralına aykırılık teşkil etmediği, kamu sağığının korunması için etkili yöntemler olduğu belirtilmiştir.

⁹⁷⁸ **Gabriel, Mesquita**, s. 1139-40.

⁹⁷⁹ **Gabriel, Mesquita**, s. 1141-42.

⁹⁸⁰ **Raphael Lencucha**, "Philip Morris versus Uruguay: Health Governance Challenged", The Lancet 2010, Vol. 376, Issue. 9744, https://www.researchgate.net/publication/46219787_Philip_Morris_versus_Uruguay_Health_governance_challenged (erişim tarihi 23.07.2019).

Uruguay'ın bu davada, Bloomberg tarafından önemli ölçüde finansal desteğe sahip olduğu nazara alındığında, bu davanın özel bir durum teşkil ettiğinden söz edilebilir. Uruguay'ın başarısı, benzer davalarla karşılaşan diğer ülkelerin başarısını garanti etmemektedir. Bu anlamda, Uruguay'ın kazandığı bu dava, ülkeleri rehavete düşürmemelidir⁹⁸¹. Philip Morris v Uruguay davasında hakem heyeti devletin yasa yapma ve uygulama gücüne dayanarak kamulaştırma iddiasını reddetmiş ise de, diğer davalarda farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Örneğin Santa Elena v Kosta Rica davasında, dava konusu hükümet eylemleri övgüye değer ve toplum için yararlı bulunsalar da, yine de tazminat ödenmesine karar verilmiştir⁹⁸². Ayrıca, Philip Morris v Uruguay davasında, adil ve eşit muameleye aykırılık iddiası oy çokluğu ile reddedilmiştir. Çoğunluk bu kararını desteklemek için Avrupa takdir marjı kavramına başvurmuştur⁹⁸³. 2015 tarihli farklı bir yatırım davasında ise hakem heyeti bu kavramı kullanmayı reddetmiştir⁹⁸⁴.

⁹⁸¹ **Cynthia M Ho**, “The Intersection of ISDS and TRIPS Flexibilities”, Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s. 213.

⁹⁸² *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No.ARB/96/1, Final Award, para. 72 (17.02.2000).

⁹⁸³ *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 398–399 (8 July 2016).

⁹⁸⁴ Bkz. ICSID Case No. ARB/10/7, the Concurring and Dissenting Opinion of Mr. Gary Born, , para. 82–88.

Paketlerin markalanmasının, sağlık uyarılarının etkisini azalttığı ihtimali üzerine düz paketleme, tütün tüketimine bir çözüml olarak kabul edilmiştir⁹⁸⁵. Paketlerin üzerindeki sağlık uyarıları ve düz paketleme tedbirleri, tıbbi araştırmalar ve kamuoyu kampanyaları sonucunda Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'nin önerilerinden hâsıl olmuştur⁹⁸⁶.

Çoğu yatırım davasında, uluslararası bir anlaşma ile uyumlu olma amacı güden iç hukuk düzenlemeleri dava edilmemiştir. Bu dava ise, 150'den fazla üyesi bulunan DSÖ Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi ile uyumlu olmak amacıyla çıkarılan iç hukuk düzenlemelerine karşı açılan, esasa dair hükümler içeren ilk davadır. Bu nedenle, Philip Morris'in bu hareketi, ileride açılabilir davalar yönünden problemli görünmektedir. Philip Morris bir iç hukuk düzenlemesinin kaldırılmasını dava etmiştir. Bu durum yatırımcılar tarafından başvuru tipik bir hareket tarzı değildir. Philip Morris'in iddiaları hakem heyetince kabul edilmemiştir, ancak bu dava, iç hukuk kurallarını ve TRIPS normlarını dava edebilmeleri için firmalara yatırım tahkimini nasıl kullanabileceklerini göstermiştir. Yatırım tahkimi bir iç hukuk kuralının kaldırılmasına neden olduğunda bu durum, doğrudan TRIPS normlarını ihlal etmemektedir. Ancak

⁹⁸⁵ **Stephanie Hartmann**, “When Two International Regimes Collide An Analysis of the Tobacco Plain Packaging Disputes and Why Overlapping Jurisdiction of the WTO and Investment Tribunals Does Not Result in Convergence of Norms”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 21, Issue. 2, 2017, s. 217.

⁹⁸⁶ **Patricia Ranald**, “Expropriating Public Health Policy: Tobacco Companies' Use of International Tribunals to Sue Governments Over Public Health Regulation”, *Journal of Australian Political Economy*, 2014, Vol. 73, s. 91.

TRIPS Anlaşması ile uyumlu olan iç hukuk kuralları yatırım tahkimi ile geçersiz kılınırsa, bu durum TRIPS normları için tehdit oluşturacaktır⁹⁸⁷.

Eli Lilly v Kanada davasında ise Kanada patent hukukundaki ‘vaad doktrini’ dava konusu edilmiştir. Bu davada Eli Lilly’nin dava konusu ettiği mesele; fikri mülkiyet haklarına Kanada tarafından haksız bir şekilde müdahale edilmesi değil, patent koruması için gerekli olan yararlılık koşulunun Kanada tarafından vatandaşın çok yükseltilmiş olmasıdır⁹⁸⁸.

Her ne kadar dava reddedilmiş ise de, Eli Lilly davasındaki karar, fikri mülkiyet yatırım iddialarının, bir devletin fikri mülkiyet hukuku ve politikasını nasıl etkileyebileceği konusunda birtakım endişeler yaratmıştır. Bu karar, fikri mülkiyet sahibi yatırımcıların benzer yöndeki iddiaları için açık kapı bırakmıştır. Eli Lilly davasında hakem heyetinin iddiaları reddetmesindeki asıl neden, ev sahibi devletin patent hukukunun gelişiminde ‘dramatik’ bir değişikliğin ispat edilememiş olmasıdır. Davacı iddiasında dramatik bir değişimin varlığına dayandığından, hakem heyeti böyle bir değişimin bulunup bulunmadığına odaklanmıştır⁹⁸⁹.

Hakem heyeti analizine, yatırım iddialarının, ev sahibi devletin idari veya yargı otoriteleri tarafından verilen hukuksuz kararlara dayanabileceğini belirterek başlamıştır. Bu anlamda ev sahibi devletin, adil ve eşit muamele standardına aykırı, kamulaştırma

⁹⁸⁷ **Ho**, Intersection, s. 213-14.

⁹⁸⁸ **Grosse Ruse-Khan**, Protecting, s. 39.

⁹⁸⁹ **Grosse Ruse-Khan**, Protecting, s. 40.

veya ihkakı haktan imtina (denial of justice) teşkil eden kararlarının dava konusu edilebileceği vurgulanmıştır⁹⁹⁰.

Devletin yargısal eylemlerinden sorumluluğunun, ihkakı haktan imtina eden usuli işlemlerle mi sınırlı olduğu yoksa adil ve eşit muamele standardı altında mahkemelerin esasa ilişkin kararlarını da kapsayıp kapsamayacağı hakem heyetince tartışılmıştır⁹⁹¹.

Hakem Heyeti Eli Lilly'nin iddialarını reddetmesine rağmen, mahkeme veya patent ofisi kararlarında 'açık keyfilik veya bariz adaletsizlik'⁹⁹² iddialarına dayanan davalar için açık kapı bırakmıştır. Hakem heyeti bir bakıma, fikri mülkiyetle ilgili beğenilmeyen idari veya yargısal kararlara karşı uluslararası yatırım tahkimi davaları için davetiye çıkarmıştır⁹⁹³. Hakem heyeti ayrıca, 'Glamis Gold' davasına⁹⁹⁴ atıf yaparak, ev sahibi devlet tarafından yaratılan objektif beklentilerin korunması gerektiğini de ifade etmiştir⁹⁹⁵. Bu durum ise, bir fikri mülkiyet hakkını geçersiz kılan

⁹⁹⁰ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 221.

⁹⁹¹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 223.

⁹⁹² Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 223: "manifest arbitrariness or blatant unfairness" şeklinde ifade edilmiştir.

⁹⁹³ **Grosse Ruse-Khan**, Protecting, s. 42.

⁹⁹⁴ Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, Award (08.07.2009).

⁹⁹⁵ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 222.

mahkeme kararının yatırımcının beklentilerini zarara uğratılabileceği iddialarına imkân tanımaktadır⁹⁹⁶. Diğer taraftan hakem heyeti ulusal mahkeme kararlarına saygı duyulması gerektiğine de vurgu yapmıştır. Buna göre, “...NAFTA Bölüm Onbir hakem heyeti, ulusal mahkeme kararlarının temyiz mercii değildir. Ulusal mahkeme kararlarının denetlenmesi, NAFTA Bölüm Onbir hakem heyetinin bir görevi değildir ve bu mahkemelerin işleyişi ile kararlarına saygı gösterilmelidir. Dolayısıyla yalnızca, çok kötü ve şok edici işleyişin açık kanıtının bulunduğu çok istisnai durumlarda, böyle bir işleyişin davalı devletin NAFTA 1105(1) maddesindeki yükümlülüklerine aykırılığını değerlendirmek NAFTA Bölüm Onbir hakem heyeti için uygun olacaktır”⁹⁹⁷.

Ev sahibi devletin mahkeme kararına saygı duyma yaklaşımı, patent hukuku uygulamasında radikal değişime odaklanan değerlendirme ile karşıtlık göstermektedir. Saygı yaklaşımı, yalnızca ‘çok kötü ve şok edici işleyişin açık kanıtının’ varlığı halinde bir hakem heyeti tarafından değerlendirilmesi anlamını taşıyorsa, fikri mülkiyetle ilgili ulusal mahkeme kararlarına karşı tahkim yolu bir nebze kapalı olacaktır. Ancak hakem heyetleri, beklentilerin engellenmesine odaklanırlarsa, yargı doktrini veya içtihat hukukunda öngörülemeyen değişikliklerle karşılaşan fikri mülkiyet sahibi yatırımcıların tahkim yoluna başvurmaları mümkün olacaktır⁹⁹⁸.

Eli Lilly davasında hakem heyeti, dramatik bir değişimin bulunup bulunmadığı noktasında, Kanada patent hukukundaki gelişmeleri ayrıntılı bir şekilde incelemiştir. Bu nedenle hakem heyetinin esasında, ‘çok kötü ve şok edici işleyişin açık kanıtını’ gerektiren saygı yaklaşımını benimsemediği anlaşılmaktadır. Bunun yerine Kanada

⁹⁹⁶ **Grosse Ruse-Khan**, Protecting, s. 42.

⁹⁹⁷ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 224.

⁹⁹⁸ **Grosse Ruse-Khan**, Protecting, s. 42.

patent hukukunda yararlılık koşulundaki değişimin derecesi ile ilgili uzun değerlendirmelere yer verilmiştir. Sonuç olarak patent hukukunda dramatik bir değişim bulunmaması nedeniyle adil ve eşit muamele standardı ve kamulaştırma korumalarının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır. Fakat Kanada patent hukukundaki değişim, ‘aşamalı ve evrimsel’ olmasaydı ne olacaktı? Teknolojik, ekonomik ve sosyal gelişmelere bağlı olarak fikri mülkiyet haklarının dinamik yapısı hukuk uygulamasında önemli değişimleri gerektirebilir. Yalnızca gerçek bir saygı yaklaşımı, bu tür değişimler için güvence oluşturabilir. Hakem heyetinin saygı yaklaşımından ziyade, dramatik bir değişim bulunmaması nedeniyle Eli Lilly’nin iddialarını reddetmesi, usul ekonomisi gereğince en uygun ve etkili yol olarak değerlendirilebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, uluslararası yatırım hakem heyetleri yalnızca taraflar arasındaki uyuşmazlıkla ilgili karar vermez, bu kararlar önemli içtihatlar olarak değerlendirilir ve yatırımcıların gelecekteki iddialarına ilişkin sinyaller barındırır⁹⁹⁹.

Hakem heyetinin yaklaşımı, hangi değişikliğin kamulaştırmaya eşdeğer köklü bir değişiklik olacağına cevap vermediğinden eleştirilmiştir. Patent hukukundaki bazı gelişmeler yabancı yatırımcının bakış açısıyla köklü değişiklikler olarak algılanabilir. Diğer taraftan, bu gelişmeler bir devletin kamu düzeni yetkileri kapsamında gerçekleştirilmiş olabilir. Bununla birlikte Eli Lilly kararının ortaya koyduğu durum, patent hukukunda dramatik bir değişim var ise, bu değişimin kamulaştırma olarak yorumlanabileceği şeklindedir¹⁰⁰⁰.

Eli Lilly kararındaki en problemli kısım meşru beklentilere ilişkin değerlendirmelerle ilgilidir. Hakem heyeti öncelikle ‘davacı dâhil bütün patent sahiplerinin, ilgili buluşun patent verilebilirlik koşullarını karşılamaması halinde,

⁹⁹⁹ **Grosse Ruse-Khan**, Protecting, s. 42-43.

¹⁰⁰⁰ **Oke**, Territoriality, s. 339.

patentlerin mahkemede dava konusu edilebileceğini bilmeleri gerektiğini' vurgulamıştır. Bununla birlikte hakem heyeti vaad doktrininin geliştirilmesinde dramatik bir değişim olmaması nedeniyle, meşru beklentilerin ihlal edildiği iddiasını reddetmiştir¹⁰⁰¹. O halde Kanada patent hukukundaki değişim makul olmasaydı ne olacaktı?

Davacı ayrıca, davalı Kanada'nın NAFTA Bölüm 17 ve Patent İşbirliği Anlaşması'ndaki yükümlülüklerinden kaynaklanan meşru beklentilerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Hakem heyeti, Davacı Eli Lilly'ye ait patentlerin geçersiz kılınmasının, davalı Kanada'nın uluslararası yükümlülüklerinin ihlalini oluşturmadığına karar vermiştir. Hakem heyetinin bu tespiti, yalnızca tarafları bağlayan ve fikri mülkiyet sahiplerine doğrudan koruma sağlamayan uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan beklentilerin varlığını kabul etmektedir. Ayrıca, NAFTA Fikri Mülkiyet Bölümü ve Patent İşbirliği Anlaşması ile uygunluğu denetleme yetkisinin bulunup bulunmadığını sorgulamak yerine, hakem heyeti uluslararası fikri mülkiyet kurallarının ihlali konusunda karar vermede kendisini yetkili görmüştür. Meşru beklentilerin uluslararası fikri mülkiyet kurallarına dayandığı iddiası karşısında bu değerlendirmelere girmiştir. Bu yaklaşımın, ilk bakışta makul görünse de, ev sahibi devletin uluslararası fikri mülkiyet anlaşmalarına uygunluğunun fikri mülkiyet sahibi yatırımcılar tarafından dava edilebilmesine davetiye çıkardığı öne sürülmüştür¹⁰⁰².

Eli Lilly kararı sonucu itibariyle, devletin egemenlik yetkisini koruyan bir karar olsa da, TRIPS esneklikleri yönünden birtakım problemleri barındırmaktadır. Öncelikle bu dava esas olarak bir ülkenin TRIPS esnekliklerinden yararlanma kabiliyetini konu almaktadır. Ayrıca hakem heyeti, davanın ciddiyetsiz (frivolous) olmadığını açıkça

¹⁰⁰¹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 380–384.

¹⁰⁰² **Grosse Ruse-Khan**, Protecting, s. 44.

ifade etmiştir. Bu durum ise firmalara, TRIPS esnekliklerine karşı yatırım iddialarında bulunularak dava açılabilirliğini göstermiştir¹⁰⁰³. Davada uzman görüşünde bulunan bir kısım fikri mülkiyet profesörleri, Kanada patent hukukunun, diğer ülkelerin hukuki düzenlemelerinden ayrıldığını ifade etmişlerdir¹⁰⁰⁴. Ancak patent hukukunda uluslararası bir uyum söz konusu olmayıp, TRIPS Anlaşması tanımlamalar içermeyen asgari standartlar getirmektedir¹⁰⁰⁵.

Eli Lilly kararı, yerel takdir yetkisine, Uruguay kararına nazaran daha az yer vermiştir. Bu kararda takdir marjından veya devletin yasa koyma ve uygulama gücünden (police powers) söz edilmemiştir¹⁰⁰⁶.

Eli Lilly'nin kamulaştırma talepleri ile ilgili olarak, NAFTA, TRIPS ile uyumlu bir şekilde iptal edilen patentlerin yatırım sayılmaması gerektiği, bu nedenle de yargı yoluyla yapılan iptalin kamulaştırma sayılmaması gerektiği yönündeki Kanada savunması kabul edilmemiştir. Aksine içtihat hukuku (common law) değişikliklerinin yatırım anlaşmaları kapsamında sorumluluğa neden olabileceği yönündeki iddialar için şirketlere yeni bir kapı açılmıştır. TRIPS Anlaşması'nda, fikri mülkiyet hak sahipleri ile bundan yararlananlar arasında denge sağlayan düzenlemeler bulunmakta iken, yatırım anlaşmaları genel itibarı ile böyle bir dilden yoksundur. Kararın esası ile ilgili bütün bu problemler, yatırım anlaşmalarının ve yatırım tahkimi hakemlerinin fikri mülkiyeti,

¹⁰⁰³ **Ho**, Intersection, s. 214.

¹⁰⁰⁴ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Amicus Curiae Submission of Intellectual Property Law Professors.

¹⁰⁰⁵ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Expert Report of Daniel J Gervais.

¹⁰⁰⁶ **Ho**, Intersection, s. 214-15.

toplumsal etkilerini göz ardı ederek, yalnızca mal varlığı olarak değerlendirmelerinden kaynaklanmaktadır¹⁰⁰⁷.

Uruguay kararında olduğu gibi bir devletin yasa koyma ve uygulama gücüne (police powers) ağırlık vermek yerine, Eli Lilly kararı, büyük oranda somut olay bazlı analizler içermekte ve hukuki düzenlemede yapılan değişikliğin dramatik boyutta olup olmadığı değerlendirmesine dayanmaktadır. Bu değerlendirme biçimi ise fikri mülkiyet haklarının iptaline ilişkin kararlara karşı yatırım tahkimi yolunu kolaylaştırmaktadır¹⁰⁰⁸.

Eli Lilly kararı, yerel patent hukukunda ne ölçüdeki değişikliğin kamulaştırma iddiasına neden olabileceği hususunda belirgin bir tasvirde bulunmamıştır. Bu bağlamda, fikri mülkiyet hukukundaki kamulaştırma kavramı, tahkimin bu yorumu ile birlikte daha da muğlak hale gelmiştir. Patent kurallarının değişip değişmediği sorusu, kamulaştırmaya karar vermede kesin bir ölçüt olarak değerlendirilmemelidir¹⁰⁰⁹. Hakem heyetinin bakış açısı, köklü değişiklik gibi algılanabilecek yerel mahkeme kararlarına karşı yatırım tahkiminde itiraz kapısını açmakla sakıncalı görünmektedir.

Eli Lilly davası, iç hukuk rejimindeki yatırımcılarca kusurlu görülen durumların yorumlanması için uluslararası yatırım anlaşmalarındaki standartların potansiyel olarak kullanılabileceğini göstermektedir. Fikri mülkiyet sahibi yatırımcıların isteğinin, ev sahibi devlet tarafından fikri mülkiyet haklarına adaletsiz davranılmasından kaynaklanan mağduriyetin giderilmesinden ziyade, iç hukukun yeniden tasarlanması olduğu anlaşılmaktadır¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁷ **Ho**, Intersection, s. 215.

¹⁰⁰⁸ **Ho**, Intersection, s. 215.

¹⁰⁰⁹ **Günarslan**, s. 17.

¹⁰¹⁰ **Grosse Ruse-Khan**, Protecting, s. 45.

Uruguay ve Kanada, fikri mülkiyet haklarını konu alan yatırım tahkiminde başarılı savunmalar geliştirmiş iseler de, devletler, fikri mülkiyet haklarına karşı yatırım iddialarıyla karşı karşıya gelmeye devam etmektedirler. Örneğin, Novartis'in kanser ilacı olan ve temel bir ilaç¹⁰¹¹ olarak kabul edilen Sovaldi'nin fiyatından indirim tartışmalarının başlatılması üzerine, 2016'da Novartis Kolombiya'ya karşı yatırım iddiasıyla dava açmıştır¹⁰¹². Esasında Kolombiya, bir TRIPS esnekliği olan zorunlu lisans kurallarıyla uyumlu hareket emiş, zorunlu lisans çıkarmadan önce patent sahibiyle müzakere etme girişiminde bulunmuştur¹⁰¹³. Ancak, Kolombiya'nın TRIPS kuralları doğrultusunda gerçekleştirdiği bu hareketi, bir yatırım iddiası ile karşılık bulmuştur. Sonrasında, Kolombiya zorunlu lisans çıkarmayacağını, onun yerine fiyatta indirim yapılacağını duyurmuştur. Devletlerin zorunlu lisans çıkarması, bazı durumlarda politik baskılar nedeniyle gerçekleşemiyorken, günümüzde yatırım uyuşmazlıkları da zorunlu lisans çıkarılmasını önleyebilecek bir diğer etken olarak değerlendirilebilmektedir¹⁰¹⁴.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, hiçbir ülke yatırım uyuşmazlıklarından bağışık değildir. Bu nedenle, yatırım uyuşmazlıklarının tehdidi dahi TRIPS esnekliklerinden yararlanılmasını engelleyebilmektedir. Bütün yatırım iddiaları kamuya açık olmadığından, soğutucu etkinin (chilling effect) kapsamı tam olarak belirlenemese de, genel itibariyle yatırım uyuşmazlıklarının, devletlerin düzenleyici eylem ve işlemleri

¹⁰¹¹ Bkz. WHO List of Essential Medicines, 20th List (2017), <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/273826/EML-20-eng.pdf?ua=1> (erişim tarihi: 18.03.2021).

¹⁰¹² Ho, Intersection, s. 216.

¹⁰¹³ TRIPS Anlaşması, m. 31(a).

¹⁰¹⁴ Ho, Intersection, s. 216.

üzerinde soğutucu etki yarattıkları bilinmektedir. Her ne kadar devletler, Philip Morris ve Eli Lilly davalarında başarılı olmuş iseler de, gelişmiş devletlerin dahi, yatırım davasıyla karşılaşmamak için birtakım düzenlemeleri kabul etmekten çekinmeleri söz konusu olabilir¹⁰¹⁵. Örneğin Kanada, markayı sınırlayan ‘düz paket’ kurallarını kabul edecek iken, yatırım iddiası tehdidinin ardından bundan vazgeçmiştir¹⁰¹⁶. Benzer şekilde, Yeni Zelanda da düz paket kuralları ile ilgilenmekte iken, bu hususta düzenleme yapmayı ertelemiştir¹⁰¹⁷. Dolayısıyla TRIPS esnekliklerini korumak isteyen devletler, yatırımcı-devlet uyuşmazlık sisteminin yarattığı bu sorunu göz ardı etmemeli ve buna karşı teyakkuz halinde olmalıdır¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁵ **Ho**, Intersection, s. 216.

¹⁰¹⁶ Physicians for Smoke-Free Canada, “The Plot Against Plain Packaging: How Multinational Tobacco Companies Colluded to Use Trade Arguments They Knew Were Phoney to Oppose Plain Packaging. And How Health Ministers in Canada and Australia Fell for Their Chicanery”, 2008, http://www.smoke-free.ca/pdf_1/plotagainstplainpackaging-apr1%27.pdf (erişim tarihi: 18.03.2021), s. 28

¹⁰¹⁷ **Eric Crosbie, George Thomson**, “Why Did It Take 53 Months for NZ to Introduce Plain Cigarette Packs?,” Noted, 14.06.2018, <https://www.noted.co.nz/health/health/plain-cigarette-packs-introduction-delayed-in-nz/> (erişim tarihi: 18.03.2021).

¹⁰¹⁸ **Ho**, Intersection, s. 217.

BEŞİNCİ BÖLÜM

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ YATIRIMCI-DEVLET TAHKİMİ ARACILIĞI İLE UYGULANMASININ ETKİLERİ

Teorik olarak, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümünde hakem heyetleri tarafından verilen kararlar salt nakdi tazminat ile sınırlı olduğundan tahkim kararları, bir devleti politikasını değiştirmeye zorlayamaz. Bu nedenle, yatırım tahkiminin, hükümetleri kamu yararı kapsamında yeni düzenlemeler getirmekten caydırmadığı bazılarınca öne sürülmüştür¹⁰¹⁹. Diğer taraftan, bazıları, devletlerin yatırım tahkimi önünde dava edilmemek için yeni yasalar çıkarmakta gönülsüz davrandıkları kanaatindedir¹⁰²⁰. Yüksek miktarları içeren tazminat talepleri dikkate alındığında, tahkim kararlarının, devletlerin politik meselelerini etkileyebilecekleri ileri sürülmektedir¹⁰²¹. Diğer taraftan, tahkim kararlarının, devletlerin düzenleme yapma yetkileri üzerindeki caydırıcı etkisini kesin olarak tespit etmek güçtür.

Fikri mülkiyet bağlantılı yatırım uyuşmazlıklarının en önemli etkilerinden biri, uluslararası fikri mülkiyet standartlarının yatırım tahkimi önünde dava edilebiliyor olmasıdır¹⁰²². TRIPS Anlaşması, üye ülkelere kendi statülerine göre kuralları düzenleme

¹⁰¹⁹ **Owens, Fitzpatrick**, s. 65.

¹⁰²⁰ **Suzanne A Spears**, “The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements”, *Journal of International Economic Law*, 2010, Vol. 13, Issue. 4, s. 1039.

¹⁰²¹ **Plamen Dinev**, “Regulatory Chill and the TTIP: An Intellectual Property Perspective”, *European Intellectual Property Review*, Vol. 39, Issue. 6, 2017, s. 345.

¹⁰²² **Clara Ducimetiere**, “Intellectual Property under the Scrutiny of Investor-State Tribunals: Legitimacy and New Challenges”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Vol. 9, 2018, s. 273.

hususunda bir esneklik tanımaktadır. Philip Morris ve Eli Lilly davalarının, TRIPS esnekliklerini olumsuz olarak etkilediği öne sürülmüştür. Bu bağlamda, bir taraftan TRIPS esnekliklerinden istifade edilmesi gerektiği önerilirken, diğer taraftan yatırımcı-devlet tahkiminin maliyeti ve yatırımcılara verilmesi muhtemel tazminatlar, bu esnekliklerden istifade etmek noktasında çekingenlik yaratabilmektedir¹⁰²³.

Tahkim yargılamasının etkisi nedeni ile devletlerin yeni düzenlemeler getirmekte çekingen davranması muhtemeldir¹⁰²⁴. Bu nedenle, ev sahibi devletin kamu yararını koruma amacı ile yabancı yatırımcının hukuki istikrara olan güveni arasındaki dengenin kurulmasında hakem heyetlerinin önemli bir rolü bulunmaktadır.

Bu bölümde, fikri mülkiyet haklarının yatırımcı-devlet tahkimi aracılığı ile uygulanmasının etkileri incelenmeye çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK

Uluslararası yatırım tahkiminin, uluslararası hukukun gelişimi üzerinde nasıl bir etkisi bulunmaktadır? Tahkim davaları, çeşitli uluslararası hukuk rejimleri ve uluslararası yatırım hukuku arasındaki ilişkiyle ilgili olarak önemli meseleler gündeme getirmektedir.

¹⁰²³ **Cynthia M Ho**, “A Collision Course between TRIPS Flexibilities and Investor-State Proceedings” UC Irvine Law Review, Vol. 6, 2016, s. 397.

¹⁰²⁴ **Michaela Brett Samuel Halpern**, “The Great Battle of Intellectual Property versus State Sovereignty: Is Philip Morris v Uruguay a Good Referee? (Part I)”, Kluwer Arbitration Blog, 2018.

Yazar ve eleştirmenler, fikri mülkiyetle ilgili yatırım davalarının potansiyel etkilerine vurgu yapmışlardır¹⁰²⁵. Bu davaların TRIPS esnekliklerine bir tehdit oluşturduğu ve uluslararası fikri mülkiyet hukukunu olumsuz yönde etkilediği ileri sürülmüştür¹⁰²⁶. Fikri mülkiyet yatırım davaları, kamu yararı amacı güden yasal değişiklikler üzerinde ‘soğutucu etki’ yaratmaları ve devletlerin düzenleme yapma yetkilerini olumsuz etkilemeleri bakımından eleştirilere uğramıştır.

A. Soğutucu Etki

Uluslararası yatırım tahkimi kararlarının devletler üzerindeki olumsuz sonuçlarından biri, bir kısım yazar tarafından ileri sürülen ‘soğutucu etki’ (chilling effect)’ dir¹⁰²⁷. Eli Lilly veya Philip Morris gibi davaların, sağlık politikalarında değişiklik yapmak isteyen devletler üzerinde soğutucu etki yarattığı düşünülebilir. Gerçekten de devletler, uluslararası yatırım tahkiminde yatırımcılar tarafından dava

¹⁰²⁵ Bu konuda ilk yazılan makalelerden biri olarak bkz. **Carlos M Correa**, “Investment Protection in Bilateral and Free Trade Agreements: Implications for the Granting of Compulsory Licenses”, Michigan Journal of International Law, Vol. 26, Issue. 1, 2004.

¹⁰²⁶ **Cynthia M Ho**, “A Collision Course between TRIPS Flexibilities and Investor-State Proceedings” UC Irvine Law Review, Vol. 6, 2016.

¹⁰²⁷ **Andrew Mitchell, Elizabeth Sheargold**, “Protecting the Autonomy of States to Enact Tobacco Control Measures under Trade and Investment Agreements” Tobacco Control, 2014, <https://ssrn.com/abstract=2510002> (erişim tarihi:19.03.2021); **Jane Kelsey**, “Regulatory Chill: Learnings from New Zealand's Plain Packaging Tobacco Law”, QUT Law Review, Vol. 17, Issue. 2, 2017; **Peter K Yu**, “The Investment-Related Aspects of Intellectual Property Rights”, American University Law Review, Vol. 66, 2017.

edilebilme tehdidi nedeniyle, tütün tüketimini azaltmaya yönelik ‘düz paketleme’ düzenlemesi gibi kamu yararı amacı güden yeni düzenlemeler getirmekte isteksiz davranabilmektedir¹⁰²⁸.

Bazı yazarlar, bu düzenleyici soğukluğun (regulatory chill), Yeni Zelanda’da Tütün Düz Paketleme düzenlemesinde etkili olmuş olabileceğini ileri sürmüşlerdir. Avustralya’da Tütün Düz Paketleme Kanunu iki buçuk yılda kabul edilmesine rağmen, benzer bir yasanın Yeni Zelanda’da yürürlüğe girmesi altı yıldan fazla sürmüştür. Bu gecikmenin, soğutucu etkinin bir yansıması olduğu ileri sürülmüştür¹⁰²⁹. 2013 yılında Birleşik Krallık, düz paketlemeyi erteleyeceğini açıklamıştır. İngiliz hükümeti düz paketlemeyi kabul etse de, bu erteleme soğutucu etki olarak değerlendirilmiştir¹⁰³⁰.

Tahkim masraflarını karşılamakta güçlük çekebilecek gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkeler bakımından soğutucu etkinin daha baskın olması mümkündür. Tahkim yargılamasında yargılama masraflarının ve tazminatın fahiş miktarlara ulaşabildiği göz önünde bulundurulduğunda, bazı ülkelerin yabancı yatırımcılar tarafından dava edilme riski olan düzenlemeleri yapmaktan çekinmeleri anlaşılabilir bir durumdur¹⁰³¹. Diğer taraftan, devletlerin kamuyu ilgilendiren yeni düzenlemeler getirmekte çekinceli davranmaları hususu ile yatırımcıların devletlere karşı dava açabilme imkânı arasında kesin bir ilişki bulunduğunu söylemek güçtür. Devletin kamuyu ilgilendiren bir konuda

¹⁰²⁸ **Ducimetiere**, s. 274.

¹⁰²⁹ **Jane Kelsey**, “Regulatory Chill: Learnings from New Zealand's Plain Packaging Tobacco Law”, QUT Law Review, Vol. 17, Issue. 2, 2017.

¹⁰³⁰ **Sarah A Roache, Lawrence O Gostin, Eduardo Bianco**, “Trade, Investment, and Tobacco Philip Morris v Uruguay” JAMA, Vol. 316, Issue. 20, 2016, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/27893137> (erişim tarihi: 23.07.2019).

¹⁰³¹ **Ducimetiere**, s. 275.

yeni bir mevzuat çıkarmasında yaşanan gecikmede pek çok farklı faktör rol oynayabilir. Bu nedenle, soğutucu etki ile ilgili kesin bir sonuca varmak da mümkün görünmemektedir¹⁰³².

B. TRIPS Esneklikleri

Philip Morris ve Eli Lilly davalarının ardından ileri sürülen en temel endişelerden bir diğeri ise, uluslararası fikri mülkiyet standartlarının uluslararası yatırım tahkiminde dava edilebilmesi olmuştur. Bu bakımdan Philip Morris ve Eli Lilly davalarının TRIPS esneklikleri üzerinde olumsuz etkileri olabileceği ileri sürülmüştür¹⁰³³. Bu görüşe göre, yatırımcılar iddialarında TRIPS Anlaşması gibi uluslararası anlaşmalarla uyumlu olma hususunu gündeme getirdiklerinden, hakemlerden uluslararası fikri mülkiyet hükümlerini yorumlamaları istenmektedir¹⁰³⁴. TRIPS Anlaşması gibi DTÖ Anlaşmalarının yorumlanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yerinin DTÖ olduğu, bu anlaşmalarla uyumlu devlet tasarruflarının uluslararası yatırım tahkiminde dava edilmesinin TRIPS esnekliklerini tehdit ettiği öne sürülmüştür¹⁰³⁵. TRIPS esneklikleri üzerindeki tehdidin, devletlerin düzenleme yapma yetkileri ve kamu sağlığı üzerinde pratik sonuçları olabilmektedir.

¹⁰³² **Ducimetiere**, s. 275.

¹⁰³³ **Cynthia M Ho**, “A Collision Course between TRIPS Flexibilities and Investor-State Proceedings” UC Irvine Law Review, Vol. 6, 2016.

¹⁰³⁴ **Cynthia M Ho**, “A Collision Course between TRIPS Flexibilities and Investor-State Proceedings” UC Irvine Law Review, Vol. 6, 2016.

¹⁰³⁵ Bu hususta bkz. **Carlos Correa**, “Investment Protection in Bilateral and Free Trade Agreements: Implications for the Granting of Compulsory Licenses” Michigan Journal of International Law, Vol. 26, Issue. 1, 2004.

Zira yatırımcılar, yatırımlarının etkilendiğini düşündükleri takdirde, TRIPS esnekliklerini uygulayan devlet tasarruflarını dava edebilmektedir.

Fikri mülkiyet haklarının uluslararası yatırım tahkimine konu olmasının, farklı uyumsuzluk çözüm mekanizmalarından çıkan kararların tutarlılığı yönünden de hukuki sonuçları olabilmektedir¹⁰³⁶. Uluslararası yatırım tahkimi kararları taraflar arasında bağlayıcıdır¹⁰³⁷. Bir hakem heyeti kararı ulusal bir mahkeme tarafından verilen kararla veya TRIPS Anlaşması'nın uygulanması ile ilgili içtihatlarla çelişki içerisinde ise ne olacaktır? Fikri mülkiyet meseleleriyle ilgilenen mahkeme ve tahkim gibi yargılama forumları arttıkça uluslararası fikri mülkiyet hukukunun tutarlılık meselesi de daha önemli bir hale gelmektedir. Bu bakımdan, iddiaların dayanağını oluşturan uluslararası anlaşmaların fikri mülkiyetle ilgili kararlarda tutarlılığı sağlayacak koruma tedbirleri içermeleri gerekli görülmektedir. Böylece, hukuki tutarsızlık riskinin ve TRIPS esneklikleri üzerindeki olumsuz etkinin azaltılması mümkün olabilecektir¹⁰³⁸.

Aynı konuya ilişkin farklı organlar tarafından verilen kararların çelişkili olması, hukukun istikrarsızlaşmasına neden olmaktadır. Bu durum ise aynı hukuk kuralı için farklı yaklaşım ve yorumları gündeme getirebilecektir. Hakem heyeti kararları çoğunlukla tazminat içermesi nedeniyle ulusal hukuk kuralları üzerindeki etkisinin oldukça az olduğu, doğrudan bir etkisinin bulunmadığı düşünülebilir. Ancak bu kararlar, tarafların tahkime ve tazminat ödemeye yol açacak eylem ve işlemlerden çekinmelerine neden olabilmektedir. Tazminat miktarlarının yüz milyon dolarlarla ölçüldüğü, başarılı bir davada bile savunma masraflarının kırk milyon doları bulabildiği

¹⁰³⁶ **Ducimetiere**, s. 273.

¹⁰³⁷ ICSID Konvansiyonu m. 53-54 (ICSID Convention on The Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States-ICSID Convention).

¹⁰³⁸ **Ducimetiere**, s. 273.

nazara alındığında, kararların yalnızca tazminatla sınırlandırılması ülkeler için ancak bir teselli olabilmektedir¹⁰³⁹.

II. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ YATIRIMCI-DEVLET TAHKİMİ ARACILIĞI İLE UYGULANMASININ ‘SOĞUTUCU ETKİ’ YARATMASI

A. Soğutucu Etki Kavramı

Soğutucu etki (chilling effect) veya düzenleyici soğukluk (regulatory chill), birtakım dış faktörlerin karar verme sürecine etki etmesi nedeniyle politika belirleyicilerin yeni bir yasal düzenleme yapmakta isteksiz olmalarını ifade etmektedir. Düzenleyici soğukluğun en bilinen örneği, bir davanın devletin ekonomik zararına veya itibar kaybına neden olabilmesi ihtimalidir. Bu durum genellikle test edilemeyen hukuki argümanlara dayanmaktadır¹⁰⁴⁰.

Düzenleyici soğukluk, yeni bir fenomen olmamakla birlikte, uluslararası ticaret ve yatırım anlaşmalarının önemi ve kapsamı genişledikçe, bu meseleye duyulan ilgi de son dönemlerde artmıştır¹⁰⁴¹.

Düzenleyici soğukluğun en bilinen şekli, belli bir politika veya hukuki düzenlemeye yönelik dava tehdidi nedeniyle bir hükümetin tavizde bulunmasıdır. Özellikle yabancı yatırımcıların, iki taraflı yatırım anlaşmaları veya serbest ticaret anlaşmalarındaki yatırım hükümleri kapsamında devletlerin yükümlülüklerini uygulamak amacıyla uluslararası tahkimi kullanmalarının olumsuz etkileri gündeme

¹⁰³⁹ Ho, Collision, s. 423.

¹⁰⁴⁰ Kelsey, s. 23.

¹⁰⁴¹ Kelsey, s. 23.

gelmektedir. Bu anlamda anlaşmanın tarafı olan devlette davanın kaybedilmesinden doğan ekonomik kayıplar ve yatırımcılar karşısında itibar kaybı gibi endişeler söz konusu olabilmektedir¹⁰⁴².

Kanadalı anayasa hukukçusu David Schneiderman, Philip Morris tarafından açılan yatırım uyuşmazlıkları ile Kanada'nın düz paketleme teklifini geri çekmesi arasında bağlantı kurmuştur¹⁰⁴³. Gus Van Harten ve Dayna Scott, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizmasının, Ontario'daki çevre politikası üzerindeki etkilerini araştıran bir çalışma yürütmüşlerdir. Bu çalışma sırasında politikacılarla yapılan görüşmelerde, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizmasından kaynaklı endişeler nedeniyle karar verme sürecinde bakanlıkların yaklaşımlarını değiştirdikleri ifade edilmiştir¹⁰⁴⁴.

Politikacılar, bir yatırım tahkimi davasının hukuki, ekonomik ve itibar risklerini değerlendirirler. Yeni bir düzenleme getirilmesine ilişkin karar sürecinde, önceliklerin yarışması, resmi kurumların, politikacıların ve danışmanların etkinliği ve kamunun istekleri ağırlıklı olarak etkili olmaktadır. Bu nedenle bazen bu düzenlemelerin kabul edilmesinin yavaşlaması veya hiç kabul edilmemesi söz konusu olabilir. Yürürlüğe konulması düşünülen düzenlemeler üzerinde, benzer düzenlemelerle ilgili başka

¹⁰⁴² **Kyla Tienhaara**, *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, Cambridge University Press, 2009, s. 262-64.

¹⁰⁴³ **David Schneiderman**, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, 2008, s. 120-24.

¹⁰⁴⁴ **Gus van Harten, Dayna Nadine Scott**, "Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada" *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 7, Issue 1, 2016.

devletlere karşı açılan yatırım tahkimi davalarının caydırıcı etkisi, düzenleyici soğukluğa neden olabilir. Ancak bunun aktüeryal hesaplaması veya hukuken tespiti kolay değildir¹⁰⁴⁵.

B. Fikri Mülkiyet Yatırım Tahkimi Davalarının Devletlerin Düzenleme Yapma Yetkileri Üzerindeki Soğutucu Etkisi

Philip Morris'in tütüne ilişkin düzenlemeleri, Eli Lilly'nin de Kanada patent hukukuna ilişkin uygulamaları uluslararası yatırım tahkimine taşınmaları, fikri mülkiyet şirketlerinin DTÖ fikri mülkiyet rejimlerindeki dengeleri değiştirme gayesini yansıtmaktadır. Bu şekilde çok uluslu firmaların uluslararası yatırım tahkimi mekanizmasını aracı kılarak kendi fikri mülkiyet haklarıyla çeliştiğini düşündükleri ulusal veya uluslararası hukuk kurallarını yeniden yazma amacı taşıdıkları ileri sürülmüştür¹⁰⁴⁶.

Philip Morris, uluslararası yatırım tahkimine başvurarak Uruguay'ın tütün kontrol düzenlemelerini geri çekmesini istemiş ayrıca 22.267 milyon dolar zarar talebinde bulunmuş olup bu durum benzer şekilde tütün düzenlemeleri getirmeyi düşünen ülkeler üzerinde soğutucu etki yaratabilmektedir. Eli Lilly'nin Kanada'nın vaad doktrinine karşı açtığı dava ise Kanada hukukunda yasal bir değişiklik yapılmasını

¹⁰⁴⁵ **Kelsey**, s. 23; **Kyla Tienhaara**, "Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science", *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, <https://ssrn.com/abstract=2065706>, (erişim tarihi: 06.02.2021), s. 607.

¹⁰⁴⁶ **James Gathii, Cynthia Ho**, "Regime Shift of IP Lawmaking and Enforcement from WTO to the International Investment Regime", *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol. 18, Issue. 2, 2017, s. 447.

hedeflemiştir. Bu davanın TRIPS esnekliklerini kullanmak isteyen devletler üzerinde isteksizlik yaratma ihtimali de bulunmaktadır¹⁰⁴⁷.

Tütün firmalarının hareketleri, istenilen düzeyde fikri mülkiyet koruması elde edebilmek için şirketlerin uluslararası yatırım tahkimini nasıl kullandıklarına örnek teşkil etmektedir. Örneğin, tütün firmaları yalnızca Avustralya gibi gelişmiş devletlerde değil, uluslararası yatırım hukuku alanında yeterli uzmanı bulunmayan Kenya, Namibya, Gabon, Togo ve Uganda gibi yoksul ülkelerde de tütün düzenlemelerine karşı mücadele etmiştir. Özellikle tütün düzenlemelerini geri çekmeyen ülkelerde, firmalar tarafından bu düzenlemelere karşı iç hukukta dava açılmış, uluslararası yatırım tahkimine gidilmiş ve DTÖ bünyesinde de davalar açılmıştır. Tütün endüstrisi tarafından başlatılan bu yargı süreçlerinin, hükümetlerin tütün ürünleri hakkında düzenleme yapma yetkileri üzerinde soğutucu etki yarattığı düşünülmektedir. Tütün yatırım davalarının görece olumlu sonuçlarına rağmen, bu davalar, patent koruması için TRIPS esnekliklerini kabul etmeye istekli gelişmekte olan ülkelerde soğutucu etki meydana getirmiştir¹⁰⁴⁸.

Tütün endüstrisi, Uruguay ve Avustralya’da paketleme düzenlemesine karşı iç hukuk yollarındaki başarısız girişimlerin ardından Uruguay ve Avustralya’ya karşı yatırım davaları başlatmıştır. Özellikle altını çizmek gerekir ki, dava konusu ulusal hukuk kuralları, DSÖ Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi sonrasında kabul edilen kurallardır. Bu Çerçeve Sözleşme, ülkelerin marka kullanımını yasaklamalarını gerektirmemekte fakat uygulama kılavuzunun ‘plain packaging’ başlıklı 46. maddesi

¹⁰⁴⁷ **Gathii, Ho**, s. 460.

¹⁰⁴⁸ **Gathii, Ho**, s. 449-51.

markaların sınırlandırılmasını önermektedir¹⁰⁴⁹. Philip Morris, tütün ürünleri üzerindeki markaları düzenleyen hukuk kurallarına karşı Uruguay mahkemelerinde başarısız olduktan sonra, 2010 tarihinde Uruguay'a karşı bir uluslararası yatırım tahkimi başlatmıştır¹⁰⁵⁰. Bu davada Philip Morris'in kazanabileceği fahiş meblağlar dikkate alındığında, bir kısım yazar, bu yatırım iddiasının benzer kuralları getirmek isteyen diğer ülkelere bir uyarı niyetinde olduğunu ileri sürmüşlerdir¹⁰⁵¹. Aynı şekilde, Avustralya'da kabul edilen düz paketleme kanununu durdurmaya yönelik iç hukuk yollarındaki başarısız girişimlerinden sonra Philip Morris 2012'de Avustralya'ya karşı bir yatırım davası açmıştır¹⁰⁵².

Philip Morris yatırım davaları yalnızca yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının kullanılması yönünden değil, ileri sürülen iddialar yönünden de önem arz etmektedir.

¹⁰⁴⁹ WHO, Framework Convention on Tobacco Control, Guidelines for Implementation of Article 11 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control, FCTC/COP3(10) (Nov. 2008), art. 46, http://www.who.int/fctc/guidelines/adopted/article_11/en/ (erişim tarihi:26.08.2021).

¹⁰⁵⁰ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Request for Arbitration (19.02.2010).

¹⁰⁵¹ **Duff Wilson**, “Cigarette Giants in Global Fight on Tighter Rules”, New York Times, 13.11.2010, <http://www.nytimes.com/2010/11/14/business/global/14smoke.html> (erişim tarihi: 27.08.2021); Tobacco Control in Uruguay after the Industry Lawsuit, Framework Convention Alliance, 2015, <https://fctc.org/tobacco-control-in-uruguay-after-the-industry-lawsuit/> (erişim tarihi: 27.08.2021).

¹⁰⁵² Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility (17.12.2015).

Her iki davada da tescilli markaların kullanılmasına dair pozitif hakkın bulunduğu iddiasıyla markaların kamulaştırıldığı ileri sürülmüştür. Fikri mülkiyet uzmanları ise tersini savunmuştur¹⁰⁵³. Kamulaştırma iddiasında bir yatırımcı, hükümetin bazı eylem ve işlemlerinin, yatırım mallarına el konulmasına benzer şekilde yatırımın değerini azalttığını öne sürmektedir. Ayrıca her iki davada Philip Morris, markalarıyla ilgili ‘adil ve eşit muamele’ ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir¹⁰⁵⁴.

Bir diğer fikri mülkiyet kaynaklı uluslararası yatırım tahkimi davası Eli Lilly v Kanada davasıdır. 2012 tarihinde uluslararası bir hukuk firması tarafından, ilaç şirketlerinin yatırım anlaşmalarını patent kurallarına karşı yeni bir yol olarak kullanmalarını teşvik eden bir makale yayımlanmıştır¹⁰⁵⁵. Bu makalede yatırım

¹⁰⁵³ Physicians For Smoke-Free Canada, The Plot Against Plain Packaging: How Multinational Tobacco Companies Colluded To Use Trade Arguments They Knew Were Phoney To Oppose Plain Packaging And How Health Ministers In Canada And Australia Fell For Their Chicanery 16–19 (2008); **Mark Davison, Patrick Emerton**, “Rights, Privileges, Legitimate Interests, and Justifiability: Article 20 of TRIPS and Plain Packaging of Tobacco”, American University International Law Review, Vol. 29, Issue. 3, 2014.

¹⁰⁵⁴ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, para. 8 (22.06.2011) <https://www.italaw.com/cases/851> (erişim tarihi: 06.02.2021); Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Request for Arbitration, (19.02.2010), para. 71.

¹⁰⁵⁵ **Baiju S Vasani et al.**, “Treaty Protection for Global Patents: A Response to A Growing Problem for Multinational Pharmaceutical Companies”, Jones Day, 2012, http://www.jonesday.com/treaty_protection/ (erişim tarihi: 27.08.2021).

anlaşmalarının neden tercih edilmesi gerektiği açıklanmıştır. Ayrıca Avustralya tütün düzenlemelerine karşı açılan davanın, iç hukuk yolları veya DTÖ davaları yerine uluslararası yatırım tahkiminin kullanılabileceğini gösteren bir örnek teşkil ettiği ifade edilmiştir. Makalede, uluslararası yatırım tahkiminin, patent haklarını dünya çapında uygulatabilmek için güçlü bir mekanizma sağladığı öne sürülmüştür¹⁰⁵⁶.

Bu makalenin yayımlanmasından bir ay sonra Eli Lilly, Kanada'ya karşı uluslararası yatırım tahkim sürecini başlatmıştır¹⁰⁵⁷. Eli Lilly, Strattera ve Zyprexa üzerindeki patentlerin Kanada mahkemeleri tarafından geçersiz kılınmasının kamulaştırma teşkil ettiğini ve adil ve eşit muamele ilkesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür¹⁰⁵⁸.

Yatırım iddiası Eli Lilly'ye ait Strattera ve Zyprexa adlı ilaçlar üzerindeki patentlerin yararlılık koşulunun yargısal bir yorumu olan 'vaad doktrini'ni karşılamadıkları gerekçesiyle Kanada mahkemelerince geçersizliğine karar verilmesine dayanmaktadır¹⁰⁵⁹. Bu doktrin patent başvurusu tarafından buluşun özel bir amacı olacağının vaad edilmesini gerektirmektedir. Bir başvuru, vaadini destekleyen bilgileri açıkladığı takdirde vaad doktrinini karşılamış olacaktır¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁶ **Baiju S Vasani et al.**, "Treaty Protection for Global Patents: A Response to A Growing Problem for Multinational Pharmaceutical Companies", Jones Day, 2012.

¹⁰⁵⁷ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Intent.

¹⁰⁵⁸ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Arbitration.

¹⁰⁵⁹ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Arbitration, para. 18-24.

¹⁰⁶⁰ **Gathii, Ho**, s. 456.

Kanada'nın vaad doktrini TRIPS esnekliklerinin bir türüdür. TRIPS esneklikleri, DTÖ üye devletlerine patent verilebilirlik koşullarını tanımlamada takdir hakkı vermekte, böylece gerçek anlamda hak eden buluşlara patent verilmesi teşvik edilmektedir¹⁰⁶¹. Eli Lilly'nin Kanada'ya karşı 500 milyon dolar tazminat talebini içeren davası, Güney Afrika ve Brezilya'nın TRIPS esnekliklerini benimseyen iç hukuk düzenlemeleri getirmekte isteksiz davranmalarına neden olabilir. Dahası Hindistan gibi TRIPS esnekliklerinden faydalanan ülkeler, yatırım iddialarıyla karşılaşmamak amacıyla, bu esnekliklerden kurtulma yönünde baskı hissedebilirler¹⁰⁶².

III. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ YATIRIMCI-DEVLET TAHKİMİ ARACILIĞI İLE UYGULANMASININ TRIPS ESNEKLİKLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Günümüzde, TRIPS esneklikleri, ülkelerin fikri mülkiyet haklarını iç politikalara uyarlamak için yararlandıkları araçlardır¹⁰⁶³. TRIPS esneklikleri terimi TRIPS Anlaşması'nda yer almasa da, ülkelerin özellikle kamu sağlığını teşvik etmek amacıyla, TRIPS Anlaşması'nı esnek bir şekilde uygulamalarına işaret etmektedir. Örneğin, TRIPS Anlaşması'na göre, patent verilebilirlik koşullarını karşılayan bütün buluşlara patent verilmesi gereklidir. Ancak ülkeler her bir patent verilebilirlik koşulunu kendileri

¹⁰⁶¹ World Intellectual Prop. Org. [WIPO], Comm. on Dev. & Intellectual Prop., Fifth Session, Patent Related Flexibilities in the Multilateral Legal Framework and Their Legislative Implementation at the National and Regional Levels, para. 29–36, CDIP/5/4 (Mar. 1, 2010), http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=131629 (erişim tarihi:26.08.2021).

¹⁰⁶² **Gathii, Ho**, s. 457.

¹⁰⁶³ **Ho**, Intersection, s. 208.

tanımlayabileceklerdir. Ülkeler ayrıca, TRIPS kurallarına uygun olarak zorunlu lisans çıkarabileceklerdir¹⁰⁶⁴. Bununla birlikte TRIPS esneklikleri yatırımcı-devlet uyumsuzluk sisteminin tehdidi altındadır¹⁰⁶⁵.

Uluslararası yatırım anlaşmalarından kaynaklanan iddiaların TRIPS esnekliklerini iki şekilde tehdit edebileceği öne sürülmüştür¹⁰⁶⁶. İlk olarak yatırım tahkimi, TRIPS hükümlerinin yorumlanması ile ilgili gerçek bir çelişki yaratabilir. İkinci olarak bir yatırım iddiası doğrudan TRIPS'in yorumlanmasını gerektirmese bile, TRIPS esneklikleri olarak değerlendirilen eylemleri ilgilendiriyorsa, bu durum TRIPS esnekliklerinden yararlanılması üzerinde soğutucu etki (chilling effect) yaratabilir¹⁰⁶⁷.

TRIPS hükümlerinin yorumlanmasındaki doğrudan bir çelişki, TRIPS esnekliklerini ve DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Sistemini (WTO Dispute Settlement Understanding – DSU) zayıflatmaktadır. DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Sistemi, TRIPS uyumsuzluklarına yönelik özel bir forum yaratılması amacı ile kurulmuştur. Ancak bu sistem, kendi alanına giren konuların yatırım tahkimine konu olmasını engellememektedir. Dolayısıyla her iki sistem de aynı TRIPS hükümlerini yorumlayabilir ve farklı sonuçlara ulaşabilir. Zira yatırım tahkiminde hakemler genellikle ticari dava avukatlarıdır ve yatırım anlaşmaları da TRIPS Anlaşması'nın aksine, genellikle özel yarar ile kamu yararını dengeleyen bir dilden yoksundur. Bu nedenle TRIPS Anlaşması hükümlerinin yatırım davasında yorumlanması, DTÖ davasında yorumlanmasından farklılık arz edebilir. Diğer bir deyişle, DTÖ tarafından ihlal kabul edilmeyen bir durum, yatırım tahkiminde ihlal olarak değerlendirilebilir ve

¹⁰⁶⁴ Ho, Intersection, s. 208.

¹⁰⁶⁵ Ho, Intersection, s. 208.

¹⁰⁶⁶ Ho, Intersection, s. 209.

¹⁰⁶⁷ Ho, Intersection, s. 209.

devlet aleyhine tazminata hükmedilebilir. Böylesi bir durum ise, DTÖ'nün TRIPS Anlaşması'nı yorumlama biçiminin, yatırım tahkimi tarafından zayıflatılması sonucunu doğurabilir¹⁰⁶⁸.

Bir yatırım iddiası, doğrudan TRIPS ihlali iddiasını içermese dahi yine de, TRIPS esneklikleri için bir tehdit oluşturabilir. Eli Lilly davası bu durum için iyi bir örnek teşkil etmektedir. Eli Lilly, geçersiz kılınan patentleri hakkında adil ve eşit muamele ve kamulaştırmaya dayalı olarak yatırım iddiasında bulunmuş ise de, esasında bu davada, Kanada tarafından uygulanan bir TRIPS esnekliği dava edilmiştir. Zira Eli Lilly davasının esasını, Kanada'nın, TRIPS Anlaşması'nın yararlılık koşulunu tanımlama şekli oluşturmaktadır. Kanada'nın getirdiği yararlılık tanımı, diğer herhangi bir ülkenin yaptığı tanıma benzememektedir. Ancak TRIPS esnekliklerinin özünde de, Anlaşmada tanımlanmamış olan patent verilebilirlik koşullarının ülkeler tarafından tanımlanabileceği yatmakta olup, bu tanımların birbirine benzemesi gerekmemektedir. Kanada bu davaya karşı başarılı bir savunma ileri sürmüştü de, temel bir TRIPS esnekliğini savunmak için yıllarını ve milyon dolarlarını harcamak zorunda kalmıştır. Bunun yanı sıra, bu davada hakem heyeti, bir şirketin, TRIPS normlarını yatırım tahkiminde dava edebilmesinin mümkün olup olmadığını da sorgulamamıştır¹⁰⁶⁹.

Her ne kadar ülkeler, Philip Morris ve Eli Lilly tarafından açılan davalarda başarılı savunmalar geliştirmiş iseler de, TRIPS esneklikleri ile yatırım iddiaları arasındaki çelişkili durumlar çözümsüz kalmıştır. Ayrıca DTÖ sisteminden farklı olarak yatırım tahkiminde, bağlayıcı emsal karar veya öngörülebilirlik bulunmamaktadır. Bu nedenle de, TRIPS esnekliklerinden yararlandıklarında ülkelerin yatırım iddiasıyla karşı

¹⁰⁶⁸ Ho, Intersection, s. 209.

¹⁰⁶⁹ Ho, Intersection, s. 210.

karşıya gelme ihtimali bulunmaktadır ve yatırım tahkiminin bu hususu nasıl değerlendireceği de belirsizdir¹⁰⁷⁰.

A. Patent Verilebilirlik Standartları

TRIPS Anlaşması'nın önsözünde, ulusal fikri mülkiyet hukuku için teknolojik büyüme ve gelişmenin gerekli olduğu, gelişmekte olan ülkelerin kendi fikri mülkiyet hukuk kurallarını uygularken esnekliğe ihtiyaç duydukları vurgulanmıştır. TRIPS Anlaşması uyarınca, üye devletlere kendi statülerine uygun kanunlar çıkarabilmeleri için bir kısım esneklikler tanınmıştır.

Patent verilebilirlik standartları, yatırım tahkimi açısından oldukça hassastır. TRIPS Anlaşması'nın 27. maddesine göre bir buluş yeni olmalı, buluş basamağı içermeli ve sanayiye uygulanmaya elverişli olmalıdır. 27. madde, 'yeni', 'buluş basamağı' ve 'sanayiye uygulanabilirlik' terimlerini tanımlamamıştır. Anlaşma, her bir üye devlete, kendilerine uygun tanımlama yapmaları için imkân tanımıştır.

Philip Morris davaları devletler için önemli kazanımlar olmakla birlikte, TRIPS esnekliklerine karşı gelecekte açılacak davalar karşısında görece basit davalardır. Devletlerin tütün firmalarının açtığı davaları kazanma ihtimalleri yüksektir, keza tütün ürünlerinin kamu sağlığına ciddi zararlar verdiği açıktır ve davalara konu edilen tütün düzenlemeleri, DSÖ Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi hükümleri ile uyumludur¹⁰⁷¹.

Eli Lilly'nin Kanada'ya karşı açtığı yatırım davasının kamusal boyutu ise tütün davalarına nazaran çok daha azdır. Philip Morris v Uruguay davasında kabul edildiği gibi sigara tüketimi, devletlerin kamu gücünü (police powers) kullanarak düzenleme

¹⁰⁷⁰ Ho, Intersection, s. 210.

¹⁰⁷¹ Gathii, Ho, s. 460.

yapmalarını gerektirecek şekilde kamu sağlığını tehdit etmektedir. Ancak patent korumasının sınırlandırılmasının kamu sağlığı ile ilişkisi olduğu yönünde bir görüş birliği yoktur. Çok uluslu ilaç firmaları, patentlerden elde edilen kazancın kamu sağlığını ilgilendiren araştırmalarını teşvik ettiği, bu nedenle de kamu sağlığının güçlü patent haklarıyla uyumlu olduğu görüşünü kabul etmektedirler¹⁰⁷². Eli Lilly'nin iddiaları da esas itibariyle bu kabule dayanmaktadır. Ancak bu görüş sağlam verilerle desteklenmemiştir¹⁰⁷³.

Eli Lilly davası, uzun süredir kabul edilen TRIPS esnekliklerini doğrudan tehdit etmektedir. İlaçlar üzerindeki patent haklarının ilaç fiyatları üzerinde önemli etkisi bulunmaktadır¹⁰⁷⁴. TRIPS esneklikleri, ülkelerin patent verilebilirlik kriterlerini tanımlamaları suretiyle makul fiyatlı ilaçlara erişimi teşvik etmektedir. DTÖ üye devletlerinin TRIPS esnekliklerinden yararlanarak neyin buluş sayıldığı veya yeni olup olmadığı hususlarına yorum getirebilmesi, ilaçlara erişimi teşvik etmenin kilit noktası olarak algılanmaktadır. Bu nedenle kamu sağlığı ile ilgilenen aktörler tarafından,

¹⁰⁷² Ör, Intellectual Property, PHRMA, <https://www.phrma.org/policy-issues/Intellectual-Property> (erişim tarihi: 06.02.2021); Josh Bloom, Els Torreele, “Should Patents on Pharmaceuticals Be Extended to Encourage Innovation?”, Wall Street Journal, 23.01.2012, <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052970204542404577156993191655000> (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹⁰⁷³ Gathii, Ho, s. 461.

¹⁰⁷⁴ World Trade Organization, Ministerial Declaration of 14 November 2001, WTO Doc. WT/MIN(01)/DEC/2 (Doha Kamu Sağlığı Bildirisi).

Ülkelerin bu esnekliklerden yararlanmaları tavsiye edilmektedir¹⁰⁷⁵. Örneğin, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, makul fiyatlı ilaçlara erişebilmek amacıyla ülkelerin TRIPS esnekliklerinden yararlanmalarını istemiştir¹⁰⁷⁶. Yatırımcı-devlet uyuşmazlıkları ve bu davaların özellikle yoksul ülkeler üzerinde yarattığı olumsuz etki, yeterince kullanılmayan TRIPS esneklikleri için de tehdit oluşturmaktadır¹⁰⁷⁷.

İlaç üretiminde küresel oyuncularından biri olan Hindistan¹⁰⁷⁸, on yıllık sürecin tamamlanmasının ardından 2005 tarihinde Patent Kanununu kabul etmiştir. 2005 tarihli Hindistan Patent Kanunu oldukça tartışmalı hükümler içermektedir. Bu kanunun 3(d)

¹⁰⁷⁵ r., **Chan Park, Achal Prabhala, Jonathan Berger**, “Using Law to Accelerate Treatment Access in South Africa: An Analysis of Patent, Competition and Medicines Law”, United Nations Development Programme (UNDP), 2013, www.undp.org (erişim tarihi: 06.02.2021), s. 46; UN Report Strengthens Case for Patent Reform in SA and Other Developing Countries, Section 27, 2016, <http://section27.org.za/2016/09/un-report-strengthens-case-for-patent-law-reform-in-sa-and-other-developing-countries> (erişim tarihi: 06.02.2021); **Amy Kapczynski, Aaron S Kesselheim, Tamar Ezer**, “Submission to the Department of Trade and Industry on the Intellectual Property Consultative Framework”, <https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/ghjp/documents/submissiondepttradeindustryintellectualproperty.pdf> (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹⁰⁷⁶ 32nd session of the Human Rights Council, Resolutions A/HRC/32/L.23/Rev.1, 2016, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session32/Pages/ResDecStat.aspx> (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹⁰⁷⁷ **Gathii, Ho**, s. 463.

¹⁰⁷⁸ World Drug Report, 2014, United Nations Office on Drugs and Crime, <https://www.unodc.org/wdr2014/> (erişim tarihi: 06.02.2021).

maddesi uyarınca, bilinen bir içeriğin yeni şeklinin keşfi, bu içeriğin etkililiğini arttırmadığı takdirde aynı içerik olarak değerlendirilecektir.

İlaç firması Novartis 2007 tarihinde, bu maddenin anayasal geçerliliğini ve TRIPS Anlaşması ile uyumluluğunu dava etmiştir. Madras Yüksek Mahkemesi bu maddenin anayasal olarak geçerli olduğuna karar vermiştir. 2014 yılında Hindistan Yüksek Mahkemesi, Madras Yüksek Mahkemesinin kararını onamış ve 3(d) maddesindeki ‘etkililik’ koşulunun ilacın yeni şeklinin terapötik etkisinde eski şekline göre bir gelişme göstermesi gerektiği anlamına geldiğine, gelişmiş etkililik standardının TRIPS esnekliği ile uyumlu olduğuna hükmetmiştir¹⁰⁷⁹.

Hindistan Patent Kanunun 3(d) maddesinin TRIPS Anlaşması ile uyumluluğuna ilişkin DTÖ bünyesinde açılmış bir dava yoktur. Eli Lilly davası, farmasötikal iddialarla ilgili olarak uluslararası yatırım anlaşmalarının kullanılabileceği ihtimalini gündeme getirmiştir. Hindistan bazı yatırım anlaşmalarının tarafıdır. Hindistan ile aralarında yatırım anlaşması bulunan bir ülkenin ilaç firması patent başvurusunda bulunsa ve bu başvuru Patent Kanunu 3(d) maddesindeki koşulları taşımadığından reddedilse, bu maddeye karşı dolaylı kamulaştırma ve yatırımcının meşru beklentilerini ihlal ettiği iddiasıyla bir yatırım tahkimi başlatılabilir mi?¹⁰⁸⁰

Hindistan’ın kabul ettiği Patent Kanunu’nun 3(d) maddesinin TRIPS Anlaşması ile uyumlu olup olmadığı oldukça tartışmalıdır. Hindistan Yüksek Mahkemesi ‘etkililik’ koşulunu, endüstriyel uygulanabilirlik olarak yorumlamıştır. TRIPS Anlaşması’nın 27. maddesi bu terimleri tanımlamamıştır. Bu nedenle de Hindistan’ın TRIPS

¹⁰⁷⁹ Inside Views: The Judgement in Novartis v. India: What the Supreme Court of India Said, 2013, <http://www.ip-watch.org/2013/04/04/the-judgment-in-novartis-v-india-what-the-supreme-court-of-india-said/> (erişim tarihi: 22.03.2021).

¹⁰⁸⁰ Upreti, s. 68.

Anlaşması'ndaki koşulları kendi ulusal çıkarlarına göre tanımlayabilme hakkı bulunmaktadır¹⁰⁸¹.

Hindistan Patent Kanunu 3(d) maddesinin kamulaştırma oluşturduğu iddiası ise zayıf bir argümandır. Zira bu madde, geçerli bir patentin ön koşuludur. Patent olarak nitelendirilmeyenin, uluslararası yatırım anlaşması kapsamında bir yatırım olarak değerlendirilmesi de mümkün olmamalıdır. Bu nedenle de, patent başvurusunun reddi dolaylı kamulaştırma sayılmamalıdır. Dolaylı kamulaştırmadan söz edebilmek için mal varlığından esaslı bir yoksunluk meydana gelmelidir. Bu durumda, yatırımcının yatırım olarak iddia edebileceği bir patenti bulunmamaktadır. Dahası, bir patent başvurusunun reddi dolaylı kamulaştırma sayılsa bile, ev sahibi devlet kamu yararını öne sürebilir. Bu nedenle kamulaştırma iddiası, güçlü bir argüman değildir¹⁰⁸².

Benzer şekilde, 3(d) maddesinin, uluslararası yatırım anlaşması kapsamında adil ve eşit muamele standardına aykırılık oluşturduğu iddiası da zayıf bir iddiadır. Zira yatırım yapmak isteyen herhangi bir yabancı yatırımcı, Hindistan'daki bu hükümlerin bilincinde olacaktır. Bu nedenle adil ve eşit muamele argümanı da sağlam temele dayanmamaktadır¹⁰⁸³. Ancak somut olayda hakem heyetinin, kamulaştırma ile adil ve eşit muamele standardını nasıl yorumlayacağını kesin olarak tahmin etmek güçtür.

Bir firma, Eli Lilly davasına benzer şekilde, Hindistan'ın patent standardının kamulaştırma oluşturduğunu ve TRIPS Anlaşması ile uyumlu olmadığını iddia ederek yatırım tahkiminde dava açabilir. Çoğu anlaşma, fikri mülkiyet haklarına ilişkin iç düzenlemeleri TRIPS Anlaşması ile uyumlu oldukları takdirde kamulaştırmadan hariç tutmaktadır. Ancak bazı firmalar Hindistan'ın patent standardına ilişkin hükmünün,

¹⁰⁸¹ Upreti, s. 68.

¹⁰⁸² Upreti, s. 68.

¹⁰⁸³ Upreti, s. 68.

TRIPS Anlaşması'nda öngörülmeven ek bir yükümlölük yüklediğini, bu nedenle de TRIPS Anlaşması'nı ihlal ettiğini savunmuşlardır¹⁰⁸⁴. Oysaki Hindistan bu hükümle yeni bir patent verilebilirlik şartı getirmemiş, TRIPS Anlaşması'nda izin verildiği şekilde patent standardını farklı biçimde tanımlamıştır. TRIPS Anlaşması devletlerin neyin 'buluş', neyin 'yeni' olduğunu tanımlamalarına izin vermektedir. Bu nedenle de Hindistan hukukunun TRIPS Anlaşması ile uyumlu olduğu düşünülmektedir¹⁰⁸⁵.

Patent verilebilirlik standartlarının, yatırımcılar tarafından uluslararası yatırım tahkimine konu edilmeleri olası görünmektedir. Özellikle, gelişmiş etkililik göstermediği takdirde var olan ilaçlara çok benzer olan yeni ilaçlara patent verilemeyeceğini düzenleyen kriter, firmaları rahatsız etmektedir. Firmalar ve avukatları, bu kriteri içeren Hindistan patent hukukunun TRIPS Anlaşması'na uygun olmadığını ileri sürmüşlerdir¹⁰⁸⁶. Yine de bu zamana kadar bu kriterin TRIPS Anlaşması ile uyumsuz olduğuna dair DTÖ bünyesinde bir dava açılmamıştır. Devletler birtakım politik nedenlerden dolayı DTÖ'de dava açmakta isteksiz davranmalarına rağmen,

¹⁰⁸⁴ **K M Gopakumar**, "Intellectual Property Issues Dominate the USITC Public Hearing on India", Third World Network, 13.02.2014, <https://www.twn.my/title2/health.info/2014/hi140201.htm> (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹⁰⁸⁵ **Cynthia M Ho**, Access to Medicine in the Global Economy: International Agreements on Patents and Related Rights, Oxford University Press, 2011, s. 95-96; **Amy Kapczynski**, "Harmonization and its Discontents: Case Study of TRIPS Implementation in India's Pharmaceutical Sector", California Law Review, Vol. 97, 2009, s. 1597-98; **Ho**, Sovereignty, s. 285.

¹⁰⁸⁶ **Baiju S Vasani et al.**, "Treaty Protection for Global Patents: A Response to A Growing Problem for Multinational Pharmaceutical Companies", Jones Day, 2012.

firmalar devletlere karşı yatırım davaları açarken bu tür endişeler taşımazlar¹⁰⁸⁷. Dolayısıyla Hindistan patent hukuku veya diğer ülkelerin benzer içerikli patent kuralları, uygulanabilir bir yatırım anlaşması bulunduğu takdirde yabancı şirketler tarafından yatırım tahkimine konu edilmeye açıktır. Doğrudan bu kuralları hedefleyen herhangi bir dava açılmasa dahi, yargılama giderleri ve ihlal durumunda hükmedilecek tazminat miktarı düşünüldüğünde, Eli Lilly davası tek başına, başka bir ülkenin benzer kurallar getirmesinde isteksiz davranmasına neden olabilir¹⁰⁸⁸.

Eli Lilly, yatırım tahkimi davasını kaybetmiş olsa dahi bu durum benzer yatırım davalarının önünü kapamamıştır. Özellikle, patent verilebilirlik standartlarında TRIPS esnekliklerine göre düzenleme yapmak isteyen ülkelerin yatırım tahkimi davasıyla karşı karşıya gelmeleri mümkündür. Zira bu patent verilebilirlik standartları, kamulaştırma oluşturdıkları veya adil ve eşit muamele ilkesine aykırı oldukları iddiasıyla yatırım tahkimine konu edilebilir. Hindistan gibi TRIPS esnekliklerinden yararlanmış olan ülkeler de yatırım davasından kaçınmak için bu esnekliklerden kurtulma baskısı hissedebilir¹⁰⁸⁹. Diğer ülkelere nazaran Hindistan patent hukuku daha az patent koruması sağlamaktadır. Hindistan'ın patent verilebilirlik standartlarına karşı dava açılması, Hindistan'ın ucuz fiyatlı jenerik ilaç kaynağı olması statüsünü tehlikeye sokabilecektir. Hindistan bir yatırım davası nedeniyle patent verilebilirlik koşullarını değiştirirse, jenerik ilaç satabilmenin tek yolu zorunlu lisans çıkarmak olacaktır. Fakat

¹⁰⁸⁷ **Biadgleng**, s. 30.

¹⁰⁸⁸ **Ho**, Sovereignty, s. 284.

¹⁰⁸⁹ **William New, Patralekha Chatterjee**, “India Releases New Intellectual Property Policy; Reactions Building”, Intellectual Property Watch, 13.05.2016, <http://www.ip-watch.org/2016/05/13/india-releases-new-intellectual-property-policy-reactions-building/> (erişim tarihi: 06.02.2021).

zorunlu lisans da yatırım iddiasına konu olabilecek bir durumdur. Her ne kadar çoğu yatırım anlaşması, TRIPS Anlaşması ile uyumlu olan zorunlu lisanslara karşı kamulaştırma iddialarına istisna getirmiş ise de, bu durumda da zorunlu lisansın TRIPS Anlaşması ile uyumlu olup olmadığının değerlendirilmesi yatırım tahkimine bırakılmıştır¹⁰⁹⁰.

Daha büyük bir sorun ise, patent hukukunda değişiklik yapan devletlerin, adil ve eşit muamele standardına aykırılık iddiasıyla yatırım davasıyla karşılaşmaları olasılığıdır. Adil ve eşit muamele standardının gereğinden fazla olacak şekilde geniş yorumlanması, iç hukukta yapılan bir değişiklik nedeniyle bir yatırımcının uluslararası yatırım tahkiminde dava açmasına imkân verebilir. Ancak, hukuk kurallarının değişmeyeceğine dair meşru bir beklenti bulunmamalıdır. Yine de, yabancı yatırımcı tarafından açılması muhtemel yatırım tahkimi davası, patent hukukunda yapılması düşünülen yenilikler üzerinde olumsuz etki yaratabilir¹⁰⁹¹.

Patentler gibi fikri mülkiyet hakları, devlet tarafından dokunulmaz, mutlak haklar olarak görülemez. Aksine, devletler bu hakların kullanımına makul sınırlamalar getirmeye yetkilidir. TRIPS Anlaşması'nda kamu sağlığını destekleyen esneklikler, fikri mülkiyet sisteminin uluslararası olarak kabul edilen unsurlarıdır. Örneğin zorunlu lisanslar, Doha Bildirisi'nde ilaçlara erişimin geliştirilmesi için meşru bir politika aracı olarak benimsenmiştir. Patent verilebilirlik standartlarının yükseltilmesi gibi fikri mülkiyet haklarına getirilen diğer sınırlamalar da TRIPS Anlaşması'nın esnek yapısından kaynaklanan meşru uygulamalardır. Patent hakkı, hak sahibi için, fikri mülkiyet sisteminde kabul edilen müdahalelere maruz kalmayacağına dair meşru bir beklenti yaratamaz. Aksine, patent hakkı sahibi olan yatırımcıların beklentileri, ev

¹⁰⁹⁰ **Gathii, Ho**, s. 464.

¹⁰⁹¹ **Ho**, Sovereignty, s. 285.

sahibi devletin fikri mülkiyet hukuku sisteminin öngördüğü uygulamalarıyla sınırlıdır. Yatırımcı patent hakkı elde ettikten sonra ev sahibi devlet yeni yasal düzenlemeler getirirse veya değişiklikler yapsa dahi bu durum, yatırımcının meşru beklentilerinin ihlali olarak değerlendirilmemelidir. Bu nedenle Eli Lilly davasında yatırımcı, Kanada Patent Ofisi tarafından verilen patentlerin mahkemece geçerlilik koşullarının değiştirilmesinden bağışık tutulacağını bekleyemez. Ayrıca Kanada mahkemelerinin patent verilebilirlik koşullarını uygulama biçimindeki bir değişiklik yatırımcının meşru beklentisini etkileyemez. Koşulların yatırımın yapıldığı andaki haliyle değişmeksizin kalması gerektiği yönünde meşru bir beklentiden söz edilemez. Bu nedenle de fikri mülkiyeti sınırlamaya yönelik bilinen ve sıklıkla kullanılan bu mekanizmalar adil ve eşit muamele standardının bir ihlali olarak değerlendirilmemelidir¹⁰⁹². Ayrıca, fikri mülkiyet hakları negatif niteliktedir. Zira fikri mülkiyet hakları hak sahibine, başkalarının hakkın konusunu kullanmalarını engelleme hakkı tanır. Dolayısıyla hükümetler, fikri mülkiyetin kullanılması üzerinde birtakım sınırlamalar empoze edebilir¹⁰⁹³. DTÖ, EC-Coğrafi İşaretler davasında ifade edildiği gibi, “TRIPS Anlaşması, hakkın konusunu kullanma ya da ondan yararlanma yönünde pozitif haklar bahşetmez, fakat belli

¹⁰⁹² **Henning Grosse Ruse-Khan**, “Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation” Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL) Working Paper No. 2014-21, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 14-13, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 52/2014, 2014.

¹⁰⁹³ **Henning Grosse Ruse-Khan**, “Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation” Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL) Working Paper No. 2014-21, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 14-13, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 52/2014, 2014.

hareketleri önleme yönünde negatif haklar sağlar. Fikri mülkiyet korumasının bu temel özelliği doğal olarak üye devletlere meşru kamu politikası hedeflerini gerçekleştirebilme serbestisi verir. Zira bu kamu politikası hedeflerini gerçekleştirmeye yönelik pek çok tasarruf fikri mülkiyet haklarının kapsamı dışında kalır ve TRIPS Anlaşması altında bir istisnayı gerektirmez”¹⁰⁹⁴. Fikri mülkiyetin konusundan başkalarının yararlanmasını engelleme hakkı, devletin patentli ürünün satışını veya kullanılmasını sınırlayan müdahalelerine karşı bir garanti teşkil etmez. Örneğin, belli bir patentli ilaç üzerinde fiyat kontrolü getirilmesi patent hakkının ihlali sayılmaz. Böyle bir tasarruf fikri mülkiyet korumasının dışında kaldığından, bu haklar bu tür tasarrufların gerçekleşmeyeceği yönünde meşru beklentiler yaratamaz. Fikri mülkiyet haklarının negatif niteliği, kamu sağlığının korunması için bu hakların kapsamına veya uygulanmasına, egemen devlet tarafından sınırlamalar getirilmesine engel olmamalıdır¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹⁴ European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs, WT/DS174/R, Report of the Panel, 15 March 2005, para 7.210, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/174r_e.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹⁰⁹⁵ **Henning Grosse Ruse-Khan**, “Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation” Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL) Working Paper No. 2014-21, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 14-13, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 52/2014, 2014.

B. Zorunlu Lisanslar

Fikri mülkiyet haklarının uluslararası yatırım tahkimine konu olması, zorunlu lisanslar üzerinde de etki gösterebilir. Diğer bir deyişle, uluslararası yatırım tahkiminin tehdit ettiği bir diğer konu zorunlu lisanslardır. Bir zorunlu lisans, kamu yararının patent sahibinin inhisari yetkisine ve patent primi istemesine izin verilmemesini gerektirdiği durumlarda, patentli bir buluşu kullanmak için devlet tarafından lisans verilmesidir¹⁰⁹⁶. Bir zorunlu lisans, patentli bir buluşun belli durumlarda kullanılması için devlet eliyle çıkarılmış lisanstır¹⁰⁹⁷. Zorunlu lisans çıkarılması, patent sahibinin buluşu üzerinde inhisari hakka sahip olduğu genel kuralına istisna teşkil etmektedir. Bu durumda patent sahibinin rızası bulunmaksızın buluştan yararlanılması için devlet tarafından yetki verilmektedir¹⁰⁹⁸. Bu durum patent hakkının özüne uygun görünmemekle birlikte, tarihsel olarak zorunlu lisans verilmesinin nedenlerinden biri tıbbi ürünler üzerindeki patentlerin gereğinden fazla pahalı olmasının önüne geçilmek istenmesidir¹⁰⁹⁹. Dolayısıyla, zorunlu lisans verilmesinin en önemli nedenlerinden biri, ilaca erişim gibi kamusal çıkarlardır¹¹⁰⁰. Zorunlu lisansın amacı, gerekli olan patentli ürünlere erişimin

¹⁰⁹⁶ **Jerome H Reichman, Catherine Hasenzahl**, “Non-Voluntary Licensing of Patented Inventions: Historical Perspective, Legal Framework Under TRIPS, and an Overview of the Practice in Canada and the United States of America” International Center For Trade & Sustainable Development (ICTSD) and United Nations Conference On Trade & Development (UNCTAD), 2003, https://unctad.org/system/files/official-document/ictsd2003ipd5_en.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹⁰⁹⁷ **Reichman, Hasenzahl**, s. 11-12.

¹⁰⁹⁸ **Jamie Feldman**, “Compulsory Licenses: The Dangers behind the Current Practice” Journal of International Business and Law, Vol. 8, Issue. 1, 2009, s. 140.

¹⁰⁹⁹ **Reichman, Hasenzahl**, s. 10-13.

¹¹⁰⁰ **Reichman, Hasenzahl**, s. 11-12.

arttırılmasıdır¹¹⁰¹. Buluşun yeterince kullanılmaması veya kullanıma ara verilmesi halinde, kullanımı sağlamak amacıyla zorunlu lisans kabul edilmiştir¹¹⁰². Zorunlu lisans çıkarabilmek, özellikle sınırlı kaynaklara sahip gelişmekte olan ülkeler bakımından önemlidir. Zorunlu lisanslar, düşük fiyatlı ilaçları teşvik etmeye elverişli araçlardan biri olarak kabul edilmektedir¹¹⁰³.

TRIPS Anlaşması, patent sahibine yeterli miktarda bedel ödemeyi de içeren belirli koşullar getirmek suretiyle devletlerin zorunlu lisans çıkarmalarına izin vermiştir¹¹⁰⁴. Fakat çıkarılmış herhangi bir zorunlu lisansın kamulaştırma oluşturduğu iddiasıyla yatırım tahkimine konu edilmesi mümkündür¹¹⁰⁵.

Dünyada zorunlu lisansa nadiren başvurulmaktadır. 1995 yılından sonra ülkemizde yalnızca bir olay yaşanmış, döviz kaybı gerekçesiyle mahkemece zorunlu

¹¹⁰¹ **Jamie Feldman**, “Compulsory Licenses: The Dangers behind the Current Practice” Journal of International Business and Law, Vol. 8, Issue. 1, 2009, s. 140.

¹¹⁰² **Suluk, Karasu, Nal**, s. 281.

¹¹⁰³ **Ho**, Sovereignty, s. 286.

¹¹⁰⁴ TRIPS Anlaşması m. 31.

¹¹⁰⁵ “Merck & Co., Inc. Statement on Brazilian Government’s Decision to Issue Compulsory License for STOCRIN”, Business & Human Rights Resource Centre, 2007, <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/merck-co-inc-statement-on-brazilian-governments-decision-to-issue-compulsory-license-for-stocrin/> (erişim tarihi: 06.02.2021). Zorunlu lisansın kamulaştırma iddialarına konu edilmesi ile ilgili açıklamalara, Üçüncü Bölümde “Dolaylı Kamulaştırma ve Zorunlu Lisans” başlığı altında ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

lisans kararı verilmiştir¹¹⁰⁶. 2001 Doha Bildirisi'nde desteklenmesine rağmen, gelişmekte olan ülkeler, yatırımcı-devlet tahkimi tehdidi nedeniyle, ihtiyaç duyulan ilaçlar için zorunlu lisans çıkarmada isteksiz olabilirler. Bir zorunlu lisans, TRIPS Anlaşması ile uyumlu olsa dahi, yatırımcı ve hakem heyetleri tarafından, uluslararası yatırım anlaşması kapsamında fikri mülkiyetin dolaylı kamulaştırılması olarak değerlendirilebilir. Örneğin, 2007 yılında patentli anti-HIV ilacı Efavirenz üzerinde Brezilya'nın zorunlu lisans çıkarma kararı, Merck & Co. Firması tarafından mal varlıklarının kamulaştırılması olarak değerlendirilmiştir. Ancak ev sahibi devlet, zorunlu lisansı TRIPS Anlaşması'nın 31. maddesindeki koşullara uygun olarak çıkarıldığını gösterebilirse, yatırımcının iddialarına karşı sağlam bir savunma sergileyebilir. Örneğin, Filipinler v Smith Kline and French Laboratories Ltd davasında, Glaxo Smith Kline'nin Cimetidine ilacını üretmek için çıkarılan zorunlu lisans, tazminat karşılığı devletin kamu gücünün geçerli bir uygulaması olarak başarılı bir şekilde savunulmuştur¹¹⁰⁷.

Ülkeler zorunlu lisans çıkarmakta oldukça temkinli davranmaktadırlar. Örneğin Kolombiya, kişi başına düşen gelirin yaklaşık iki katı fiyatına satılan bir kanser ilacı hakkında zorunlu lisans çıkarmak için girişimlerde bulunmuş olmasına rağmen¹¹⁰⁸,

¹¹⁰⁶ Bkz. Y. 11. HD, 17.02.1998, 1998/367 E., 1998/943 K, Suluk, Karasu, Nal, s. 281, dn. 52.

¹¹⁰⁷ **Brook K Baker, Katrina Geddes**, "ISDS, Intellectual Property Rights and Public Health", Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices, (Kavaljit Singh, Burghard Ilge, eds), 2016, <https://ssrn.com/abstract=2883169> (erişim tarihi: 06.02.2021), s. 195.

¹¹⁰⁸ **James Love, Andrew S Goldman**, "Inside Views: Colombia Asked to Declare Excessive Price for Cancer Drug Contrary to Public Interest, Grounds for Compulsory

ciddi derecede muhalefet gösterildiğinden zorunlu lisans çıkaramamıştır¹¹⁰⁹. Özellikle milyon dolarlık yardım teklifinin ABD tarafından geri çekilmesi ihtimali, Kolombiya'nın zorunlu lisans çıkarmakta isteksiz davranmasında etkili olmuştur¹¹¹⁰. Vaad edilen yardımın geri çekilmesinin dahi bir etkisinin olduğu nazara alındığında, yüksek meblağlı tazminat talebini içeren bir yatırım davası ihtimalinin, ülkelerin zorunlu lisans çıkarma kararları üzerinde ciddi bir soğutucu etki yaratması muhtemeldir. Herhangi bir uluslararası yatırım tehdidi bulunmadığı halde bile ülkelerin zorunlu lisans çıkarmada çekingen oldukları düşünüldüğünde, bu durum daha da problemlili hale gelmektedir¹¹¹¹.

TRIPS Anlaşması'nın en önemli özelliklerinden biri zorunlu lisanslardaki esnekliktir¹¹¹². Zorunlu lisans, patent sahibinin izni olmaksızın, uygun bir tazminat karşılığında patentin kullanılmasına hükümet tarafından lisans verilmesi olarak

License”, Intellectual Property Watch, 03.12.2015, <https://www.ip-watch.org/2015/12/03/colombia-asked-to-declare-excessive-price-for-cancer-drug-contrary-to-public-interest-grounds-for-compulsory-license/> (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹¹⁰⁹ **Andrew Goldman, Thiru Balasubramaniam**, “Switzerland Pressures Colombia to Deny Compulsory License on Imatinib”, Knowledge Ecology International, 17.08.2015, <https://www.keionline.org/22864> (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹¹¹⁰ **Zachary D Carter**, “Colombia Fears U.S. May Reject Peace Plan to Protect Pharma Profits”, Huffpost, 05.11.2016 https://www.huffpost.com/entry/colombia-gleevec_n_5733d4ece4b077d4d6f224ee (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹¹¹¹ **Gathii, Ho**, s. 469.

¹¹¹² TRIPS Anlaşması m. 31.

tanımlanmaktadır¹¹¹³. TRIPS Anlaşması, zorunlu lisansların uygulanmasında asgari standartlar öngörmüştür. Bu asgari standartlar, devletleri zorunlu lisans çıkarma konusunda sınırlamamaktadır. Bir üye devlet, ulusal çıkarlarına dayanarak bir zorunlu lisans verebilir. Doha Bildirisi, üye devletlerin hangi koşullarda zorunlu lisans çıkarabileceklerini belirlemekte serbest olduklarını vurgulamıştır. Ayrıca Doha Bildirisi ile neyin ‘acil durum’ teşkil ettiğini belirleme konusunda üye devletlere özgürlük tanınmıştır¹¹¹⁴. Bu nedenle TRIPS Anlaşması’nın 31. maddesi, gelişmekte olan ülkelerde ilaçlara erişim gibi kamu sağlığı tasarrufları açısından esas niteliğindedir¹¹¹⁵.

TRIPS Anlaşması’nda zorunlu lisans çıkarılmasına izin verilmekte ise de, patent sahipleri tarafından zorunlu lisanslara karşı kamulaştırma iddiasıyla dava açılması muhtemeldir¹¹¹⁶. Zira yatırımcılar genellikle TRIPS Anlaşması’nın patent koşullarını ve bu koşulları uygulayan iç hukuk kurallarını yetersiz bulmakta ve uluslararası yatırım tahkiminin korunmasına ihtiyaç duyduklarını düşünmektedirler¹¹¹⁷.

Pek çok anlaşmada TRIPS Anlaşması ile uyumlu zorunlu lisanslar teknik olarak dolaylı kamulaştırma iddialarından hariç tutulmuştur. Ancak zorunlu lisansı düzenleyen

¹¹¹³ **Sara M Ford**, “Compulsory Licensing Provisions Under the TRIPs Agreement: Balancing Pills and Patents”, American University International Law Review, Vol. 15, Issue. 4, 2000.

¹¹¹⁴ Doha Bildirisi m. 5(b), (c).

¹¹¹⁵ **Upreti**, s. 68.

¹¹¹⁶ **Peter B Rutledge**, “TRIPS and BITs : An Essay on Compulsory Licenses, Expropriation, and International Arbitration”, North Carolina Journal of Law & Technology Online, Vol. 13, 2012, https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/827 (erişim tarihi: 06.02.2021); **Gibson**, A Look, s. 359.

¹¹¹⁷ **Ho**, Sovereignty, s. 286.

TRIPS Anlaşması koşulları oldukça tartışmalı olduğundan, zorunlu lisansın TRIPS Anlaşması'na uygun olup olmadığının değerlendirilmesi için yatırım tahkimi davası açılması söz konusu olabilir. Zorunlu lisansların TRIPS Anlaşması'na uygun olup olmadığına karar vermek, tanımlanmamış terimlerin yorumlanmasını gerektirmektedir. Örneğin, TRIPS Anlaşması devlet tarafından 'yeterli karşılık'¹¹¹⁸ verilmesi halinde zorunlu lisans çıkarılmasına izin vermiş ancak 'yeterli' terimini tanımlamamıştır¹¹¹⁹.

TRIPS Anlaşması 'yeterli karşılık' kavramını açıkça tanımlamadığından, uygun bir bedel ödenmediği düşüncesiyle şirketlerin zorunlu lisansın TRIPS Anlaşması'na uygun çıkarılmadığını iddia etmeleri mümkündür¹¹²⁰. Bir yatırımcı kendisine ödenen bedelden memnun olmayıp, bunun dolaylı kamulaştırma oluşturduğu iddiasında bulunabilir. Natco Pharma Limited v Bayer Corporation davası üzerinden bir senaryo geliştirilebilir. Nexavar ilacı üzerinde %6'lık ücretle Natco Pharma firmasına zorunlu lisans çıkarılmıştır. 2013 yılında, Hindistan Fikri Mülkiyet Temyiz Organı, ücreti %6'dan %7'ye çıkararak, bu kararı onamıştır¹¹²¹. Bayer firmasının yaptığı yatırım

¹¹¹⁸ TRIPS Anlaşması orijinal metninde "adequate remuneration" şeklinde ifade edilmiştir, bkz. TRIPS Anlaşması m. 31/h, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/trips_e.htm#art5 (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹¹¹⁹ **Ho**, Sovereignty, s. 287.

¹¹²⁰ **Ho**, Sovereignty, s. 287.

¹¹²¹ Repost, "Supreme Court says No to Bayer, Upholds Compulsory License on Nexavar", infojustice, (15.12.2014), <http://infojustice.org/archives/33690#> (erişim tarihi: 27.08.2021).

düşünüldüğünde, %7 oranındaki ücret yeterli bir miktar mıdır? Bayer firması bu orana karşı çıkmış ise de, belirlenen oran DSÖ yönergeleriyle uyumludur¹¹²².

Bir uluslararası hukuk firması olan Jones Day, %6 oranındaki ücretin yatırımcının mal varlığının değerini düşürdüğünü ve uluslararası hukukta bir kamulaştırma teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Buna göre ödenmesi gereken tazminat miktarı, yatırımın kamulaştırma yapılmadan önceki değerine eşit olmalıdır. Bayer firmasına tazminat olarak ödenen %6'lık oran ise bu eşiğin altında kaldığından kamulaştırmaya neden olduğu görüşündedir. Diğer bir deyişle, %6 oranındaki bedel, tipik bir yatırım anlaşması uyarınca 'kamulaştırılan yatırıma eşit bir değer' olmadığından dolayı kamulaştırma teşkil ettiği ileri sürülmüştür¹¹²³. Ancak, akademisyenler genellikle, TRIPS Anlaşması kapsamındaki uygun tazminat miktarının, zorunlu lisansın konusunu oluşturan ilacın piyasa değeri olmadığını ileri sürmüşlerdir¹¹²⁴.

¹¹²² **Ho**, Sovereignty, s. 287.

¹¹²³ **Baiju S Vasani et al.**, "Treaty Protection for Global Patents: A Response to A Growing Problem for Multinational Pharmaceutical Companies", Jones Day, 2012.

¹¹²⁴ **Cynthia M Ho**, Access to Medicine in the Global Economy: International Agreements on Patents and Related Rights, Oxford University Press, 2011, s. 138; **Tsai-Yu Lin**, "Compulsory Licenses for Access to Medicines, Expropriation and Investor-State Arbitration Under Bilateral Investment Agreements – Are There Issues Beyond the TRIPS Agreement?", 40 IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2009, <https://ssrn.com/abstract=1676690> (erişim tarihi: 06.02.2021), s. 163-64; **Antony Taubman**, "Rethinking TRIPS: "Adequate Remuneration" for Non-Voluntary Patent Licensing", Journal of International Economic Law, Vol. 11, Issue. 4, 2008, s. 951-55, 957.

Tazminat miktarının belirlenmesinde gerekli olan ‘yeterli’ teriminin tanımı yapılmadığından, zorunlu lisans ücretinin dolaylı kamulaştırma teşkil ettiğinden bahisle yatırım davasına konu edilmesi mümkündür. Her ne kadar ‘yeterli karşılık’ miktarını belirleyen kurallar bulunmuyor ise de, ödenmesi gereken ücret hükümetin kapasitesine de bağlıdır ve ilaca erişim için bir engel teşkil etmemelidir. Hindistan gibi gelişmekte olan bir devlet, makul fiyatlı olmayan ilaçlar için zorunlu lisans çıkarabilmelidir¹¹²⁵. Bu nedenle, zorunlu lisanslar ile ilgili kamulaştırma iddiası ileri sürüldüğünde, hakem heyetleri bu iddiaya kamu yararı bakış açısıyla yaklaşmalıdır.

Covid-19 pandemisi nedeniyle, özellikle ilaç sektöründe fikri mülkiyet hakları ile ilgili pek çok hükümet tasarrufu gündeme gelmektedir¹¹²⁶. Covid-19’un neden

¹¹²⁵ **Upreti**, s. 69.

¹¹²⁶ **Neil Wilkof**, “In the wake of the COVID-19 virus, Israeli Government authorizes use of three patents for maintenance of essential supplies and services”, The IP Kat, 19.03.2020, <https://ipkitten.blogspot.com/2020/03/in-wake-of-covid-19-virus-israeli.html> (erişim tarihi: 15.09.2021); **Simon Klopschinski**, “German Government Plans Possibilities to Limit Patents In View of Corona Pandemic”, Kluwer Patent Blog, 24.03.2020, <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/03/24/german-government-plans-possibilities-to-limit-patents-in-view-of-corona-pandemic/> (erişim tarihi: 15.09.2021); **Tian Lu**, “China says “No” to the malicious filing of Coronavirus-related trade marks”, The IP Kat, 28.03.2020 <https://ipkitten.blogspot.com/2020/03/china-says-no-to-malicious-filing-of.html> (erişim tarihi: 15.09.2021); **Donato Paolo Mancini**, “Big drugmakers under pressure to share patents against coronavirus” Financial Times, 31.03.2020, <https://www.ft.com/content/b69afd98-a8af-40d9-b520-4231d9cac68f> (erişim tarihi: 15.09.2021); **Simon Klopschinski**, “Update on Patent- Related Measures in Germany in View of Corona Pandemic”, Kluwer Patent Blog, 02.04.2020

olduğu sağlık krizi ve ekonomik sonuçlarının nasıl seyrettiğine bağlı olarak, bu devlet müdahaleleri, ilaç şirketleri ile hükümetler arasında, yatırım tahkimini de içeren davalara sebep olabilir. Bu anlamda örneğin, zorunlu lisans için gerekli olan yeterli ücret miktarı yatırım tahkimine konu edilebilir¹¹²⁷. Bu tür davalarda, pandeminin boyutu ve ekonomik sonuçları da dikkate alınarak, kamu sağlığı odaklı bir anlayışla değerlendirme yapılması gerektiği kanısındayız.

Bir yatırımcı, devletin zorunlu lisans çıkarma gerekçesinden memnun olmadığı takdirde, zorunlu lisansın dolaylı kamulaştırma oluşturduğu iddiasında bulunabilir mi?¹¹²⁸

Yeterli karşılık miktarı dışında, zorunlu lisansların uluslararası yatırım tahkimine konu edilebileceği diğer bir konu ise, zorunlu lisans çıkarılması gerekçeleridir. TRIPS Anlaşması, devletlerin zorunlu lisans çıkarmalarına izin vermiş ve bunun prosedürünü kurala bağlamıştır. Firmaların anlayışına göre, zorunlu lisans çıkarılması yalnızca, patent sahibi ihtiyaç duyulan ilaçtan yeterli miktarda sağlayamıyorsa veya acil bir

<http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/04/02/update-on-patent-related-measures-in-germany-in-view-of-corona-pandemic/> (erişim tarihi: 15.09.2021); **Katarina Foss-Solbrekk**, “Covid-19 Treatments: The Issue of Orphan Drug Status and Patents”, The IP Kat, 03.04.2020 <https://ipkitten.blogspot.com/2020/04/guest-post-covid-19-treatments-issue-of.html> (erişim tarihi: 15.09.2021); **Henning Grosse Ruse-Khan**, “Access to Covid19 Treatment and International Intellectual Property Protection”, EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law, 15.04.2020.

¹¹²⁷ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 503.

¹¹²⁸ **Upreti**, s. 68.

durum söz konusu ise uygun olacaktır¹¹²⁹. Oysaki devletler, zorunlu lisans çıkarma gerekçelerine karar vermekte takdir hakkına sahiptir. Örneğin, patent sahibinden ‘makul fiyatlı’ ilaç temin edilememesi zorunlu lisans çıkarmanın gerekçesini oluşturabilir¹¹³⁰.

Bir senaryoya göre, yatırımcı çıkarılan zorunlu lisansın TRIPS Anlaşması’nın 31. maddesindeki standartlar ile uyumlu olmadığını ve bu nedenle dolaylı kamulaştırma veya adil ve eşit muamele ilkesine aykırılık teşkil ettiğini iddia edebilir. Bu durumda ev sahibi devlet TRIPS Anlaşması’nın 31. maddesine dayanarak, zorunlu lisansın TRIPS Anlaşması’na uygun olduğunu ve bu nedenle de dolaylı kamulaştırma oluşturmadığını savunabilir. Burada şu üç soru akıllara gelmektedir: (i) devletin TRIPS Anlaşması ile uyumlu zorunlu lisans çıkarma yetkisi yine de ilgili uluslararası yatırım anlaşmasının kamulaştırma hükmünü ihlal eder mi? (ii) devletin TRIPS Anlaşması’nı ihlal etmesi uluslararası yatırım tahkiminde dolaylı kamulaştırma iddiasına neden olabilir mi? (iii) TRIPS Anlaşması hükümleri, bir zorunlu lisansın dolaylı kamulaştırma iddiasıyla ilgili olarak asgari standartlara ilişkin yorum kuralları olarak değerlendirilebilir mi?¹¹³¹

Bu soruların cevapları öncelikle yatırım uyuşmazlığında uygulanacak ilgili uluslararası yatırım anlaşmasında kullanılan dile bağlıdır. ABD-Uruguay iki taraflı yatırım anlaşması gibi bazı yatırım anlaşmaları doğrudan TRIPS Anlaşması’na atıf yapmakta iken, bazı anlaşmalar ‘uluslararası hukuk’, ‘uluslararası teamül hukuku’ gibi daha genel ifadelerle yer vermektedirler. Yatırım anlaşmalarında uluslararası hukuka yapılan bu referanslar, zorunlu lisans uyuşmazlığında TRIPS Anlaşması gibi yatırım dışı uluslararası hukukun uygulanmasını sağlayabilir mi? Doğrudan uygulanabilir

¹¹²⁹ **Baiju S Vasani et al.**, “Treaty Protection for Global Patents: A Response to A Growing Problem for Multinational Pharmaceutical Companies”, Jones Day, 2012.

¹¹³⁰ **Ho**, Sovereignty, s. 288.

¹¹³¹ **Gibson**, A Look, s. 410.

olmasa da, DTÖ standartları bir yatırım tahkimi davasında yorum kuralları olarak değerlendirilebilir mi?¹¹³²

NAFTA 1105(1) maddesi uyarınca “ taraflardan her biri diğer tarafın yatırımcılarının yatırımlarına, adil ve eşit muameleyi içeren uluslararası hukuka uygun şekilde davranır”. NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu bu ifadenin yalnızca uluslararası örf ve adet hukukuna atıf yaptığı şeklinde anlaşılması gerektiğini belirten bir not yayınlamıştır¹¹³³. Böylece NAFTA 11. Bölümü kapsamında yatırım iddialarının desteklenmesi için DTÖ yükümlülüklerine başvurulmasının önüne geçilmek istenmiştir. Mondev v Birleşik Devletler davasında hakem heyeti, NAFTA 1105(1) maddesinin uluslararası örf ve adet hukukuna işaret ettiğine, taraf devletler arasındaki diğer uluslararası anlaşmalarda kabul edilen standartlara işaret etmediğine karar vermiştir¹¹³⁴. Fakat bu NAFTA analizi diğer uluslararası yatırım anlaşmalarındaki ‘uluslararası hukuk’ referansları yönünden bir cevap teşkil etmemektedir. Özellikle Viyana Sözleşmesi bağlamında, belli bir iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında dolaylı kamulaştırma standardını uygulayan bir yatırımcı-devlet hakem heyeti, TRIPS Anlaşması’na yapılan referansı faydalı bir kılavuz olarak değerlendirebilir¹¹³⁵.

¹¹³² **Gibson**, A Look, s. 411.

¹¹³³ NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (31.07.2001), http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp (erişim tarihi: 27.08.2021).

¹¹³⁴ Mondev v. United States, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2, Award (11.10.2002), para. 121.

¹¹³⁵ **Gibson**, A Look, s. 413.

Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(c) maddesi uyarınca, bir uluslararası anlaşmayı yorumlarken taraflar arasında ilgili uygulanabilir uluslararası hukuk kuralları birlikte dikkate alınacaktır. Zorunlu lisansı içeren yatırım uyuşmazlığı söz konusu olduğunda, yatırımcının devleti ile ev sahibi devlet DTÖ üyesi ise, Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(c) maddesi, TRIPS Anlaşması'nın zorunlu lisansı düzenleyen 31. maddesinin dikkate alınmasına zemin oluşturmaktadır. O halde üçüncü soruyla ilgili olarak, TRIPS Anlaşması hükümleri, zorunlu lisansın dolaylı kamulaştırma iddiasıyla ilgili yorumlayıcı zemin oluşturabilecektir¹¹³⁶.

İkinci soruyla ilgili olarak ise, ev sahibi devletin çıkardığı zorunlu lisansın TRIPS Anlaşması'nı ihlal etmesinin, başlı başına, dolaylı kamulaştırma oluşturup oluşturmayacağı, ihlalin türüne bağlıdır. Örneğin 31(h) bendi uyarınca 'yeterli karşılık' ödememek, dolaylı kamulaştırma iddiasına bir neden teşkil edebilir. Bu durumda kamulaştırmanın tespitinde yoksunluk derecesinin hakem heyeti tarafından dikkate alınması gerekir¹¹³⁷. Ayrıca, yalnızca yoksunluğun derecesi ile yetinilmemesi, kamu sağlığı odaklı bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Devletin TRIPS Anlaşması ile uyumlu olarak çıkardığı zorunlu lisansın yine de uluslararası yatırım anlaşmasındaki kamulaştırma hükmünü ihlal edip etmeyeceği sorusunun cevabı da net değildir. TRIPS Anlaşması'nın 31. maddesindeki standartlarla uyumlu bir şekilde zorunlu lisans çıkaran devlet, yatırımcının iddiasına karşı sağlam bir savunma sunabilecektir. TRIPS Anlaşması'nın 31(h) maddesindeki tazminat (yetkinin ekonomik değeri dikkate alınarak, her ayrı durumun koşullarına göre yeterli bir karşılık) ile yatırım anlaşmasındaki kamulaştırma tazminatı (acil, yeterli ve etkili tazminat-yatırımın kamulaştırma gerçekleştirilmeden önceki piyasa değeri) farklı olabilir. TRIPS

¹¹³⁶ **Gibson**, A Look, s. 413-14.

¹¹³⁷ **Gibson**, A Look, s. 414-15.

Anlaşması'nın 31(h) maddesi daha esnek bir kural koymakta olup kesin bir formül öngörmemektedir. Burada uluslararası yatırım anlaşmasının daha sıkı ve genel standart getiren hükümlerinin, TRIPS Anlaşması'nın fikri mülkiyet özelinde olan ancak daha esnek kurallarına üstün gelip gelmeyeceği sorusu akıllara gelmektedir. TRIPS Anlaşması fikri mülkiyet alanına yönelmekte, 31. madde, zorunlu lisansla ilgili uzun ve ayrıntılı hükümler içermekte olduğundan, *lex specialis* ilkesine göre, TRIPS Anlaşması, yatırım anlaşmasına üstün gelebilir. Ancak yatırım anlaşması, tazminatla ilgili daha özel ve ayrıntılı kurallar öngörmüş ise yatırım anlaşması kurallarının üstün gelebileceği ileri sürülmektedir¹¹³⁸. Yatırım anlaşmasındaki tazminat miktarı ile zorunlu lisans için ödenen miktar arasında esaslı bir fark bulunuyorsa dolaylı kamulaştırma ihtimali söz konusu olabilir¹¹³⁹. Bazı yazarlar, bu son senaryonun fikri mülkiyet hakları için 'TRIPS-Plus' korumasına neden olabileceğini ileri sürmüşlerdir¹¹⁴⁰. Bu senaryo teorik olarak TRIPS Anlaşması ile uluslararası yatırım anlaşması arasında bir çelişki yaratabilir. Ancak çoğu durumda, özellikle kamulaştırma için gerekli esaslı yoksunluğun derecesi dikkate alındığında, çelişki oluşturmadığı ileri sürülmüştür¹¹⁴¹. Yatırım anlaşması hükümlerinin TRIPS Anlaşması hükümlerine üstün gelebileceği düşünülebilir ise de, fikri mülkiyet hukukunun kendi iç dinamiklerinin göz ardı edilmeksizin değerlendirme yapılması gerektiği kanısındayız.

¹¹³⁸ **Grosse Ruse-Khan**, Protection, s. 177-8.

¹¹³⁹ **Gibson**, A Look, s. 415.

¹¹⁴⁰ **Anne van Aaken**, "Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection", University of St. Gallen Law School, Law & Economics Working Paper No. 2008-01, 2008, <https://ssrn.com/abstract=1097529> (erişim tarihi: 19.08.2021).

¹¹⁴¹ **Gibson**, A Look, s. 416.

TRIPS Anlaşması'nın 31. maddesi dolaylı kamulaştırma analizi için yardımcı bir yorum zemini oluştursa da, TRIPS Anlaşması'nın ihlali tek başına dolaylı kamulaştırmaya neden olmaz. Diğer taraftan TRIPS Anlaşması ile uyumluluk da yatırım iddialarından tek başına bağışıklık sağlamaz¹¹⁴². Bu durum yatırım iddialarından bağışıklık sağlamıyor ise de, ev sahibi devletin elini güçlendirmektedir. Kanımızca, TRIPS Anlaşması'na uygun olarak çıkarılan zorunlu lisanslar, özellikle esaslı yoksunluk ve kamu yararı kriterleri dikkate alındığında kamulaştırma teşkil etmemelidir.

Son yıllarda gelişmekte olan ülkelerde zorunlu lisanslar artış göstermektedir. Tayland'da 2006 ila 2008 yılları arasında yedi zorunlu lisans çıkarılmıştır¹¹⁴³. Aynı şekilde Endonezya hükümeti de HIV ve Hepatit B ilaçları için zorunlu lisans çıkarmıştır¹¹⁴⁴. Zorunlu lisanslarda gözlemlenen küresel artış ile birlikte, yatırım anlaşmalarında zorunlu lisansları yatırım iddialarının dışında tutmaya yönelik girişimlere de yer verilmektedir. Örneğin, NAFTA'nın 1110(7) maddesi, fikri mülkiyet ile ilgili verilen zorunlu lisansları kamulaştırma iddialarının dışında tutmuştur. Benzer şekilde CETA Anlaşması'nda da zorunlu lisansları kamulaştırma iddialarından hariç tutmayı düzenleyen hükme yer verilmiştir.

¹¹⁴² **Gibson**, A Look, s. 416.

¹¹⁴³ **John R Thomas**, "Compulsory Licensing of Patented Inventions", Congressional Research Service Report, 2014, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R43266> (erişim tarihi: 27.08.2021).

¹¹⁴⁴ **Peter Maybarduk**, "Indonesia Licenses Patents for Seven HIV & Hepatitis B Medicines", infojustice, 11.10.2012, <https://infojustice.org/archives/27492> (erişim tarihi: 27.08.2021).

Yatırım uyuşmazlığına bakan bir hakem heyeti, zorunlu lisansları TRIPS Anlaşması ile uyumlu bularak kamulaştırma oluşturmadıklarına karar verse de, adil ve eşit muamele standardının ihlal edildiğine karar verebilir. TRIPS Anlaşması ile uyumlu fikri mülkiyet düzenlemelerinin kamulaştırma oluşturmayaacağına dair yatırım anlaşmalarında istisna hükümlerine yer verilse de, adil ve eşit muamele standardının istisnaları genellikle düzenlenmemiştir. Örneğin bir firma, ev sahibi devletin zorunlu lisans çıkaracağını ve patentinin değerini azaltacağını beklemediğini ileri sürerek adil ve eşit muamele standardına aykırılık iddiasında bulunabilir. Ülkede daha önce zorunlu lisans çıkarılmamışsa ya da nadiren çıkarılıyorsa, bir şirket öngörülme-yen zorunlu lisansın adil ve eşit muamele standardına aykırılık oluşturduğunu ileri sürebilir. Bu durumda, TRIPS Anlaşması ile uyumlu zorunlu lisansların dahi adil ve eşit muamele ilkesini ihlal ettiklerine karar verilmesi riski gündeme gelebilir¹¹⁴⁵. Böyle bir iddia üzerine hakem heyeti, ev sahibi devlette daha önceden zorunlu lisans çıkarılıp çıkarılmadığına bakabilir. Ev sahibi devlet daha önce de bir zorunlu lisans çıkarmış ise, hakem heyeti meşru beklentinin ihlal edildiği iddiasını reddedebilir. İlk defa zorunlu lisans çıkarılması halinde bu durum, yatırımcının meşru beklentilerinin ihlali anlamına gelir mi? Hakem heyetinin kararını tahmin etmek güçtür. Yatırımcının meşru beklentisinin ihlal edildiği yönünde karar verilmesi riski de bulunmaktadır¹¹⁴⁶. Kanımızca, ilk defa zorunlu lisans çıkarılması halinde de, yatırımcının zorunlu lisansla karşılaşabileceğini öngörmesi gerekir. Dolayısıyla da meşru beklentinin ihlali söz konusu olmamalıdır. Burada da hakem heyeti titiz bir değerlendirme yaparak, devlet tasarrufunun altında yatan amacı, ayrımcı olup olmadığını gözetmelidir.

¹¹⁴⁵ **Ho**, Sovereignty, s. 288-89.

¹¹⁴⁶ **Upreti**, s. 69.

Zorunlu lisanslar kendiliğinden tartışmalı bir özelliğe sahiptir. Devlet yetkisiyle verilen bu lisanslar iki karşıt çıkar arasında bir çatışma yaratmaktadır. Bir tarafta uluslararası yatırım anlaşmasında yabancı yatırımcıya sağlanan meşru beklentiler ve patent rejiminin sunduğu patent koruması bulunurken, diğer tarafta kamu sağlığı gibi kamusal ihtiyaçların giderilmesi yer almaktadır¹¹⁴⁷. Yatırımcının, yatırımı ile ilgili yürüttüğü faaliyetlerine ev sahibi devlet tarafından saygı gösterilmesini isteme yönünde meşru beklentisi bulunmaktadır. Diğer taraftan ev sahibi devlet, ‘düzenleyici soğukluk’ riski olmaksızın hukuka uygun hedeflerini gerçekleştirebilmelidir. Zorunlu lisanslarla ilgili bir yatırım uyumsuzluğu bu iki kaygı arasındaki gerilimi tepe noktaya taşımaktadır¹¹⁴⁸.

Zorunlu lisans, iki farklı uluslararası anlaşma rejimi arasındaki girift ilişkiyi de ortaya koymaktadır. Uluslararası yatırım hukuku, uluslararası hukuk veya TRIPS Anlaşması ile sağlanan esneklikler ile karşı karşıya gelmektedir. Zorunlu lisanslar, yarışan bu hukuki rejimler arasındaki kesişmeyi gözler önüne sermektedir. Uluslararası yatırım anlaşmaları, DTÖ’nün çok taraflı sistemiyle yan yana durmaktadır. Yabancı yatırımcının devleti ile ev sahibi devletin ikisi de DTÖ üyesi oldukları takdirde, her iki rejim yatırımcıya farklı koruma şekilleri ve farklı hukuki çareler sunmaktadır¹¹⁴⁹.

Hakem heyetleri uygun bir hukuki çerçevede, yatırımcıların ve devletlerin hakları ve yükümlülükleri arasında denge sağlamalıdır. Zira hakem heyetinin verdiği karar yalnızca yatırımcı üzerinde değil, ev sahibi devletlerin düzenleme yapma yetkileri üzerinde de etki göstermektedir¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁷ **Gibson**, A Look, s. 419.

¹¹⁴⁸ **Gibson**, A Look, s. 420-421.

¹¹⁴⁹ **Gibson**, A Look, s. 421.

¹¹⁵⁰ **Gibson**, A Look, s. 421.

Özetle, zorunlu lisanslarla ilgili olarak meseleler özellikle şu sorular etrafında toplanmaktadır: Hükümetler, fikri mülkiyet hakları ve fikri mülkiyet yatırımlarına müdahale sayılabilecek işlemleri yapabilmek için ne kadarlık alana sahiptir? Bu işlemler, ulusal patent hukukunda ve uluslararası yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımcılara sağlanan koruma standartlarını ihlal etmekte midir? Bu işlemler, TRIPS Anlaşması'nın 31. maddesi gibi yatırım dışı anlaşma hükümlerine uygun olması nedeniyle savunulabilir mi? Bu sorulara yanıtlar arayan hakem heyetleri, hukuka uygun düzenleme yapma yetkisinin kullanılması ile yatırım koruma standartlarının ihlali sayılabilecek işlem arasındaki farkı dikkatli bir şekilde gözetmelidir¹¹⁵¹.

TRIPS Anlaşması ve Doha Bildirisi'nin birlikte dikkate alınarak, devletlere tanınan esnekliklerin göz ardı edilmemesi gerektiği kanısındayız. Özellikle içinde bulunduğumuz pandemi süreci, kamu sağlığı, ilaçlara erişimin kolaylaştırılması gibi gayelerle devletlere tanınan esnekliklerin ne derece önemli olduğunu gözler önüne sermiştir. Covid-19 pandemisinin küresel boyutuyla başa çıkmak için patentin feragati bile bazı fikri mülkiyet aktörleri tarafından tartışılmaktadır¹¹⁵². Böylesi bir durumda

¹¹⁵¹ **Gibson**, A Look, s. 421.

¹¹⁵² Bkz. Ankara Üniversitesi FİSAUM, Queen Mary University of London Intellectual Property Research Institute, “Waiving IP for Covid-19 Related Health Products and Technologies: Prospects and Solutions” Webinar, 23.06.2021, <http://fisaum.ankara.edu.tr/en/2021/06/19/webinar-waiving-ip-for-covid-19-related-health-products-and-technologies-prospects-and-solutions-june-23-2021/> (erişim tarihi: 01.08.2021); Covid-19 ile mücadelede fikri mülkiyetten feragate ilişkin tartışmalar için ayrıca bkz. World Trade Organization, “TRIPS Council agrees to continue discussions on IP response to COVID-19”, 20.07.2021, https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_20jul21_e.htm (erişim tarihi:

usulünce çıkarılmış bir zorunlu lisansın yatırım tahkimi tehdidine maruz kalmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Philip Morris ve Eli Lilly davalarının ardından, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizmasının reforma ihtiyacı olduğu ileri sürülmektedir. Bu anlamda, yatırımın tanımından fikri mülkiyetin hariç tutulması, koruma klozları getirilmesi seçeneklerinin yanı sıra, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm sistemini reforme edecek birtakım öneriler de geliştirilmiştir¹¹⁵³.

27.08.2021); **Vineeta Gupta, Sreenath Namboodiri**, “America And The TRIPS Waiver: You Can Talk The Talk, But Will You Walk The Walk?”, Health Affairs Blog, 13.07.2021, <https://www.healthaffairs.org/do/10.1377/hblog20210712.248782/full/> (erişim tarihi: 27.08.2021); fikri mülkiyetten feragatin gerekli ve uygun bir çözüm olmadığı, aksine fikri mülkiyet haklarının pandemi ile mücadelede önemli rol oynadığı görüşünde bkz. **Reto M Hilty, Pedro Henrique D Batista, Suelen Carls, Daria Kim, Matthias Lamping, Peter R Slowinski**, “Covid-19 and the Role of Intellectual Property Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 7 May 2021” Max Planck Institute for Innovation and Competition, 07.05.2021, <https://ssrn.com/abstract=3841549> (erişim tarihi: 27.08.2021).

¹¹⁵³ Ducimetiere, s. 275.

ALTINCI BÖLÜM

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNE KONU OLMASINDAN KAYNAKLANAN MUHTEMEL SORUNLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yatırım tahkimi, fikri mülkiyet haklarını korumak için güçlü bir araçtır. Yatırım tahkimi, bir taraftan fikri mülkiyet hakkı tanıyan sürecin geçerliliğini kabul ederken, bu hak değiştirildiğinde veya kaldırıldığında ise aynı sürecin meşruluğunu sorgulamaktadır. Uluslararası fikri mülkiyet sistemi ile uygunluğuna gelindiğinde ise yatırım tahkiminde, fikri mülkiyet haklarının TRIPS Anlaşması'nda öngörülen asgari kriterlere uygun olarak verilmesini gerektiren bir yöntemden açıkça söz edilmemektedir¹¹⁵⁴.

TRIPS Anlaşması'nda, gelişmekte olan ülkeler bakımından 'kanun ve tüzüklerin iç hukukta uygulanmasına maksimum esneklik'¹¹⁵⁵ tanınmasının ve fikri mülkiyet haklarının 'sosyal ve ekonomik refaha yardımcı olacak şekilde'¹¹⁵⁶ korunmasının önemi açıkça belirtilmiştir. TRIPS Anlaşması, kanun yapımı ve değiştirilmesinde üye devletlerin 'kamu sağlığını korumak, sosyo-ekonomik ve teknolojik gelişim için hayati önemi olan sektörlerde kamu yararını teşvik etmek için gerekli kurallar getirmelerine'¹¹⁵⁷ imkân tanımaktadır. TRIPS Anlaşması, ülkelerin kendi hukuk sistemlerine bağlı olmalarına izin vermektedir¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁴ Okediji, When, s. 106.

¹¹⁵⁵ TRIPS Anlaşması, Önsöz.

¹¹⁵⁶ TRIPS Anlaşması, m. 7.

¹¹⁵⁷ TRIPS Anlaşması, m. 8.

¹¹⁵⁸ TRIPS Anlaşması, m. 41(5).

Bu nedenle yatırım tahkimi bir paradoks yaratmaktadır: Fikri mülkiyet haklarının yatırım tahkimi aracılığıyla savunulması, devletin yetkisi konusunda, uluslararası ve ulusal fikri mülkiyet hukuku ile çelişki meydana getirmektedir. Devlet kurumları tarafından bir fikri mülkiyet hakkının geçersizliğine karar verilmesi, fikri mülkiyete ilişkin uluslararası anlaşma rejiminde korunan bir yetkidir. Yatırım tahkimi ise hak sahiplerinin nihai olarak başvurdukları bir yoldur. Devletin yetkisi ile ilgili bu paradoksu çözebilmek için birtakım seçenekler mevcuttur¹¹⁵⁹.

Eli Lilly ve Philip Morris'in uluslararası yatırım tahkiminde açtığı davalar, fikri mülkiyetin politik alt yapısından bağımsız şekilde yatırım olarak kabul edilmesinin tehlikelerini gözler önüne sermektedir. Inovasyonun ve kamu refahının geliştirilmesini amaçlayan uluslararası fikri mülkiyet sisteminde Eli Lilly ve Philip Morris'in taleplerinin haklı bir yansımasının bulunmadığı öne sürülmüştür¹¹⁶⁰. Fikri mülkiyet ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası yatırım tahkiminin hukuki bir yol olarak kullanılmasının yarattığı olumsuz durumların hafifletilmesi için birtakım yaklaşımlar geliştirilmiştir.

Bu bölümde, fikri mülkiyetin yatırım tahkimine konu olmasından kaynaklanan sıkıntılı durumların giderilmesine yönelik doktrinde, tahkim kararlarında ve anlaşma pratiğinde ileri sürülen önerilere yer verilecektir.

¹¹⁵⁹ Okediji, When, s. 106-107.

¹¹⁶⁰ Okediji, Eli Lilly, s. 1136.

I. ULUSLARARASI YATIRIM ANLAŞMASI HÜKÜMLERİNİN GÖZDEN GEÇİRİLMESİ – FİKRİ MÜLKİYETİN YATIRIM TAHKİMİ DAVALARINDAN HARIÇ TUTULMASI

Fikri mülkiyet haklarının uluslararası yatırım tahkimine konu olmasının yarattığı problemlerden kaçınmanın en kestirme yolu yatırımın kapsamının sınırlandırılmasıdır. Ayrıca, yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarına istisna getirilmesi de bir diğer alternatiftir. Bu anlamda yatırımın tanımından fikri mülkiyet haklarının açıkça hariç tutulması bir seçenek olarak düşünülebilir. Ancak bir anlaşmanın yatırım tanımında fikri mülkiyet haklarından söz edilmemesi yeterli olmayacaktır, zira çoğu anlaşma maddi olmayan malvarlıklarını da kapsamaktadır. Fikri mülkiyet hakları da maddi olmayan malvarlıkları olarak değerlendirilmektedir¹¹⁶¹.

Diğer bir olasılık ise yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının kapsamını değiştirmektir. TRIPS Anlaşması gibi başka bir uluslararası anlaşma altında yargılama gerektiren iddiaların, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizmasından hariç tutulması değerlendirilebilir. Bu anlamda, ilgili anlaşma metinlerine, anlaşmanın, TRIPS veya herhangi bir uluslararası fikri mülkiyet anlaşmasında öngörülen hak ve yükümlülükleri etkilemeyeceği yazılabilir. Bu tarz istisna hükümleri vergi veya çevre ile ilgili anlaşmalarda yer almıştır¹¹⁶².

CETA Anlaşması'nda görüldüğü gibi, devletler tahkim davalarına açıkça birtakım sınırlamalar getirebilirler. CETA Anlaşması'nın 8.12(6) maddesine ilişkin ortak bildiride, hakem heyetlerinin ulusal mahkeme kararlarını denetleyen bir temyiz mekanizması olmadıkları ifade edilmiştir. Bu anlaşmaya göre ayrıca “her bir tarafın ulusal mahkemeleri fikri mülkiyet haklarının varlığına ve geçerliliğine karar vermekten

¹¹⁶¹ **Ho**, Sovereignty, s. 298.

¹¹⁶² **Ho**, Sovereignty, s. 298-99; **Gervais**, A Beacon, s. 316.

sorumludur... [ve] ... her bir taraf kendi hukuk sistemleri ve uygulamaları çerçevesinde, Anlaşmanın fikri mülkiyetle ilgili hükümlerini uygulama yöntemlerini belirlemekte özgürdür”¹¹⁶³. CETA Anlaşması’nın fikri mülkiyet haklarının varlığı ve geçerliliği ile ilgili hükmü, anlaşma pratiğinde model alınabilecek, örnek bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir¹¹⁶⁴.

Fikri mülkiyet hükümlerinin yatırımcı-devlet tahkimine konu olmasının karşısında olan bir kısım görüş, fikri mülkiyetin yatırım tanımından hariç tutulması fikrini öne sürmüştür¹¹⁶⁵. Fikri mülkiyet pek çok uluslararası yatırım anlaşmasının yatırım tanımı altında yer almaktadır. Bu nedenle fikri mülkiyete veya maddi olmayan malvarlıklarına yapılan atfın kaldırılmasının sorunları sona erdirebileceği düşünülebilir. Ancak uluslararası anlaşmalarla ilgili süregelen uygulama ile yatırım ve ticaret alanında fikri mülkiyete verilen önem nazara alındığında, bu durumun gerçekleşmesi pek mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte, fikri mülkiyet hakları ile ilgili birtakım

¹¹⁶³ Bkz. Text of the Comprehensive Economic and Trade Agreement – Annex 8 (Annex 8-D Joint Declaration Concerning Article 8.12.6) <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/08-A.aspx?lang=eng> (erişim tarihi: 27.08.2021).

¹¹⁶⁴ **Gervais**, A Beacon, s. 321.

¹¹⁶⁵ **Sean Flynn**, “TPP Carve Out for Tobacco Shows Core Flaws in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)” Infojustice.org, 01.10.2015, <http://infojustice.org/archives/35107> (erişim tarihi: 27.08.2021); **Ho**, Collision, s. 458; **Ho**, Sovereignty, s. 255.

meselelerin uluslararası yatırım tahkimi yargılamasından ayırık tutulması, yatırım anlaşmalarında yer alacak düzenlemelerle mümkün olabilir¹¹⁶⁶.

A. Yatırım Tanımının Kapsamının Sınırlandırılması

Fikri mülkiyet hakları ile yatırım ilişkisi çerçevesinde sorulması gereken en önemli soru, neyin yatırım oluşturduğu sorusudur. Pek çok uluslararası yatırım anlaşması, yatırımın kapsamına dair geniş bir tanımlama getirdiğinden, bu sorunun cevaplanması oldukça karmaşıktır.

Yatırımın kapsamı geniş tanımlansa da, ev sahibi devlette fikri mülkiyet hakları kazanıldığında, otomatikman yatırım olarak kabul edilmemelidir¹¹⁶⁷. Fikri mülkiyet hakları, aynı anda birçok ülkede gündeme gelebilir. Telif haklarında olduğu gibi bazı durumlarda da herhangi bir formalite veya yatırım niyetini gösteren bir iç hukuk prosedürü işletilmesi gerekmemektedir. Patent hakları da pek çok az gelişmiş ülkede yalnızca tescille kazanılmaktadır. Bunun gibi durumlar yatırım için yeterli olacak mıdır?¹¹⁶⁸ Ev sahibi devlette elde edilen fikri mülkiyet hakları, yatırım yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, otomatik olarak yatırım kabul edilirse, TRIPS Anlaşması'nda benimsenen dengeleyici unsurlar zarar görebilecektir. Fikri mülkiyet hakkı sahipliği yatırım teşkil ederse, bir zorunlu lisans bu yatırımın kamulaştırması sayılır mı sorusu gündeme gelecektir. Uluslararası yatırım anlaşmaları kapsamında

¹¹⁶⁶ **Ducimetiere**, s. 276.

¹¹⁶⁷ **Okediji**, Eli Lilly, s. 1125-26.

¹¹⁶⁸ **Okediji**, Eli Lilly, s. 1125.

yatırım yapıp yapılmadığına karar vermek için analitik bir çerçeve çizilmesi önem arz etmektedir¹¹⁶⁹.

Neyin yatırım teşkil ettiğine ve neyin fikri mülkiyetin konusunu oluşturduğuna pozitif hukuk kuralları karar vermektedir. Her ikisi de ulusal hukuk kurallarına bağlıdır. Yatırımı oluşturan hakların ve malların iç hukukta tanınması, hukuki korumanın ön koşulunu oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, yatırımın uluslararası anlaşma kapsamında korunabilmesi için öncelikle iç hukukta tanınması gereklidir. Örneğin, tescilli olmayan patentler iç hukukta tanınmıyorsa, iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında yatırım teşkil etmez. Bu durumda, fikri mülkiyet hakkı tanınması için gerekli koşullar yerine getirilmediyse, iç hukukta korunan bir hak söz konusu olmadığından, uluslararası yatırım tahkiminde yatırım olarak korunması da mümkün olmaz¹¹⁷⁰.

Bir fikri mülkiyet hakkının uluslararası yatırım tahkimine konu olması, ilgili fikri mülkiyet varlığının meşruiyetine dayanmaktadır. Bu nedenle devlet, fikri mülkiyet hakkının usulüne uygun verilip verilmediğini de sorgulayabilmelidir. Fikri mülkiyet hakkının elde edilmesini sağlayan koşullar yerine getirilinceye kadar, fikri mülkiyet hakkının ihlaline dayanan iddiaların yatırım tahkiminden hariç tutulması düşünülebilir. Dahası, Eli Lilly davasında olduğu gibi, fikri mülkiyet hakkı verilmesi için bir devletin öngördüğü kriterlerin de yatırım tahkiminden hariç tutulması değerlendirilebilir¹¹⁷¹.

Fikri mülkiyet bağlamında Salini test koşulları şu şekilde ifade edilmiştir: (1) fikri mülkiyet belli bir süre yatırım yapmaya elverişli olmalı, (2) fikri mülkiyet

¹¹⁶⁹ **Peter K Yu**, “Conceptual and Institutional Improvements to Investor-State Dispute Settlement”, Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s. 369.

¹¹⁷⁰ **Okediji**, When, s. 107.

¹¹⁷¹ **Okediji**, When, s. 108.

haklarının üçüncü kişiler tarafından ihlal edilebilme riski bulunmalı, (3) fikri mülkiyet yatırımı önemli bir taahhüt sunmalı, (4) bu malvarlıkları ev sahibi devletin gelişimine önemli bir katkıda bulunmalıdır¹¹⁷². Fikri mülkiyet haklarının yatırım oluşturabilmesi için bu haklar, ev sahibi devlete kazanç getiriyor olmalıdır. Bu anlamda davacı, fikri mülkiyetinin ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkısını ispat etmelidir¹¹⁷³.

Bunların yanı sıra, fikri mülkiyet haklarının kendine özgü yapısını da nazara almak gerekmektedir. Fikri mülkiyet haklarının yalnızca kazanılmış olması, uluslararası yatırım anlaşması aracılığıyla uygulanacakları anlamına gelmemelidir. Bunun için en azından dört neden bulunmaktadır¹¹⁷⁴.

İlk neden, fikri mülkiyet haklarının sınırlı süresi ile ilgilidir. Telif korumasının uluslararası standardı Bern Konvansiyonu'nun 7(1) maddesi ve TRIPS Anlaşması'nın 9. maddesi uyarınca, yazarın yaşam süresi ve artı 50 yıldır. Telif hakkı dönemi, yazarın yaşamına dayanılarak hesaplanamadığında, TRIPS Anlaşması'nın 12. maddesi bu dönemi minimum 50 yıl olarak belirlemiştir. Patent koruması, TRIPS Anlaşması'nın 33. maddesine göre, başvuru tarihinden itibaren 20 yıldır. Öyleyse, fikri mülkiyet koruması belli bir süre ile sınırlıdır.

İkinci neden ise, marka ve patent korumaları için gerekli olan yenilemelerdir¹¹⁷⁵. TRIPS Anlaşması'nın 18. maddesi markaların süresiz olarak yenilenmesine izin

¹¹⁷² Salini et al. v. Morocco, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, (31.07.2001), para 52. Salini test uyarınca yatırımdan söz edebilmek için ayrıca düzenli olarak kâr ve getiri elde etme ihtimali bulunması gerektiği görüşünde bkz.

Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 162-163.

¹¹⁷³ **Okediji**, Eli Lilly, s. 1137.

¹¹⁷⁴ **Yu**, Conceptual, s. 370.

¹¹⁷⁵ **Yu**, Conceptual, s. 371.

vermektedir. Türk hukukunda, Sınai Mülkiyet Kanunu 23. maddesi uyarınca tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre, onar yıllık dönemler halinde yenilenir. Yenileme talebi, koruma süresinin sona erdiği tarihten önceki altı ay içinde yapılmalı ve yenileme ücretinin ödendiğine ilişkin bilgi Türk Patent ve Marka Kurumuna sunulmalıdır. Markanın korunmasının devam etmesi, kaydın yenilenmesini ve markanın kullanılmasını gerekli kılar¹¹⁷⁶. Bunun gibi yenileme koşulları, fikri mülkiyet hak sahiplerinin, fikri mülkiyet hakkı elde ettikten sonra da bu korumadan yararlanabilmek için aktif rol almaları gerektiğini göstermektedir. Diğer bir anlatımla, fikri mülkiyet haklarının salt elde edilmiş olması, hak sahiplerinin uluslararası yatırım anlaşmasının süresi boyunca tam bir korumadan yararlanacakları anlamını taşımamaktadır¹¹⁷⁷.

Üçüncü neden ise, fikri mülkiyet hakkı verilmiş olsa dahi, sonrasında bu hakların geçersizliğine karar verilebileceği ile ilgilidir. Bu durum özellikle, Kanada mahkemeleri tarafından geçersizliğine karar verilen iki patentle ilgili Eli Lilly v Kanada davasında göze çarpmaktadır. Devlet burada yalnızca, Kanada vaad doktrini gibi, fikri mülkiyet hakkı başvurusunun uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığına karar vermektedir¹¹⁷⁸.

Dördüncü neden ise, fikri mülkiyet sistemi içinden veya dışından, fikri mülkiyet haklarına getirilen sınırlamalarla ilgilidir. Adil kullanım (fair use), hakların tükenmesi, araştırma ve deneysel kullanım için istisnalar, zorunlu lisans düzenlemeleri iç kaynaklı sınırlamalar olarak gösterilebilir. Fikri mülkiyet haklarının fikri mülkiyet sistemi dışından sınırlamalara tabi tutulması da söz konusudur. Bu sınırlamalar genellikle, insan

¹¹⁷⁶ **Bozgeyik**, s. 457.

¹¹⁷⁷ **Yu**, Conceptual, s. 371.

¹¹⁷⁸ **Yu**, Conceptual, s. 371.

hakları ile ilgili anlaşmalardan, anayasalardan ve rekabet hukukundan kaynaklanır. Dış kaynaklı sınırlamalar yatırımcılara sorumluluklarını hatırlatmaları açısından önem arz etmektedir¹¹⁷⁹. Kate Miles’in ifade ettiği gibi, güçlü yatırımcı korumasını sınırlayan ve eşit düzeyde yatırımcı sorumluluğu yükleyen, daha dengeli uluslararası yatırım anlaşmalarına ihtiyaç duyulmaktadır¹¹⁸⁰.

İç kaynaklı ve dış kaynaklı sınırlamalar dikkate alındığında, uluslararası yatırım anlaşmasındaki fikri mülkiyet hakkının, yatırım tanımında ifade edilen fikri mülkiyet hakkından daha sınırlı olabileceği değerlendirilebilecektir¹¹⁸¹.

Yatırım anlaşmalarında yatırım tanımının kapsamının daraltılması, uluslararası yatırım tahkimine getirilen eleştirileri hafifletmeye yarayabilir. Bu anlamda Salini davasında yatırımın tanımına getirilen kriterlere yatırım anlaşmalarında açıkça yer verilmesi, yatırım uyuşmazlıkları için dile getirilen endişeleri bertaraf etmeye yardımcı olabilir¹¹⁸². Salini teste sıklıkla atıf yapılmasına rağmen, bazı davalarda hakem heyetleri kendilerini bu koşullarla bağlı görmemektedir. Yatırımdan söz edebilmek için Salini testteki tüm kriterlerin sağlanması gerektiği bazı davalarda kabul edilmemiştir¹¹⁸³.

¹¹⁷⁹ **Yu**, Conceptual, s. 372.

¹¹⁸⁰ **Miles**, s. 296.

¹¹⁸¹ **Yu**, Conceptual, s. 372.

¹¹⁸² **Gathii, Ho**, s. 483; Salini test uyarınca yatırımdan söz edebilmek için ev sahibi devlette yatırım yaparak katkıda bulunma, bu katkının belli bir zaman dilimini içermesi, risklere katlanma, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlama koşullarının varlığı gerekmektedir. Bkz. Salini Costruttori S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, para. 52 (July 16, 2001).

¹¹⁸³ Philip Morris Brands Sàrl v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, (02.07.2013), para. 204–10, 220 (ekonomik

Gelecekte yapılacak yatırım anlaşmalarında, hakem heyetlerinin yatırım davalarında yetkili olabilmeleri için bu kriterlerin varlığının gerektiğine dair hükme yer verilmesi değerlendirilebilir. Yatırımın, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkıda bulunması gerektiği koşulu, özellikle fikri mülkiyet hakları bağlamında faydalıdır. Nihayetinde, bir ülkede yalnızca patent veya ticari marka elde edilmesi, işçi çalıştıran veya teknoloji transferi gibi ekonomik kazançlar sağlayan bir tesis kurulması ile aynı şekilde ülke ekonomisine katkı sağlamayacaktır¹¹⁸⁴.

gelişmeyi gerekli bir unsur olarak değerlendirmemiştir); Quiborax S. A. v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, (27.09.2012), para. 225 (buna göre; “ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı veya ev sahibi devlette ekonomik bir faaliyeti geliştirmek için yapılan bir işlem, yatırım tanımının objektif bir unsuru değildir”); Bitwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID ARB/05/22, Award, (24.07.2008), <https://www.italaw.com/cases/157> (erişim tarihi: 06.02.2021), para.250; M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, (31.07.2007), para. 165; Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment, (01.11.2006) <https://www.italaw.com/cases/709> (erişim tarihi: 02.06.2021), para. II(B)(1); Consortium Groupement LESI-DIPENTA v. People’s Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/08, Award, (10.01.2005), para. 13(iv) (ekonomik gelişime katkı kriterini reddetmiştir). Ayrıca bkz. **Julian Davis Mortenson**, “The Meaning of ‘Investment’: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law”, Harvard International Law Journal, Vol. 51, 2010, s. 315.

¹¹⁸⁴ **Gathii, Ho**, s. 484-85.

Kimin yatırımcı olarak nitelendirilmesi gerektiği yatırım anlaşmalarında daraltılabilir. Böylece sistemi kötüye kullanan yatırımcılara engel olunabilir. Philip Morris v Avustralya davasında hakem heyeti “kurumsal yeniden yapılandırmanın asıl amacının Anlaşma kapsamında koruma elde etmek” olduğuna karar vermiştir¹¹⁸⁵. Bazı güncel anlaşmalarda yatırım korumasından yararlanmak için ‘treaty shop’ olarak adlandırılan anlaşma alışverişine yönelik girişimleri sınırlayan hükümlere yer verilmiştir. Örneğin, CETA Anlaşması’na göre bir yatırımcının ülkede yapılan yatırımlara sahip olması ve bu yatırımlar üzerinde kontrolünün bulunması gerekir¹¹⁸⁶. Ayrıca CETA Anlaşması uyarınca, sürecin kötüye kullanılması anlamına gelen yatırım iddialarına izin verilmemektedir¹¹⁸⁷. Bu düzenleme ile yatırımcı olarak nitelendirilmek için gerekli olan ulusallık koşulunun manipüle edilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır¹¹⁸⁸.

B. Yatırım İddialarının Kapsamının Sınırlandırılması – Koruma Klozları

Fikri mülkiyet haklarının uluslararası yatırım tahkiminden tamamiyle hariç tutulması mümkün olmazsa, bir diğer ihtimal kamulaştırma ve adil ve eşit muamele iddialarına sınır getirilmesidir¹¹⁸⁹.

Yatırım iddialarının kapsamı sınırlandırılırsa, bu iddiaların TRIPS esneklikleri üzerindeki etkisi de azaltılabilir. Hakemlere yol gösterici olacak şekilde yatırım

¹¹⁸⁵ Philip Morris Asia Ltd. v. Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility,(17.12.2015), para. 587.

¹¹⁸⁶ CETA, art. 8.1.

¹¹⁸⁷ CETA, art. 8.18(3).

¹¹⁸⁸ **Gathii, Ho**, s. 485.

¹¹⁸⁹ **Ho**, Sovereignty, s. 300.

anlaşmalarında daha açık ifadelere yer verilmesi, devletlerin egemenliğe dair savunmalarında yardımcı olacaktır. Bu anlamda, fikri mülkiyet hakları ile ilgili yatırım iddialarının hangi durumlarda sınırlanabileceğinin açık bir dille ifade edilmesi önemlidir¹¹⁹⁰.

Adil ve eşit muamele ilkesi yönünden, nelerin adil ve eşit muamele ilkesine aykırılık iddiası oluşturabileceği anlaşma metninde açıkça ifade edilmelidir. Örneğin, nasıl fikri mülkiyet haklarının iç hukukta iptaline ilişkin karar kamulaştırma oluşturmamalı ise, benzer ifadeler adil ve eşit muamele iddiaları için de geçerli olabilir. TRIPS ihlali söz konusu olsa dahi bu durum tek başına adil ve eşit muamele iddiasına neden olmamalıdır¹¹⁹¹. Bu bağlamda, TRIPS Anlaşması'nın ihlalinin başlı başına adil ve eşit muamele standardına aykırılık meydana getirmeyeceği anlaşmada hüküm altına alınabilir.

Hukuk veya iş dünyasındaki değişikliğin tek başına adil ve eşit muamele standardının ihlali anlamına gelmeyeceği anlaşma metninde açıkça ifade edilmelidir. Bu durum yalnızca fikri mülkiyet meseleleri açısından değil, devletin düzenleme yapma yetkisine uygunsuz şekilde müdahale sonucunu doğuran bütün yatırım iddiaları açısından da faydalı olacaktır. Ayrıca, anlaşmanın yatırım bölümünde adil ve eşit muamele iddialarının ancak taraflardan birinin, yatırımcıda meşru bir beklenti yaratan özel bir taahhütte bulunması halinde söz konusu olabileceği düzenlenebilir. İlgili hükümde, hukuk kurallarının zaman içinde değişmeksizin kalmasının da beklenemeyeceği açıkça ifade edilebilir. Adil ve eşit muamele iddiaları yönünden hakem heyetinin özel taahhüdü değerlendirmesi gerektiğine ilişkin düzenlemenin yanında, neyin özel bir taahhüt oluşturacağı da açıklanmalıdır. Örneğin Eli Lilly, devlet

¹¹⁹⁰ **Gathii, Ho**, s. 487.

¹¹⁹¹ **Ho**, Sovereignty, s. 303.

tarafından verilen bir fikri mülkiyet hakkının, geçersizliğine karar verilemeyecek özel bir taahhüt olduğunu ileri sürmüştür. Dolayısıyla, devlet tarafından verilen fikri mülkiyet haklarının sürekli geçerliliği bulunan özel taahhütler olmadığına dair anlaşma metninde açıklık getirilmesi yararlı bir çözüm olabilir¹¹⁹².

Bazı anlaşmalarda, zorunlu lisanslar gibi fikri mülkiyet düzenlemeleri kamulaştırmanın tanımından hariç tutulmuştur¹¹⁹³. Bu koruma tedbiri, bu düzenlemelerin uluslararası yatırım tahkiminde dava edilmesini önlemeye yöneliktir. Ancak belirtmek gerekir ki, bütün yatırım anlaşmaları bu tür koruma tedbirleri öngörmemektedir. Ayrıca, zorunlu lisanslar veya diğer fikri mülkiyet düzenlemeleri kamulaştırma dışında başka bir nedenle de dava edilebilir. Fikri mülkiyet düzenlemelerini kamulaştırmanın kapsamından hariç tutan hükümler genellikle bu düzenlemelerin TRIPS Anlaşması ile uyumlu olmasını gerektirmektedir¹¹⁹⁴.

Uluslararası yatırım anlaşmalarındaki koruma klozları (safeguard clauses), kamulaştırma iddialarının, uluslararası anlaşmalarda kabul edilen fikri mülkiyet sınırlamalarının önüne geçmesini engellemeyi amaçlamaktadır. Örneğin NAFTA 1110(7) maddesi; ‘zorunlu lisans çıkarılması’, ‘fikri mülkiyet haklarının kaldırılması, sınırlandırılması veya yaratılması’ hususlarını içeren fikri mülkiyetle ilgili bütün tasarrufları, bu tasarruflar NAFTA’nın fikri mülkiyet hükümleriyle uyumlu olduğu takdirde kamulaştırma iddialarının dışında tutmuştur. Bu anlaşma, kamulaştırma

¹¹⁹² **Ho**, Sovereignty, s. 303.

¹¹⁹³ Bkz. Ör., 2012 US Model BIT art. 6 (5) veya US-Chile FTA art. 10.9 (5): " Bu madde, TRIPS Anlaşması ile uyumlu olarak çıkarılan fikri mülkiyetle ilgili zorunlu lisanslarda uygulanmaz".

¹¹⁹⁴ **Ducimetiere**, s. 276.

iddialarına karşı koruma olarak TRIPS Anlaşması ile uyumluluk koşulunu öngörmeyip kendi fikri mülkiyet bölümleri ile uyumluluğu gerektirmektedir.

ABD 2012 model iki taraflı yatırım anlaşması uyarınca, “TRIPS Anlaşması ile uyumlu fikri mülkiyet hakları ile ilgili zorunlu lisans çıkarılmasında veya fikri mülkiyet haklarının kaldırılması, sınırlandırılması veya yaratılmasında, bu kaldırma, sınırlandırma veya yaratılma TRIPS Anlaşması ile uyumlu olduğu takdirde bu madde uygulanmaz”¹¹⁹⁵. ABD 2012 model iki taraflı yatırım anlaşmasının 6 (5) maddesi ‘fikri mülkiyet haklarının kaldırılması, sınırlandırılması veya yaratılmasının’, ‘TRIPS Anlaşması ile uyumlu olduğu sürece’ kamulaştırma anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Trans-Pasifik Ortaklığı (Transpasific Partnership Agreement-TPP) Anlaşmasının 9.7(5) maddesi de ‘TRIPS Anlaşması ile uyumlu fikri mülkiyet hakları ile ilgili zorunlu lisans çıkarılmasını’, TPP’nin fikri mülkiyet bölümü ve TRIPS Anlaşması ile uyumlu olduğu sürece ‘fikri mülkiyet haklarının kaldırılması, sınırlandırılması veya yaratılmasını’ kamulaştırma korumasından hariç tutmuştur.

Benzer şekilde Singapur-Hindistan Serbest Ticaret Anlaşması’nın 6.5.6 maddesi uyarınca; “bu madde fikri mülkiyet haklarıyla ilgili zorunlu lisansların çıkarılmasında veya fikri mülkiyet haklarının kaldırılması, sınırlandırılması veya yaratılmasında bu çıkarma, kaldırma, sınırlandırma veya yaratılma TRIPS Anlaşması ile uyumlu olduğu takdirde uygulanmaz”.

AB ve Kanada arasındaki ticaret anlaşması olan CETA Anlaşması, benzer şekilde, bazı fikri mülkiyet düzenlemelerini uluslararası yatırım tahkiminden hariç tutmaya yönelik hüküm içermektedir. Buna göre kamulaştırma iddiasına istisna getirilmektedir. Anlaşmanın 8.12(6) maddesi uyarınca, “fikri mülkiyet haklarının kaldırılması, sınırlandırılması veya yaratılması, bu tasarruflar TRIPS Anlaşması ve

¹¹⁹⁵ 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, art. 6(5).

Bölüm Yirmi (Fikri Mülkiyet) ile uyumlu olduğu takdirde kamulaştırma teşkil etmez". Ayrıca, bu düzenlemelerin TRIPS Anlaşması veya Bölüm Yirmi ile uyumsuz olduğuna karar verilmesi de kamulaştırma teşkil etmeyecektir. Bu ikinci cümle devletlere ek bir güvence sağlamaktadır. Devletler, yatırım anlaşmalarında benzer bir dil kabul ederek, yalnızca kamulaştırma iddiasıyla sınırlamaksızın bu işlemlerin yatırım tahkiminden hariç tutulmasını öngörebilirler ¹¹⁹⁶.

NAFTA 1110(7) maddesi de fikri mülkiyet haklarının kaldırılmasını, sınırlandırılmasını veya yaratılmasını, bunların Anlaşmanın Fikri Mülkiyet Bölümü ile uyumlu olması halinde hariç tutmaktadır. Fakat Eli Lilly davasında görüldüğü üzere bu ifade tarzı, patentin kaldırılmasına dair uyuşmazlığın uluslararası yatırım tahkimine taşınmasını engellemek için yeterli olmamıştır. CETA Anlaşması müzakerecilerinin, ek güvence getirmek suretiyle daha dikkatli davrandıkları anlaşılmaktadır ¹¹⁹⁷.

2018 tarihli ABD-Meksika-Kanada Anlaşması ¹¹⁹⁸ uyarınca, ABD-Meksika arasında doğan uyuşmazlıklarda yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizması oldukça sınırlı tutulmuştur. Anlaşmanın Annex 4-D, 3. maddesi uyarınca, bir yatırımcı, yatırımın kurulması veya kazanılması hariç olmak üzere yalnızca milli muamele ve en çok gözetilen ulus muamelesi maddelerine aykırılık halinde ve dolaylı kamulaştırma hariç olmak üzere kamulaştırma maddesine aykırılık halinde dava açabilecektir.

Koruma klozları, ev sahibi devletlerin fikri mülkiyetle ilgili düzenleme yaptıklarında, TRIPS Anlaşması veya diğer fikri mülkiyet anlaşmalarındaki esnekliklere

¹¹⁹⁶ Okediji, When, s. 108.

¹¹⁹⁷ Ducimetiere, s. 276.

¹¹⁹⁸ Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between> (erişim tarihi: 27.08.2021).

dayanabilmeleri için güvenli bir liman sağlamaktadır¹¹⁹⁹. Çoğu yatırım iddiası dolaylı kamulaştırma veya adil ve eşit muamele ilkesinin ihlaline dayandığından, fikri mülkiyet uyuşmazlıkları bakımından bu düzenleme ile olası iddiaların sınırlandırıldığı söylenebilir. Diğer taraftan bu hükümler, fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının uluslararası yatırım tahkiminde çözümlenmesi yolunu açabilir. Uluslararası yatırım anlaşmalarında yatırım hükümlerinin kapsamına açıklık getiren adımlar atılsa da, pek çok belirsizlik varlığını sürdürmekte ve kısmi istisnalar uluslararası yatırım iddialarına karşı yeterli derecede güvence sağlamamaktadır¹²⁰⁰.

Pek çok yatırım anlaşması dolaylı kamulaştırma iddiaları yönünden istisna hükmü içerse de, Eli Lilly davası mevcut istisnaların yetersiz kaldığını göstermiştir. Yatırım anlaşmalarındaki istisna hükümleri genellikle bir fikri mülkiyet hakkını iptal eden karar veya düzenlemenin TRIPS Anlaşması ile uyumlu olması halinde dolaylı kamulaştırmadan hariç tutulmasını düzenlemektedir¹²⁰¹. Bu hüküm iç hukuk düzenlemesinin veya kararın TRIPS Anlaşması ile uyumlu olup olmadığına bir yatırım hakem heyeti tarafından karar verilmesine izin vermektedir¹²⁰².

¹¹⁹⁹ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 457.

¹²⁰⁰ Ducimetiere, s. 277.

¹²⁰¹ Ör., North American Free Trade Agreement, Can.-Mex.-U.S., art. 1110; Trans-Pacific Partnership Agreement, <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf> (erişim tarihi: 27.08.2021) art. 9.8(5); Transatlantic Trade and Investment Partnership, Trade in Services, Investment and E-Commerce, Investment Chapter proposal, EU, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (erişim tarihi: 27.08.2021) art. 5(7); CETA, art. 8.12(6).

¹²⁰² Gathii, Ho, s. 491.

1. Koruma Klozlarının Yaratabileceği Olumsuzluklar

Koruma klozları, ev sahibi devletin tasarruflarının TRIPS Anlaşması'na uygunluğunu konu alan yatırım davalarına davetiye çıkarır mı?¹²⁰³

Koruma klozları, ilk bakışta, uluslararası fikri mülkiyet ve yatırım anlaşmaları arasında uyum sağlamak için makul bir mekanizma gibi görünmektedir. Fakat bu klozlar ev sahibi devletlerin önlemlerinin TRIPS, NAFTA veya atıf yapılan diğer fikri mülkiyet anlaşmalarıyla uyumluluğunun uluslararası yatırım tahkiminde dava edilmesine davetiye çıkarabilmektedir¹²⁰⁴. Nitekim Eli Lilly v Kanada davasında Eli Lilly, NAFTA Bölüm 17'yi ihlal eder şekilde fikri mülkiyet haklarının kaldırılmasının, kamulaştırma oluşturduğunu iddia etmiştir¹²⁰⁵. Eli Lilly, NAFTA 1110(7) maddesindeki koruma klozunu, kamulaştırma kriterlerinden önce çözülmesi gereken bir sorun olarak görmek yerine, Bölüm 17 ihlalini kamulaştırmaya denk görmüştür¹²⁰⁶.

Bu açık davetiye, müzakereci devletlerin, ev sahibi devlet önlemlerinin TRIPS veya NAFTA ile uyumluluğunun tahkim yolu ile dava edilebilme imkânını getirmek istediklerini gösterebilir. Diğer taraftan Kanada'nın Eli Lilly davasındaki argümanları ve CETA Anlaşması'nda bu klozlara getirilen güncel düzenlemeler, bütün devletlerin bu sonucu öngörmediklerini ortaya koymaktadır¹²⁰⁷. Yatırım anlaşmalarındaki koruma klozları, DTÖ fikri mülkiyet kurallarıyla uyumlu olmayan ulusal bir tasarrufun yatırımcılar tarafından tahkime taşınabilmesinin yolunu göstermektedir. Bu klozlar,

¹²⁰³ **Grosse Ruse-Khan**, Protection, s. 202.

¹²⁰⁴ **Grosse Ruse-Khan**, Challenging, s. 266.

¹²⁰⁵ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Notice of Intent, para. 95-6.

¹²⁰⁶ **Grosse Ruse-Khan**, Protection, s. 202.

¹²⁰⁷ **Grosse Ruse-Khan**, Challenging, s. 266.

TRIPS uyumluluğunun DTÖ uyuşmazlık çözüm sistemi dışında test edilebilmesine izin vermektedir. Bu durum ise, uluslararası yatırım tahkiminde TRIPS uyumluluğuna ilişkin verilen kararların meşruluğu ve kabul edilebilirliği hakkında sorular gündeme getirmektedir¹²⁰⁸.

Koruma klostlarıyla ilgili sıkıntılı durumlardan biri ispat yükü ile ilgilidir. Koruma klostundan yararlanıldığını ileri süren taraf, zorunlu lisans veya ilgili fikri mülkiyet sınırlamalarının uluslararası fikri mülkiyet hukukuyla uyumlu olduğunu göstermek zorundadır. Bir hukuk kuralına dayanan tarafın onun gerekliliklerini yerine getirdiğini göstermek zorunda olduğu genel prensibinden hareketle, koruma klostlarına dayanan taraf olarak ev sahibi devlet bu ispat külfetine katlanacaktır. Bu durum ise DTÖ uyuşmazlık çözüm sistemindeki ispat yükü kuralına göre farklılık arz etmektedir. DTÖ uyuşmazlığında şikayet eden üye devlet, davalı devletin yükümlülüklerini ihlal ettiğini göstermelidir¹²⁰⁹. Örneğin, zorunlu lisansla ilgili bir uyuşmazlıkta, TRIPS Anlaşması'nın 27. veya 31. maddesinin ihlal edildiğini ileri süren üye devlet bunu ispatla yükümlüdür. Uluslararası yatırım anlaşmalarındaki koruma klostlarında ise, zorunlu lisansın 'TRIPS Anlaşması ile uyumlu olduğunu' göstermek ev sahibi devletin sorumluluğunda olacaktır¹²¹⁰.

¹²⁰⁸ **Grosse Ruse-Khan**, Challenging, s. 267.

¹²⁰⁹ Ör., United States – Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India, Appellate Body Report (WT/DS33/AB/R and Corr.1, adopted 23 May 1997), 'ispat yükü, şikayette bulunan veya savunan, belirli bir iddia veya savunmanın olumlu olduğunu iddia eden tarafa aittir'.

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds33sum_e.pdf

(erişim tarihi: 31.08.2021).

¹²¹⁰ **Grosse Ruse-Khan**, Challenging, s. 267-68.

2. Endişeleri Gidermeye Yönelik Atılan Adımlar

Patent düzenlemelerine karşı Eli Lilly'nin tahkim davasıyla karşılaşan Kanada, AB ile CETA müzakerelerinde daha anlaşılır bir koruma klotunda ısrarcı olmuştur. CETA müzakerelerinde, kamulaştırma iddialarına karşı Kanada şu öneriyi getirmiştir: 'fikri mülkiyet haklarını sınırlayan veya yaratan mahkeme, idari kurul veya diğer fikri mülkiyet otoriteleri tarafından verilen bir karara karşı, bu karar hakkın kötüye kullanımı veya ihkakı haktan imtina oluşturmadığı takdirde, kamulaştırma koruması uygulanmayacaktır'. AB ise bu öneriye alternatif olarak şunu önermiştir: 'Daha fazla kesinlik için, fikri mülkiyet haklarının kaldırılması, sınırlandırılması veya yaratılması, bu tasarruflar TRIPS ve CETA'nın fikri mülkiyet bölümü ile uyumlu oldukları takdirde kamulaştırma oluşturmayacaktır. Dahası bu tasarrufların TRIPS Anlaşması ile uyumsuz olduğunun belirlenmesi, kamulaştırmanın varlığını saptamayacaktır.'¹²¹¹

Genel itibariyle bu önerilerin ikisi de fikri mülkiyetle ilgili tasarrufların kamulaştırma iddialarından korunmasını genişletmekle birlikte, aralarında birtakım farklar vardır. Kanada, Eli Lilly davasındaki tecrübesinden hareket etmiş ve kıstas testi olarak uluslararası fikri mülkiyet anlaşmalarının yerine hakkın kötüye kullanılması ve ihkakı haktan imtina (denial of justice) standartlarını getirmiştir. Diğer taraftan AB ise kamulaştırma iddialarının hariç tutulmasında TRIPS testini sürdürmüş fakat TRIPS Anlaşması ile uyumsuzluğun tek başına kamulaştırma oluşturmayacağını açıkça ifade etmiştir. Uluslararası fikri mülkiyet kurallarının ihlali, dolaylı kamulaştırmaya karar vermek için başlı başına somut bir kriter değildir. Zira kamulaştırma için gerekli koşullar ile fikri mülkiyet sınırlamaları hakkındaki uluslararası kurallar benzer ifadeler içermemektedir¹²¹². NAFTA fikri mülkiyet kurallarıyla herhangi bir uyumsuzluğun

¹²¹¹ **Grosse Ruse-Khan**, Challenging, s. 271.

¹²¹² **Grosse Ruse-Khan**, Challenging, s. 271.

otomatikman kamulaştırmaya neden olacağı yönündeki Eli Lilly iddiası koruma klotlarına aykırıdır. Bu koruma klotu, kamulaştırmaya karşı korumanın listelenen fikri mülkiyet sınırlamalarına (NAFTA 17. Bölümü ile uyumlu olduğu sürece) uygulanmayacağını açıkça ifade etmektedir¹²¹³.

Kanada'nın önerisi ise, uluslararası fikri mülkiyet kurallarının yatırımcılar tarafından uluslararası yatırım tahkiminde dava edilmesinin yolunu kapatmaktadır. Fikri mülkiyet koruma klotlarının yan etkilerinden kurtulmaya çalışmak, TRIPS veya diğer uluslararası fikri mülkiyet kurallarının, yatırım koruma standartlarının yorumlanmasında yol gösterici rol oynamayacakları anlamına gelmemelidir. Ancak bu klotlar, ev sahibi devletin uluslararası fikri mülkiyet kurallarıyla uyumluluğunun yatırım tahkiminde dava edilebilmesi şeklinde kötüye kullanılmamalıdır. Kanada'nın uluslararası fikri mülkiyet kurallarını kriter olarak belirlemeyen önerisi, koruma klotlarının kötüye kullanılmasının yolunu kapatmaya yöneliktir¹²¹⁴.

CETA Anlaşması'nda AB'nin önerisi geçerli olmuştur. Yine de, Anlaşmanın Yatırım Bölümünün kamulaştırmayı düzenleyen 8.12(6)¹²¹⁵ maddesine ilişkin deklarasyonda şu ifadeye yer verilmiştir: "... yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü hakem heyetleri ... yerel mahkeme kararlarının bir temyiz mekanizması değildir, taraflar, fikri mülkiyet haklarının varlığına veya geçerliliğine karar vermede her bir tarafın yerel mahkemelerinin sorumlu olduğunu hatırlar". Bu deklarasyon, 'yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm hakem heyetlerinin, yerel mahkemelerin kararlarının temyiz mekanizması olmadığını' ve 'fikri mülkiyet haklarının varlığı ve geçerliliğine karar vermede her bir tarafın yerel mahkemelerinin sorumlu olduğunu' açıklığa

¹²¹³ **Grosse Ruse-Khan**, Challenging, s. 271.

¹²¹⁴ **Grosse Ruse-Khan**, Challenging, s. 272.

¹²¹⁵ Bkz. CETA art. 8.12(6).

kavuşturmuştur¹²¹⁶. Ayrıca, “her bir taraf, bu Anlaşmanın fikri mülkiyetle ilgili hükümlerinin uygulanması için uygun metodu belirlemede, kendi hukuk sistemleri ve uygulamaları kapsamında serbest olacaktır”¹²¹⁷. Bu ifade biçimi, fikri mülkiyet haklarının verilmesi ve kaldırılması üzerindeki devlet yetkisinin uluslararası yatırım tahkiminden etkilenmemesini hedeflemektedir. Bu nedenle olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir. Fakat, bir fikri mülkiyet hakkının varlığı veya geçerliliği ile ilgili ulusal mahkeme kararlarının uluslararası yatırım tahkimine konu edilmesinin bu ifade ile önlenemeyeceği öne sürülmüştür¹²¹⁸. Yine de CETA Anlaşması’ndaki koruma klostlarına ilişkin düzenlemelerin, devlet egemenliği ve TRIPS esneklikleri hakkındaki endişeleri gidermeye yönelik önemli adımlar olduğunu vurgulamakta fayda vardır.

Hindistan da koruma klostlarının farklı bir şeklini önermiştir. Model Yatırım Anlaşması taslağının 2. maddesinde şu düzenlemeye yer verilmiştir: Bu anlaşma ‘... fikri mülkiyetle ilgili zorunlu lisansların çıkarılması, fikri mülkiyet haklarının kaldırılması, sınırlandırılması veya yaratılmasına, bu çıkarma, kaldırma, sınırlama veya yaratma ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olduğu sürece’ uygulanmayacaktır¹²¹⁹. Bu ifade tarzı, fikri mülkiyetle ilgili her türlü mesele hakkındaki kararı iç hukuka

¹²¹⁶ Bkz. Text of the Comprehensive Economic and Trade Agreement – Annex 8 (Annex 8-D Joint Declaration Concerning Article 8.12.6) <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/08-A.aspx?lang=eng> (erişim tarihi: 27.08.2021).

¹²¹⁷ Bkz. Text of the Comprehensive Economic and Trade Agreement – Annex 8 (Annex 8-D Joint Declaration Concerning Article 8.12.6).

¹²¹⁸ **Grosse Ruse-Khan**, Challenging, s. 272.

¹²¹⁹ **Grosse Ruse-Khan**, Challenging, s. 272.

bırakmaya yönelik iyi niyetli bir adım olarak görünse de, daha büyük bir probleme de neden olabilir. Bu klozun yalın haliyle okunuşu, bir iç hukuk kuralının ihlalinin yatırım tahkiminde dava edilebilmesine davetiye çıkarabilir. Böyle bir klozu içeren uluslararası yatırım anlaşmasını uygulayan hakem heyeti, demokratik bir meşruiyeti olmaksızın, ulusal mahkeme kararlarının iç hukuka uygunluğunu denetleyen bir nevi temyiz mercii haline gelebilir. Böyle bir kloz, hakem heyetlerine fikri mülkiyetle ilgili kurumlar ve mahkemeler tarafından iç hukukun uygulanmasını denetleme yetkisi ve iç hukuk kurallarının yorumlanmasında son sözü söyleme yetkisi verebilir¹²²⁰.

Nihayetinde koruma klozları, TRIPS Anlaşması veya diğer uluslararası fikri mülkiyet normlarıyla uygunluğun hakem heyetince değerlendirilmesini gerektirmektedir. Burada önemli bir soru, koruma klozlarında öngörülen uygunluk analizinin mi yoksa kamulaştırma analizinin mi önce çözülmesi gerektiği ile ilgilidir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, koruma klozlarında öngörülen uygunluk analizi, ihtiyaç halinde, kamulaştırma analizinden önce bir ön değerlendirme şeklinde yapılmalıdır. Diğer bir anlatımla, TRIPS Anlaşması veya diğer uluslararası fikri mülkiyet anlaşmalarıyla uygunluğu düzenleyen koruma klozları, ilgili kamulaştırma standardının uygulanmasında bir ‘kapı açıcı’ görevi görmelidir. Bu hükümler, fikri mülkiyet normunun yalnızca bir ön değerlendirmesini gerektirmelidir. Bu nedenle, yatırım hakem heyeti böyle bir değerlendirme yaptığında, uluslararası fikri mülkiyet anlaşmasındaki normun ihlal edildiği yönünde esasa ilişkin karar vermeye kadar gitmeksizin, hassas bir denge gözetmelidir. Zira uluslararası yatırım anlaşması standartları ile uluslararası fikri mülkiyet hukuku standartları birbirinden farklıdır¹²²¹.

¹²²⁰ **Grosse Ruse-Khan**, Challenging, s. 273.

¹²²¹ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 459-62; yatırım hakem heyetinin DTÖ standartlarına atıfta bulunarak esaslı bir karar vermesi gerektiği, TRIPS

Fikri mülkiyete ilişkin birtakım tasarrufları kamulaştırma dışında tutan koruma klotları ve bu klotların olumsuz etkilerini azaltmaya yönelik getirilen düzenlemeler, devletlerin, fikri mülkiyet haklarının yatırım tahkimine konu olmasının yarattığı sorunların farkında oldukları ve alternatifler aradıklarını göstermektedir. Ev sahibi devletin iç düzenlemelerinin, uluslararası fikri mülkiyet kuralları ile uyumluluğunun yatırımcılar tarafından dava edilebilmesi, sorunun temelini oluşturmaktadır. Sorunun çözümü ise bu yolun kapatılmasından geçmektedir. Ancak bu durum, uluslararası fikri mülkiyet kurallarının, fikri mülkiyet yatırım uyumsuzluklarında uygun bir rol oynamayacağı anlamına gelmemelidir¹²²².

TRIPS Anlaşması'nın 7. maddesi uyarınca, “fikri mülkiyet haklarının korunması ve uygulamaya konulması teknolojik yeniliklerin ilerlemesine ve teknolojinin transferi ve yayılmasına, teknolojik bilgilerin üreticilerinin ve kullanıcıların karşılıklı çıkarlarına katkıda bulunmalı, sosyal ve ekonomik refaha, keza hak ve yükümlülükler dengesine yardımcı olmalıdır”.¹²²³ Benzer şekilde TRIPS Anlaşması'nın 8. maddesi gereğince, “ülkeler, yasa ve yönetmeliklerini formüle eder veya değiştirirken, halk sağlığı ve beslenmesini korumak ve sosyo ekonomik ve teknolojik gelişmeleri açısından hayati önem taşıyan sektörlerle halkın ilgisini arttırmak için gerekli önlemleri, söz konusu önlemler bu Anlaşma hükümlerine uygun olmak kaydıyla alırlar”.¹²²⁴

TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığı Hakkında Doha Bildirisi de kamu sağlığı önlemlerinin alınmasıyla ilgili devletlerin düzenleme yapma yetkilerini pekiştirmiştir.

Anlaşması'na yapılan atfın yalnızca yetkiye ilişkin bir eşik olarak görülemeyeceği yönünde bkz. **Gibson**, *Latent Grounds*, s. 461.

¹²²² **Grosse Ruse-Khan**, *Challenging*, s. 273.

¹²²³ TRIPS Anlaşması, m. 7.

¹²²⁴ TRIPS Anlaşması, m. 8.

Doha Bildirisi, üye devletlerin kamu sağlığını koruma ve TRIPS esnekliklerinden yararlanma hakkını tanımaktadır¹²²⁵.

Bu hükümler istisnai hükümler olmayıp fikri mülkiyet yönetiminde temel prensipler olarak kabul edilmiştir ve Anlaşmanın yorumlanmasında da dikkate alınmalıdır. TRIPS Anlaşması'na atıf yapan uluslararası yatırım anlaşmalarının yorumlanmasında ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde TRIPS Anlaşması'nın 'hedefler' ve 'ilkeler' başlıklı 7. ve 8. maddeleri ile Doha Bildirisi gözetilmelidir¹²²⁶.

Türkiye'nin taraf olduğu eski tarihli yatırım anlaşmalarında kamulaştırmaya istisna teşkil edebilecek düzenlemelere yer verilmediği anlaşılmaktadır. Yakın tarihli bazı anlaşmalarda ise kamulaştırmanın istisnası düzenlenmiştir. Bu itibarla örneğin, 31 Ocak 2020 tarih ve 31025 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkiye ile Özbekistan arasındaki yatırım anlaşmasının 6. maddesi uyarınca; "Yatırımlar, kamu yararı gözetilerek, ayrımcı olmayacak biçimde; anında, yeterli ve etkin tazminat ödenerek, hukuki usule uygun olarak ve işbu Anlaşmanın 3. Maddesinde belirtilen genel muamele prensiplerine göre yapılanlar hariç olmak üzere kamulaştırılmaz, devletleştirilemez veya doğrudan ya da dolaylı olarak benzer etkisi olan tedbirlere (bundan sonra kamulaştırma olarak anılacaktır) maruz bırakılamaz.

¹²²⁵ DTÖ- Bakanlar Konferansı, TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığı Hakkında Bildiri, 20 Kasım 2001 (WTO-Ministerial Conference, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health) https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹²²⁶ **Vadi**, New Forms, s. 194; **Oke**, Interface, s. 98-99.

2. Sağlık, güvenlik ve çevre gibi halkın refahını ilgilendiren meşru hedeflerin korunması amacıyla düzenlenen ve uygulanan ayrımcı olmayan yasal önlemler, dolaylı kamulaştırma teşkil etmez”¹²²⁷.

Kamulaştırmanın istisnasını öngören 6(2) maddesinin, yatırım iddialarının, kamu refahına ilişkin devletin düzenleme yapma yetkisi üzerindeki etkisini hafifletmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin, yatırım tahkiminin olumsuz etkilerini bertaraf etmeye yönelik olumlu bir gelişme olduğu kanaatindeyiz. Ancak bu Anlaşma, dünyadaki güncel yatırım anlaşmalarında fikri mülkiyet haklarına istisna getiren terminolojiden yoksundur. Kanımızca, fikri mülkiyet düzenlemelerine ilişkin taraf devletlere yeterli serbesti sağlamak amacıyla, ülkemizin taraf olduğu yatırım anlaşmalarına da güncel gelişmelere uygun şekilde hüküm eklenmesi yerinde bir tercih olacaktır.

Ülkemizin taraf olduğu yatırım anlaşmalarında CETA Anlaşması’nda benimsenen terminolojiden uygun düştüğü ölçüde faydalanılabileceği düşünülmektedir. Bu bağlamda, “TRIPS Anlaşması ile uyumlu fikri mülkiyet hakları ile ilgili zorunlu lisans çıkarılmasında veya fikri mülkiyet haklarının kaldırılması, sınırlandırılması veya yaratılmasında, bu kaldırma, sınırlandırma veya yaratılma TRIPS Anlaşması ile uyumlu

¹²²⁷ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Özbekistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5847/download> (erişim tarihi: 27.08.2021); Benzer yönde bkz. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma m. 6. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/07/20150712-3-1.pdf> (erişim tarihi: 06.02.2021).

olduğu takdirde bu madde (kamulaştırma) uygulanmaz. Bu önlemlerin TRIPS Anlaşması ile uyumsuzluğuna karar verilmesi de kamulaştırma teşkil etmez.” şeklinde bir hüküm eklenmek suretiyle fikri mülkiyet düzenlemeleriyle ilgili taraf devletlere serbesti sağlanabileceği değerlendirilebilir. Bu kez de koruma klozlarının neden olabileceği muhtemel sıkıntıları hafifletmek adına daha açık ifadelere yer verilmesi düşünülebilir. Bu bağlamda özellikle, CETA Anlaşması’na eklenen deklarasyondan esinlenilerek, “... yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü hakem heyetleri ... yerel mahkeme kararlarının bir temyiz mekanizması değildir, taraflar, fikri mülkiyet haklarının varlığına veya geçerliliğine karar vermede her bir tarafın yerel mahkemelerinin sorumlu olduğunu hatırlar... her bir taraf, bu Anlaşmanın fikri mülkiyetle ilgili hükümlerinin uygulanması için uygun metodu belirlemede, kendi hukuk sistemleri ve uygulamaları kapsamında serbest olacaktır” şeklindeki düzenlemelere ülkemizin de taraf olduğu yatırım anlaşmalarında yer verilmesinin, fikri mülkiyet yatırım iddialarından kaynaklanabilecek endişeleri bertaraf etmeye yardımcı olabileceğini değerlendirmekteyiz.

II. DEVLETİN KAMU YARARI İLE İLGİLİ DÜZENLEME YAPMA YETKİSİNİN TANINMASI

Fikri mülkiyet haklarının yatırım tahkimine konu olmasının yarattığı sorunların çözümü için alternatif bir yol, yatırımcının hakları ile kamu yararı arasında denge kurulmasıdır.

Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) 20. maddesi uyarınca, devletlerin insan, hayvan veya bitki hayatının veya sağlığının korunması için gerekli ya

da doğal kaynakların korunması ile ilgili düzenlemeler getirme hakkı bulunmaktadır¹²²⁸. Yatırım anlaşmalarında da buna benzer hükümlere yer verilmek suretiyle, devletin bu konularda düzenleme yapma yetkisi güvence altına alınabilir. Böyle bir hüküm, yatırımcının devletlere karşı yatırım anlaşmalarının ihlal edildiği iddiasıyla yatırım tahkiminde dava açmalarına engel olmaz ancak, devletlerin kamu yararı ile ilgili düzenleme yapma yetkisine ek bir güvence getirebilir. Bu durumda hakem heyeti önüne gelen uyuşmazlıkta, düzenlemenin meşruluğuna karar verirken bu hükmü de göz önüne alacaktır¹²²⁹.

Bazı yazar ve eleştirmenler bu yaklaşımı eleştirmektedirler. Özellikle DTÖ Anlaşmasına açıkça gönderme yapılmasının sorun yaratabileceği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, ikili yatırım anlaşmasına istinaden kurulan hakem heyetinden TRIPS Anlaşması'nı yorumlamasını istemek tehlikelidir. Zira bu durum, bir rejim altında kurulan hakem heyetini, başka bir rejim altında kurulan bir anlaşmayı yorumlamaya zorlamak anlamına gelir ki, hakemler DTÖ hukukunda uzman olmayabilir¹²³⁰. Yine de, bir hakem heyeti, DTÖ Anlaşmasının spesifik bir hükmünü yorumlamaksızın, farklı hukuk alanlarının genel ilkelerini gözetebilir. Bu nedenle, dava konusu düzenleme, kamu yararının korunması gibi genel ilkeler ışığında değerlendirmeye tutulabilir¹²³¹.

Philip Morris v Uruguay davasında hakem heyeti, yatırımcının hakları ile Uruguay'ın düzenleme yapma konusundaki egemenlik yetkisi arasında denge kurmaya

¹²²⁸ Bkz. GATT Article XX General Exceptions, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art20_e.pdf (erişim tarihi: 27.08.2021).

¹²²⁹ **Ducimetiere**, s. 277.

¹²³⁰ **Mercurio**, *Awakening*, s. 899-900.

¹²³¹ **Ducimetiere**, s. 277.

çalışmıştır. Hakem heyeti, dava konusu tasarrufların kamulaştırma teşkil edip etmediğini değerlendirirken iddiaya konu düzenlemelerin Uruguay tarafından kabul edilmesinin, devletin düzenleme yapma yetkisinin geçerli bir uygulaması olduğunu benimsemiştir¹²³². Hakem heyeti ayrıca, kamu sağlığının korunmasının, devletin düzenleme yapma yetkisinin uzun zamandır kabul edilen temel bir tezahürü olduğunu belirtmiştir¹²³³. Bir tasarrufun dolaylı kamulaştırma oluşturmaması için iyi niyetle yapılması, kamu yararını korumak amacıyla yapılması, ayrımcı olmaması ve orantılı olması gerektiği ifade edilmiştir¹²³⁴. Dava konusu tasarrufların keyfi ve gereksiz olmadığı fakat potansiyel olarak kamu sağlığının korunmasının etkili yollarından olduğuna karar verilmiştir¹²³⁵.

Anlaşma metinlerinde terimlerin tanımlarına netlik kazandırılması yararlı ise de, bu durumun tek başına bir çözüm sunması mümkün görünmemektedir. Nihayetinde, kamulaştırma ve adil ve eşit muamele iddialarının kapsamının belirlenmesine ilişkin

¹²³² Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para 287.

¹²³³ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para 291.

¹²³⁴ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para 305.

¹²³⁵ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para 306.

girişimler de hakemlerin yorumuna açıktır. Bu nedenle ekstra yorum metotlarından yararlanılması, yatırımcının hakları ile diğer normlar arasındaki dengeyi geliştirilmesine katkı sağlayabilir. Birbiriyle rekabet eden normların anlaşmada nasıl şekillendiği, denge sağlamada yeterli olup olmadıkları yönünden oldukça önemlidir. Örneğin Uruguay, ikili yatırım anlaşmasının koruyucu bir dili olduğunu düşünmesine rağmen¹²³⁶, hakem heyeti aksi şekilde değerlendirmiştir¹²³⁷. TPP Anlaşması'nda ABD, açık bir dille hükümetlere yeterli takdir hakkı tanındığını savunmuş ise de¹²³⁸, kimi yazarlar bu dilin yeterli olmadığını zira devletlerin yalnızca yatırım hükümleriyle uyumlu bir biçimde düzenleme yapmalarına izin verildiğini ifade etmişlerdir¹²³⁹.

¹²³⁶ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, (02.07.2013) para. 151-52 (davalı Uruguay, iki taraflı yatırım anlaşmasının uygulanamaz olduğunu çünkü 2(1). madde uyarınca taraflar “kamu sağlığı nedeniyle ekonomik faaliyetlere izin vermeme haklarını tanıdıklarında”, özellikle kamu sağlığının Anayasada tanınmış bir hak olduğu düşünüldüğünde, kamu sağlığı tasarruflarının dışlanması gerektiğini iddia etmiştir).

¹²³⁷ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, (02.07.2013) para. 171 (hakem heyeti, Uruguay'ın, iki taraflı yatırım anlaşmasının kamu sağlığı tasarruflarını anlaşma kapsamından dışladığına ilişkin iddiasını reddetmiştir).

¹²³⁸ Trans-Pacific Partnership Agreement, art. 9.15.

¹²³⁹ **Lise Johnson, Lisa E Sachs**, “The TPP’s Investment Chapter: Entrenching, Rather Than Reforming, a Flawed System”, Columbia Center On Sustainable Investment Staff Publications,

Taraflar, kamulaştırma ile adil ve eşit muamele iddialarını daraltmak amacıyla anlaşma metinlerine kamu yararına ilişkin hükümler ekleyebilirler. Örneğin, Kanada ve AB arasında imzalanan CETA Anlaşması uyarınca “taraflar, kamu sağlığının korunması gibi meşru kamusal hedefleri başarmak için kendi ülkelerinde düzenleme yapma haklarını tasdik ederler”¹²⁴⁰. Dahası bu anlaşma, bir yatırımı etkileyebilecek kanun değişikliklerinin bir yükümlülüğün ihlali anlamına gelmeyeceğini hüküm altına almıştır¹²⁴¹. Ancak tarafların kendi ülkelerinde düzenleme yapma haklarını koruma altına alan hüküm dahi, bir düzenlemenin ne zaman kamu sağlığı ile ilgili olacağını tahkim kararına bırakmaktadır. Tütün ürünlerine ilişkin düzenlemelerin kamu sağlığının korunması ile ilgili olduğu açıktır. Fakat düşük fiyatlı ilaçlara erişimi geliştirmek için patent hukukunda değişiklik yapılması hakem heyetlerince bu kapsamda değerlendirilmeyebilir¹²⁴². Kamu sağlığının korunmasına ilişkin böyle bir hükmün nasıl yorumlanacağı anlaşmadaki diğer hükümlere ve hakem heyetlerinin oluşumuna bağlıdır. Dolayısıyla, kamu yararının korunmasına ilişkin ifadelere anlaşmanın diğer hükümlerinde de yer verilmesi ve devletlerin hakem seçiminde özenli hareket etmeleri oldukça önemlidir¹²⁴³.

Hakem heyetleri, fikri mülkiyet sisteminin inovasyon ve refahı hedefleyen standartlarını bütüncül bir yaklaşımla değerlendirmeye almalıdır. Bu suretle, hak sahiplerinin, kullanıcıların ve kamunun birbirleriyle yarışan çıkarları arasındaki dengeyi

https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment_staffpubs/169 (erişim

tarihi: 31.08.2021).

¹²⁴⁰ CETA, art. 8.9 (1).

¹²⁴¹ CETA, art. 8.9 (2).

¹²⁴² **Gathii, Ho**, s. 495.

¹²⁴³ **Gathii, Ho**, s. 495.

gözütecek kararlar verilmesi mümkün hale gelecektir¹²⁴⁴. Bu itibarla, özellikle kamu sağığı gibi hassas konularda hakem heyetinin, takdir marjı, orantılılık, kamu gücü doktrini gibi analizlerden yararlanmak suretiyle dengeli bir yaklaşım benimsemesi mümkündür¹²⁴⁵.

Hakem heyeti önüne gelen uyuşmazlıkta, uluslararası yatırım tahkiminin olumsuz etkilerini azaltmak amacıyla her iki tarafın da iddialarını değerlendirek daha geniş bir uluslararası hukuk perspektifi ile düşünceli ve dengeli bir yaklaşım gözetmelidir. Hakem heyetlerinin devletlerin uygulamalarına daha fazla riayet etmeleri ve orantılılığa vurgu yapmaları hakkaniyetli kararlar vermelerinde yardımcı olacak hususlardır¹²⁴⁶.

A. İç Hukuk Uygulamalarına Saygı Gösterilmesi (Deference)

Yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının meşruluğunu geliştirmek ve uluslararası fikri mülkiyet rejimine verilebilecek zararları en aza indirmek için hakem heyetlerinin başvurabilecekleri stratejilerden biri ulusların kararlarına saygı göstermektir. Yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarına getirilen en önemli eleştirilerden biri demokratik herhangi bir unsur bulunmaksızın ulus-üstü karar verici gibi hareket etmeleridir. Özellikle devletin eylem veya işleminde kamu yararı gözetilmiş ve ayrımcı olmayan bir yaklaşım benimsenmişse, bir yatırımcı fikri mülkiyet haklarının kamu yararına üstün geldiğini kanıtlarken daha yüksek bir ispat yükü altında bulunmalıdır¹²⁴⁷.

Ayrıca, hakem heyetleri yalnızca yatırımcının iddiasına değil, bir devletin düzenleme yapma yetkisine de yeterli derecede ağırlık vermelidir. Bu anlamda, fikri

¹²⁴⁴ **Okediji**, Eli Lilly, s. 1138.

¹²⁴⁵ **Gervais**, A Beacon, s. 314.

¹²⁴⁶ **Gathii, Ho**, s. 495.

¹²⁴⁷ **Gathii, Ho**, s. 495-96.

mülkiyet hakları ile bu hakların kamu sağlığı gibi politikalarla çakışması halinde dikkatli bir yaklaşım sergilenmelidir¹²⁴⁸. Philip Morris v Uruguay davasında, Uruguay'ın kamu sağlığını korumak için dava konusu düzenlemeyi kabul etmesinin devletin kamu gücünün (police powers) geçerli bir uygulaması olduğu kabul edilerek kamulaştırma iddiası reddedilmiştir¹²⁴⁹. Hakem heyeti, kamu yararının korunması için getirilen düzenlemenin iyi niyetli olması, ayrımcı olmaması ve orantılı olması halinde dolaylı kamulaştırma oluşturmayacağına karar vermiştir¹²⁵⁰. Benzer şekilde adil ve eşit muamele iddiasını reddederken hakem heyetinin çoğunluğu devletin işlemlerine riayet edilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır¹²⁵¹. Bu anlamda, yatırım davalarında kamu sağlığının korunması gibi ulusal ihtiyaçlara dayanan hükümet işlemlerine büyük bir saygı gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Uruguay'ın dava konusu düzenlemesi doğrudan kamu sağlığının korunmasına yönelik olduğundan, Philip Morris v Uruguay davasının sonucu pek şaşırtıcı değildir¹²⁵².

¹²⁴⁸ **Gathii, Ho**, s. 496.

¹²⁴⁹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 287.

¹²⁵⁰ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 305.

¹²⁵¹ Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 399.

¹²⁵² **Gathii, Ho**, s. 497.

Tütün düzenlemelerine karşı açılan Uruguay davasından farklı olarak Eli Lilly davası, yargı kararlarıyla patentlerin geçersiz kılınmasına ilişkindir. Hakem heyetine göre Kanada'nın vaad doktrini meşru politika hedefleriyle gerekçelendirilmiştir ve vaad doktrininin bu hedefleri gerçekleştirmekte en iyi yol olması da gerekmemektedir¹²⁵³. Her iki davada da, birtakım sıkıntılı değerlendirmeler olmakla birlikte, nihayetinde devletlerin iradelerine saygı gösteren kararlar verilmiştir.

B. Orantılılık Analizi (Proportionality Analysis)

Hakem heyetleri, yabancı yatırımcıların korunması ile yatırım dışı endişeler arasında denge sağlamak amacıyla orantılılık analizine başvurabilir. Orantılılık analizi, farklı ilkeler ile meşru kamu yararı hedefleri arasındaki çelişkileri hafifletmeye yarayan hukuki yorum metodudur. Uluslararası yatırım tahkimi sürecinin meşruiyetinin geliştirilmesi için orantılılık analizinden yararlanılması önerilmektedir¹²⁵⁴. Orantılılık analizi, yarışan çıkarlar arasında daha makul bir denge sağlamayı hedeflemektedir. Devletin eyleminin meşru bir amaca hizmet edip etmediği ve bu amacın gerçekleştirilmesine uygun olup olmadığı; bu eylemin gerekli olup olmadığı; hedeflenen amacın önemi ile tasarrufun etkileri arasında bir denge bulunup bulunmadığı değerlendirilir¹²⁵⁵. Bazı davalarda bu analiz uygulanmıştır¹²⁵⁶.

¹²⁵³ Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), para. 423.

¹²⁵⁴ **Gathii, Ho**, s. 497.

¹²⁵⁵ **Gathii, Ho**, s. 498.

¹²⁵⁶ Ör., Saluka Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (17.03.2006), para. 297; MTD Equity Sdn. Bhd. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, (25.05.2004), <https://www.italaw.com/cases/717> (erişim tarihi:

Orantılılık analizi hem dolaylı kamulaştırma hem de adil ve eşit muamele iddialarında uygulanabilir. Orantılılık analizi, adil ve eşit muamele iddialarında özellikle önem arz etmektedir, zira hakem heyetleri bazen yatırımcının meşru beklentilerinin ihlal edildiği iddiasını fazlasıyla geniş yorumlamaktadır. Bu durum ise yatırımcının meşru beklentileri ile devletin düzenleme yapma hakkı arasında bir dengenin kurulamamasına neden olmaktadır¹²⁵⁷. Bir davada vurgulandığı üzere, “hiçbir yatırımcının, yatırımın yapıldığı zamanki koşulların hiç değişmeksizin kalacağı yönünde meşru bir beklentisi olamaz”¹²⁵⁸. Bu nedenle de yatırımcının beklentilerinin ihlal edildiği iddiası, ev sahibi devletin kamu yararına ilişkin iç meselelerinde düzenleme yapma hakkı ile uyumlu olarak değerlendirilmelidir.

Son dönemlerde imzalanan anlaşmalarda, hakem heyetlerini orantılılık analizi yapmaya yönelten hükümlere yer verilmiştir. Örneğin, bazı anlaşmalarda, dolaylı kamulaştırma ile ilgili olarak hükümet tasarrufunun etkisinin ve niteliğinin değerlendirilmesi gerektiği, özellikle yatırım üzerindeki olumsuz ekonomik etkinin tek başına dolaylı kamulaştırma oluşturmayacağı ifade edilmiştir¹²⁵⁹. Benzer şekilde,

06.02.2021), para. 113; Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003).

¹²⁵⁷ **Gathii, Ho**, s. 498.

¹²⁵⁸ Saluka Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (17.03.2006), para. 305; ayrıca bkz. BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, Final Award, (24.12.2007), <https://www.italaw.com/cases/143>, (erişim tarihi: 06.02.2021), para. 298.

¹²⁵⁹ Bkz. TPP, annex 9-B, para. 3(a)(i), <https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/9-investment.pdf> (erişim tarihi: 27.08.2021); EU, TTIP proposal, annex I, para. 2(a),

“istisnai koşullar dışında, kamu sağlığı, güvenliği ve çevre gibi meşru kamu refahını korumak için planlanan, uygulanan, ayrımcı olmayan düzenleyici işlemlerin dolaylı kamulaştırma oluşturmayacağına” dair hükümler de bazı anlaşmalarda yer almaktadır¹²⁶⁰. Bu şekilde ifadeleri içeren anlaşmaların uygulanmasında dahi orantılılık testine başvurulması gerekli olabilmektedir. Özellikle hükümet işleminin önemi ile bu işlemin yatırım üzerindeki olumsuz etkisi arasında denge sağlayabilmek için orantılılık testine ihtiyaç duyulmaktadır.

Yatırım uyuşmazlıklarında, endişe ve eleştirileri gidermeye yönelik düzenleme ve uygulamalara yer verilse de yatırımcı devlet uyuşmazlık çözüm mekanizması yine de eleştirilere maruz kalmaktadır. Bu anlamda, sistemi reforme etmeye yönelik çeşitli öneriler ileri sürülmektedir.

https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (erişim tarihi: 27.08.2021).

¹²⁶⁰ Bkz. Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement (DR-CAFTA), annex 10-C

http://www.sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR_e/chapter6_12.asp#Article10.7

(erişim tarihi: 27.08.2021); CETA, annex 8-A; TPP, annex 9-B(3)(b),

<https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/9-investment.pdf> (erişim tarihi: 27.08.2021);

EU, TTIP proposal, annex I(3),

https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (erişim tarihi: 27.08.2021).

III. YATIRIMCI-DEVLET UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM MEKANİZMASININ İYİLEŞTİRİLMESİNE YÖNELİK GETİRİLEN ÖNERİLER

A. Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının Yarattığı Endişeler

Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizmasına ilişkin öne sürülen ilk endişeler, bu mekanizmanın yüksek düzeyde tutarsızlık içermesiyle ilgilidir. Bu tutarsızlıklar aynı olayları, ilgili tarafları ve benzer yatırım haklarını içeren davalarda veya farklı tarafları, farklı ticari durumları ve aynı yatırım haklarını içeren davalarda söz konusu olabilmektedir. Yalnızca fikri mülkiyet alanında değil, konusu ne olursa olsun, bütün yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarında daha tutarlı ve öngörülebilir bir tahkim sisteminin varlığı önem arz etmektedir¹²⁶¹.

Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizması davalarında, tutarlılık ve öngörülebilirliğin yokluğu, genellikle üç nedene dayandırılmaktadır. İlk neden, bu mekanizmada bağlayıcı içtihatların bulunmamasıdır¹²⁶².

Dünyanın neresinde olursa olsun, uyuşmazlığın tarafları benzer davalarda tutarlı ve öngörülebilir şekilde karar verilmesini beklemektedir. Örneğin DTÖ’de, uyuşmazlık panelleri ve Temyiz Kurulu (Appellate Body) herhangi bir içtihadı izlemek zorunda değillerse de, kararlarını desteklemek ve gerekçelendirmek için eski davalardan yararlanmaktadırlar¹²⁶³. Temyiz Kurulunun Japonya-Taxes on Alcoholic Beverages davasında¹²⁶⁴ belirttiği gibi, önceki ilgili davalardan yararlanılması, “DTÖ üyeleri

¹²⁶¹ **Peter K Yu**, “Crossfertilizing ISDS with TRIPS”, Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 49, 2017, s. 328.

¹²⁶² **Yu**, Crossfertilizing, s. 328.

¹²⁶³ **Yu**, Crossfertilizing, s. 329.

¹²⁶⁴ Appellate Body Report, Japan-Taxes on Alcoholic Beverages, WTO Docs. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS 11/AB/R (04.10.1996).

arasında meşru beklentiler yaratılmasına yardımcı olabilmektedir”. Benzer şekilde, Sırbistan ve Karadağ tarafından Portekiz’e karşı açılan davada, Uluslararası Adalet Divanı’nın belirttiği üzere, “mahkeme, öngörülebilirliği geliştirmek amacıyla, kendi geçmiş içtihat hukukuyla tutarlılık sağlamalıdır. Tutarlılık, yargısal gerekçenin esasını oluşturmaktadır”¹²⁶⁵.

İkinci neden ise, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm sisteminde bir temyiz mekanizmasının bulunmamasıdır. Cynthia Ho’nun ifade ettiği gibi, “hakem heyetleri sıklıkla önceki kararlara dayanmakta iseler de, geleneksel mahkeme sistemleriyle karşılaştırıldığında hakem heyetleri arasında hiyerarşinin ve bir temyiz sisteminin bulunmaması öngörülmezliğe neden olabilmektedir”¹²⁶⁶. Aynı şekilde, Asif Qureshi’nin belirttiği üzere, “en başarılı yargı sistemlerine bir temyiz süreci eşlik etmektedir”¹²⁶⁷. Gerçekten de TTP Anlaşması’nın¹²⁶⁸ 9.23.11 maddesi, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizması hakem heyetlerince verilen kararları incelemek üzere bir temyiz mekanizmasının geliştirilmesinden söz etmektedir.

Bu sorunun çözümüne ilişkin olarak birtakım kurumsal reformlar ileri sürülmüştür. Örneğin, Rochelle Dreyfuss ve Susy Frankel’in ifade ettiği üzere “DTÖ

¹²⁶⁵ Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Port.), Judgment, 15.12.2004, (joint declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal, and Elaraby), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/111/111-20041215-JUD-01-01-EN.pdf> (erişim tarihi: 31.08.2021).

¹²⁶⁶ **Ho**, Sovereignty, s. 234.

¹²⁶⁷ **Asif H Qureshi**, “An Appellate System in International Investment Arbitration?”, Oxford Handbook of International Investment Law, 2008, s.1154-55.

¹²⁶⁸ Anlaşma metni için bkz. <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf> (erişim tarihi: 27.08.2021).

Temyiz Kurulu kamusal prensipler için ne anlama geliyorsa, tutarlılık ve esasa ilişkin meselelerle ilgilenmek üzere yatırım uyuşmazlıklarında merkezi bir temyiz kurulunun oluşturulması, fikri mülkiyet rasyonelleri için de aynı anlama gelebilir”¹²⁶⁹. Ayrıca, ICSID bünyesinde bir temyiz mekanizması oluşturulması da getirilen öneriler arasındadır¹²⁷⁰.

Eksiklik olarak nitelendirilebilecek bir diğer husus ise, mevcut yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizmasının yeterince şeffaf olmamasıdır¹²⁷¹. Kate Miles’in ifade ettiği gibi, uluslararası yatırım tahkimi davalarında kamuyu ilgilendiren önemli meseleler görülmesine rağmen, dökümanlar kamuya açık olmayıp, yargılama kapalı kapılar ardında yürütülmektedir¹²⁷². Dahası, politikacılar, eleştirmenler ve sivil toplum kuruluşları, yatırım tahkimi duruşmalarında neler yapıldığını ortaya çıkarmakta güçlük çekmektedirler.

¹²⁶⁹ **Dreyfuss, Frankel**, s. 601.

¹²⁷⁰ Bkz. ICSID Secretariat, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration (ICSID Secretariat, Discussion Paper, 2004), <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf> (erişim tarihi: 31.08.2021). ICSID Kurallarında getirilen değişiklik önerileri için ayrıntılı olarak bkz. **İlhan Yılmaz**, “ICSID Kurallarının Gelişimi Ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 19, Sayı. 1, 2020.

¹²⁷¹ **Yu**, Crossfertilizing, s. 331.

¹²⁷² **Miles**, s. 295-96.

WIPO tarafından yönetilen uluslararası fikri mülkiyet anlaşmaları temeline oturtulan uluslararası fikri mülkiyet sisteminde artan uyumsuzluk sorunu, ikinci grup endişe kaynağını oluşturmaktadır¹²⁷³.

Fikri mülkiyet alanında yeni yatırım tartışmalarının gündeme gelmesi ve uluslararası yatırım tahkimi davalarının artması, bu çok taraflı sistemin parçalanmasına neden olmaktadır. Gerçekten de, yükselen bir trend olarak uluslararası fikri mülkiyet uyuşmazlıklarında uluslararası yatırım hukukunun ve yatırım tahkiminin kullanılması, fikri mülkiyet rejiminden yatırım rejimine geçiş yapılmasını gündeme getirmektedir. Bu tür bir değişim, uluslararası fikri mülkiyet hukuku ve politikasının tarihsel içeriğinin etkisinin azalmasına ve bu alanda ihtiyaç duyulan teknik uzmanlığın da devre dışı bırakılmasına neden olabilecektir¹²⁷⁴. Ayrıca, ev sahibi devletlerde fikri mülkiyet ile ilgili düzenlemelere karşı paralel yargılamalara izin verilmesi, çok taraflı fikri mülkiyet sistemini daha az çekici hale getirmekte ve bu sistemin gelişmesine ket vurmaktadır¹²⁷⁵.

İkinci husus, uluslararası yatırım tahkimi kararlarının TRIPS Anlaşması pazarlıklarını bozabileceği ihtimalidir. Gerçekten de, bu kararlar, TRIPS Anlaşması'nı ve diğer çok taraflı fikri mülkiyet anlaşmalarını bir nevi yeniden kaleme almaktadır. Böyle bir yeniden yazma durumu, gelişmekte olan ülkelerin DTÖ müzakerelerinde güçlkle elde ettikleri kazanımları zayıflatacaktır¹²⁷⁶.

Üçüncü olarak, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizması, fikri mülkiyet koruma standartlarını arttırmak suretiyle, iki taraflı, bölgesel ve çok taraflı TRIPS-plus anlaşmalarının geniş çapta belgelenmiş zararlı etkilerini kuvvetlendirebilecektir. Diğer

¹²⁷³ **Yu**, Crossfertilizing, s. 332.

¹²⁷⁴ **Yu**, Crossfertilizing, s. 332-333.

¹²⁷⁵ **Yu**, Crossfertilizing, s. 333.

¹²⁷⁶ **Frankel**, s. 124.

bir değişle, uluslararası yatırım tahkimi sistemi, fikri mülkiyet hak sahiplerinin, TRIPS Anlaşması kapsamına girmeyen korumaları talep etmelerinin yolunu açacaktır. Pek çok ev sahibi devlet, ek fikri mülkiyet yükümlölükleri getiren TRIPS-plus anlaşmalarından kaçınmaktadır. Ancak, yatırımın geniş tanımı, fikri mülkiyet hak sahiplerinin daha yüksek standartlarda fikri mülkiyet koruması talep edebilmeleri için yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizmasından yararlanmalarına imkân sağlayacaktır. Böylece gelişmiş devletler ve çok uluslu şirketler, DTÖ ve WIPO gibi çok taraflı forumların dışında uluslararası fikri mülkiyet kurallarını yeniden biçimlendirmek için daha istekli olabileceklerdir¹²⁷⁷.

Dahası, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizması, TRIPS Anlaşması ve uluslararası fikri mülkiyet sistemine dikkatlice yerleştirilen pek çok sınırlama, esneklik ve güvenlik tedbirini etkisiz hale getirebilecektir. Yatırım tahkimi hakemleri genellikle fikri mülkiyet konularına yabancıdır. Bu anlamda, hakem heyetlerinin, sınırlamaları, esneklikleri ve güvenlik tedbirlerini yeterince dikkate almaksızın fikri mülkiyet korumasına öncelik vermeleri mümkün olabilir¹²⁷⁸.

Üçüncü grup endişenin kaynağı, yatırım tahkimi sisteminin gelişmekte olan devletler yönünden adaletsiz sonuçlar doğurabilmesi ile ilgilidir. Mevcut yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizması, taraflı hakemler barındırdığı iddiasıyla ağır bir şekilde eleştirilmektedir¹²⁷⁹. Örneğin, hakemlerin çalıştığı hukuk firmalarının, yatırım tahkimi davacılarıyla aynı sektörde çalışan müvekkilleri bulunabilir. Bu nedenle hakemler, davacı firmaları koruma eğiliminde olabilirler¹²⁸⁰.

¹²⁷⁷ **Yu**, Crossfertilizing, s. 335-36.

¹²⁷⁸ **Yu**, Crossfertilizing, s. 337-38.

¹²⁷⁹ **Ho**, Sovereignty, s. 234.

¹²⁸⁰ **Yu**, Crossfertilizing, s. 339.

Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizması geliştirmekte olan ev sahibi devletlere karşı kullanıldığında, politikacılar, eleştirmenler ve sivil toplum kuruluşları, bu sürecin çok uluslu şirketlerin yararına ve geliştirmekte olan ev sahibi devletlerin zararına işleyeceği yönünde endişelerini dile getirmişlerdir. Bolivya Başkanı Evo Morales'in ifade ettiği gibi, "Latin Amerika'daki ve sanırım bütün dünyadaki hükümetler, davaları hiçbir zaman kazanamayacaklardır. Daima çokuluslu firmalar kazanacaktır"¹²⁸¹. Uluslararası yatırım tahkiminde davaların büyük çoğunluğunun gelişmiş ülkelerden yatırımcılar tarafından açıldığı nazara alındığında, bu tarz endişeler şaşırtıcı olmamaktadır¹²⁸².

Sonuç olarak, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizmasının fikri mülkiyet alanında kullanılması, esasa ve usule ilişkin pek çok sorunu gündeme getirmiştir. Bu sorunlar; tutarsızlık, uyumsuzluk ve adaletsizlik olmak üzere üç grupta toplanabilmektedir. Eğer ki uluslararası yatırım tahkimi, fikri mülkiyet alanında kullanılmaya devam edecekse, politikacı ve eleştirmenlerin, mevcut uluslararası yatırım mekanizmasının geliştirilmesini sağlayacak yöntemler öne sürmeleri gerekmektedir¹²⁸³.

B. Endişeleri Gidermeye Yönelik Kurumsal İyileştirme Önerileri

Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizmasını geliştirmek için öne sürülen kurumsal gelişmelerden biri, Dünya Ticaret Örgütü Hukuku Danışma Merkezine benzer

¹²⁸¹ **Leslie Mazoch**, "Chavez Takes Cool View Toward OAS, Says Latin America Better Off Without World Bank", Associated Press Int'l, 30.04.2007, <https://www.taiwannews.com.tw/en/news/440439> (erişim tarihi: 31.08.2021).

¹²⁸² **Yu**, Crossfertilizing, s. 340.

¹²⁸³ **Yu**, Crossfertilizing, s. 341.

şekilde Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlıkları Danışma Merkezi kurulması ihtiyacıdır¹²⁸⁴. Cenevre’de kurulan DTÖ Danışma Merkezi az gelişmiş veya gelişmekte olan üye ülkelere ücretsiz danışma, DTÖ hukuku eğitimi ve DTÖ uyuşmazlık çözümü yöntemlerinde yardım sağlamaktadır¹²⁸⁵. Uluslararası veya bölgesel düzeyde bir Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlıkları Danışma Merkezi’nin kurulması kritik bir öneme sahip olabilir. TPP’nin ortakları büyüklük ve ekonomik güç yönünden çeşitlilik arz etmektedir. Örneğin, Peru ve Vietnam, yatırımcı-devlet uyuşmazlıkları ile başa çıkmakta Amerika Birleşik Devletleri ve Japonya ile aynı finansal esnekliğe sahip değildir. Bu az gelişmiş ülkelerin, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizması aracılığı ile başarı elde etmekte, gelişmiş ülkeler ile aynı hukuki kapasiteye sahip olmaları da mümkün görünmemektedir¹²⁸⁶.

Bir diğer kurumsal gelişme, temyiz süreci ihtiyacı ile ilgilidir. Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizmasına getirilen en büyük eleştiri; bağlayıcı içtihatların bulunmaması, hakem heyetlerinin maddeleri geniş yorumlamaları ve temyiz sisteminin bulunmaması nedeniyle birbiriyle tutarsız kararlar verilmesidir. Her ne kadar hakem heyetleri önceki kararlara atıf yapmakta iseler de, geleneksel mahkeme sistemi ile karşılaştırıldığında, hakem heyetleri arasında hiyerarşinin ve bir temyiz sisteminin bulunmaması öngörülmezliğe neden olabilmektedir¹²⁸⁷.

DTÖ ve ulusal hukuk sistemlerinde olduğu gibi, yatırımcı-devlet uyuşmazlıkları için de bir temyiz denetimi getirilebilir. Çok taraflı fikri mülkiyet sisteminde, kamusal

¹²⁸⁴ **Yu**, Conceptual, s. 376-77.

¹²⁸⁵ Bkz. Advisory Centre on WTO Law, <https://www.acwl.ch/> (erişim tarihi: 27.08.2021).

¹²⁸⁶ **Yu**, Conceptual, s. 377.

¹²⁸⁷ **Ho**, Sovereignty, s. 234.

değerlerin dikkatlice kaleme alındığı gözetildiğinde, böyle bir denetim mekanizması, fikri mülkiyet hak sahiplerinin çıkarları ile kamu yararı arasındaki dengenin sağlanmasında önemli bir araç olacaktır¹²⁸⁸.

Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi sürecinin geliştirilmesi bakımından sürekli, bağımsız bir uluslararası yatırım mahkemesinin kurulması ve temyiz sürecinin getirilmesi değerlendirilebilir¹²⁸⁹. Bu bağlamda, Avrupa Komisyonu Ağustos 2016’da daimi çoktarafli bir yatırım mahkemesinin kurulması da dâhil olmak üzere yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm sisteminin reformuna ilişkin muhtemel görüş ve etkileri incelemek üzere bir etki değerlendirme süreci başlatmıştır¹²⁹⁰. Bu yaklaşım, AB ile Vietnam arasındaki anlaşmada yansımaları bulmuştur¹²⁹¹. Ayrıca, AB bu tür önlemleri, ABD ile TTIP müzakerelerinde önermiştir. Yine, CETA Anlaşması’nın

¹²⁸⁸ Okediji, Eli Lilly, s. 1137.

¹²⁸⁹ Gathii, Ho, s. 500.

¹²⁹⁰ European Commission, Commission Staff Working Document Impact Assessment, Multilateral Reform of Investment Dispute Resolution, 2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD:2017:302:FIN> (erişim tarihi: 31.08.2021).

¹²⁹¹ E.U.-Vietnam Free Trade Agreement, E.U.-Viet., 20.01.2016, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437> (erişim tarihi: 31.08.2021); ayrıca bkz. Hannes Lenk, “An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada”, 1 European Papers, 2016, <https://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/investment-court-system-new-generation-eu-trade-and-investment-agreements> (erişim tarihi: 31.08.2021).

imzalanmasından iki yıl sonra sürekli bir yatırım mahkemesi ve temyiz mahkemesini içeren hükümler anlaşmaya dâhil edilmiştir¹²⁹². Buna göre, CETA Ortak Komitesi tarafından yenilenebilir beş yıllık dönem için atanan on beş üyeden oluşan ilk derece mahkemesi oluşturulacaktır¹²⁹³. Her bir dava için gereken üç üye, başkan tarafından belli bir rotasyon sistemine göre atanacaktır¹²⁹⁴. CETA’ya getirilen diğer bir hüküm ise kararları denetleyebilecek bir temyiz mekanizmasının oluşturulmasıdır¹²⁹⁵. CETA ayrıca, çok taraflı bir yatırım mahkemesinin kurulması için diğer ülkelerle birlikte çalışmayı gerektiren bir hüküm içermektedir¹²⁹⁶.

¹²⁹² Ör., CETA, art. 8.27–8.28; ayrıca bkz. European Commission, CETA: EU and Canada Agree on New Approach on Investment in Trade Agreement, 29.02.2016, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1468> (erişim tarihi: 31.08.2021).

¹²⁹³ CETA, art. 8.27.

¹²⁹⁴ CETA, art. 8.27(7); ayrıca bkz. August Reinisch, Lukas Stifter, “CETA’s New Take on ISDS: Toward an International Investment Court”, Centre for International Governance Innovation, 22.06.2016, <https://www.cigionline.org/publications/cetas-new-take-isds-toward-international-investment-court> (erişim tarihi: 31.08.2021).

¹²⁹⁵ CETA, art. 8.28(2).

¹²⁹⁶ CETA, art. 8.29; ayrıca bkz. Council of the European Union, Joint Interpretative Instrument on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) Between Canada and the European Union and Its member States, 27.10.2016, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/en/pdf> (erişim tarihi 31.08.2021); European Commission, the Multilateral Investment Court Project, 21.12.2016, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608> (erişim tarihi: 31.08.2021).

TPP müzakereleri sırasında, katılımcı ülkeler temyiz süreci ihtiyacını değerlendirmişlerdir. TPP Anlaşması'nın 9.23.11 maddesi uyarınca; gelecekte yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümünde hakem heyetlerinin verdiği kararları denetleyen bir temyiz mekanizmasının geliştirilmesi halinde taraflar, madde 9.29 kapsamında verilen kararların bu temyiz mekanizmasına konu olup olmaması gerektiğini değerlendirecektir. Taraflar, benimsemeyi düşündükleri bu tür temyiz mekanizmasının, madde 9.24'teki şeffaflık hükümlerine benzer şekilde davaların şeffaflığını garanti etmeye gayret edeceklerdir¹²⁹⁷.

Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı (TTIP) müzakereleri sırasında Avrupa Komisyonu tarafından, Avrupa Birliği, Amerika Birleşik Devletleri ve üçüncü ülkelerden gelecek üyelerden oluşan Temyiz Mahkemesini içerecek şekilde bir yatırım mahkeme sistemi kurulması yönünde öneride bulunulmuştur¹²⁹⁸. Avrupa Birliğinin,

¹²⁹⁷ **Yu**, Conceptual, s. 379. Trans-Pasifik Ortaklığı Anlaşması (Trans-Pacific Partnership Agreement-TPP) Amerika Birleşik Devletleri de dâhil olmak üzere Pasifik kıyısı bulunan 12 ülke tarafından imzalanmıştır. Anlaşma, 2017 senesinde ABD'nin imzasını çekmesi sebebiyle yürürlüğe girememiştir. Fakat diğer ülkeler daha sonra mevcut anlaşmanın hükümlerinin, birkaç hüküm dışında, yeni anlaşmaya aynen ithal edildiğini belirtmek suretiyle TPP11 olarak da adlandırılan Kapsamlı ve Sürekli Trans-Pasifik Ortaklığı Anlaşmasını (The Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership - CPTPP) imzalamışlardır. Bu anlaşma, 8 Mart 2018 tarihinde imzalanmış, 30 Aralık 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. <https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/cptpp/official-documents> (erişim tarihi: 31.08.2021).

¹²⁹⁸ **Stephan W Schill**, "The European Commission's Proposal of an "Investment Court System" for TTIP: Stepping Stone or Stumbling Block for Multilateralizing

yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizmasına temyiz süreci getirilmesi teklifi, yazar ve eleştirmenler tarafından ileri sürülen, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü mahkemesi kurulması, DTÖ'ye benzer şekilde temyiz süreci geliştirilmesi gibi önerilerle benzerlik göstermektedir¹²⁹⁹.

Temyiz süreci ile ilgili getirilen önerilerden biri de, DTÖ eski panelistlerinin veya DTÖ Temyiz Organı eski üyelerinin temyiz sürecine dâhil edilmesidir¹³⁰⁰. Kurumların kesiştirilmesini hedefleyen bu öneri, hem yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizmasının kalitesini arttırmada hem de DTÖ uyuşmazlık çözüm süreci ile yatırımcı devlet uyuşmazlık çözüm mekanizması arasında uyum sağlamada etkili olabilecektir. Bu uyum ise, uluslararası fikri mülkiyet rejiminin sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlayacaktır¹³⁰¹.

Yatırım uyuşmazlığının etkisinin hafifletilmesi de bir çözüm yöntemi olarak değerlendirilebilir. Yatırım uyuşmazlıkları yalnızca fahiş yargılama giderleri nedeniyle değil, parasal olmayan talepler nedeniyle de devletin egemenliğine tehdit oluşturmaktadır. Örneğin Philip Morris, Uruguay ve Avustralya'daki tütün düzenlemelerinin kaldırılmasını amaçlamıştır. Philip Morris başarısız olmuşsa da, anlaşma metninde açıkça aksi belirtilmedikçe, bu olasılık sonraki yatırım

International Investment Law?", American Society of International Law Insights, 22.04.2016, <https://www.asil.org/insights/volume/20/issue/9/european-commissions-proposal-investment-court-system-ttip-stepping> (erişim tarihi: 15.09.2021).

¹²⁹⁹ **Yu**, Crossfertilizing, s. 341-7; **Dreyfuss, Frankel**, s. 601; **Okediji**, Eli Lilly, s. 1137.

¹³⁰⁰ **Yu**, Crossfertilizing, s. 344-47.

¹³⁰¹ **Yu**, Conceptual, s. 381.

uyuşmazlıklarında söz konusu olabilecektir¹³⁰². Son dönemlerde imzalanan anlaşmalar bu sonucu giderme amacı taşımaktadır. Örneğin CETA, tahkim kararlarının, bir düzenlemenin iptal edilmesi sonucunu doğuramayacağını, şirketlerin yalnızca tazminat elde edebileceklerini, para cezası elde edemeyeceklerini açıkça hükme bağlamıştır¹³⁰³.

Yalnızca bir yatırım iddiasının ileri sürülmesinin dahi devletler üzerinde ciddi soğutucu etki yaratabildiği nazara alındığında, bu yatırım iddialarını azaltacak önlemler de gerekli görülmektedir. Yatırım iddialarını azaltmanın bir yolu kaybeden tarafın yargılama giderlerine mahkûm edilmesi olabilir¹³⁰⁴. Günümüzde, kazanma şansı olmadığı baştan bilinerek açılan davalarda, hakem heyetlerinin yatırımcıları yargılama giderlerine mahkûm etme yetkisi bulunmaktadır¹³⁰⁵. Ancak hakem heyetleri bu yetkiyi kullanmakta isteksiz davranmaktadırlar. Tahkimde tipik olarak taraflar kendi yargılama giderlerine kendileri katlanır. Kimin kazandığına veya kaybettiğine bakılmaksızın yatırımcı-devlet tahkiminin masrafı dava başına dört milyon doların üzerindedir¹³⁰⁶. Bu nedenle, yatırım anlaşmalarına, yatırım tahkimi giderlerinin kaybeden tarafa yükletileceğine dair açık hüküm konulması, lüzumsuz yere açılan yatırım iddialarını azaltabilir.

¹³⁰² **Gathii, Ho**, s. 502-03.

¹³⁰³ CETA, art. 8.39(1), 3–4.

¹³⁰⁴ **Gathii, Ho**, s. 503; Ör., Trans-Pacific Partnership, art. 9.29(3).

¹³⁰⁵ Ör., ICSID Konvansiyonu m. 61(2); United Nations Commission on International Trade Law [UNCITRAL] Arbitration Rules as revised in 2010, 2011, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules-revised-2010-e.pdf> (erişim tarihi: 31.08.2021), art. 42.

¹³⁰⁶ **Gathii, Ho**, s. 504.

Uluslararası yatırım tahkiminde yargılama sürecinin geliştirilmesi de daha dengeli kararlar verilmesini sağlayabilir. Yargılamada şeffaflık ve daha geniş bir katılım sağlanması daha adil ve dengeli bir yargılama süreci yürütülmesine yardımcı olacaktır. Bu anlamda, UNCITRAL şeffaflık kuralları¹³⁰⁷ olumlu bir adımdır ancak bütün belgelerin erişilebilir olması daha iyi sonuçlar doğuracaktır¹³⁰⁸.

Uluslararası yatırım tahkimi ile karşı karşıya gelen devletlerin düşünmesi gereken en önemli meselelerden biri de tahkim heyetlerinin oluşturulmasıdır. Yatırım tahkimi yargılamaları esas itibarıyla kimlerin hakem olarak seçildiğine bağlıdır. Devletler açısından, daha önceki uygulamaları bakımından daha çok devletler lehine karar vermeye yatkın olan hakemlerin seçilmesine özen gösterilmesi, en azından ağırlıklı olarak yatırımcılar lehine karar veren hakemlerin seçilmemesi önem arz etmektedir. Ayrıca fikri mülkiyet meseleleri yönünden DTÖ ve TRIPS konularında uzman hakemlerin seçilmesi de yatırım tahkimi kararlarının, uluslararası fikri mülkiyet normları ile uyumlu olmasına yardımcı olacaktır¹³⁰⁹.

Bazı yazar ve eleştirmenler, fikri mülkiyet yatırımlarının yatırımcı-devlet uyumsuzluk çözüm mekanizmasından hariç tutulması önerisinde bulunmuşlardır¹³¹⁰.

¹³⁰⁷ Bkz. United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, 2014, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rules-on-transparency-e.pdf> (erişim tarihi: 31.08.2021).

¹³⁰⁸ **Gathii, Ho**, s. 504.

¹³⁰⁹ **Gathii, Ho**, s. 505.

¹³¹⁰ **Sean Flynn**, “TPP Carve Out for Tobacco Shows Core Flaws in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)” Infojustice.org, 01.10.2015; **Ho**, Collision, s. 458; **Ho**, Sovereignty, s. 255.

Uluslararası yatırım anlaşmaları, yatırımı genellikle bütün yatırım şekillerini kapsar biçimde geniş tanımlamakta iseler de, belli birtakım yatırım şekillerinin yatırımcı-devlet uyumsuzluk çözüm mekanizmasından hariç tutulması mümkündür. Örneğin, TPP Anlaşmasının 9.3.3 maddesi uyarınca yatırım bölümü, bir taraf tarafından benimsenen veya sürdürülen tasarruflara, Bölüm 11 (Mali Hizmetler) kapsamına girdiği ölçüde uygulanmayacaktır. Mali hizmetler için yaratılan bu istisnaya benzer bir düzenlemenin fikri mülkiyet hakları için de getirilebileceği öne sürülmüştür¹³¹¹.

Fikri mülkiyet hakları için istisna yaratılması mümkün ise de, yatırımcı-devlet uyumsuzluk çözüm mekanizmasının erken sonuca ulaşma açısından yatırımcılar için çekici bir unsur olduğu da unutulmamalıdır. Bu mekanizmaya temyiz süreci gibi süreçler eklenmesi ise uyumsuzluğun çözüme kavuşmasını uzatacaktır. Yatırımcı-devlet uyumsuzluk çözüm mekanizmasına temyiz sürecinin getirilip getirilmeyeceği, yargılamanın etkililiği ve hızı ile adil ve meşru olması arasındaki dengeye bağlıdır. Yatırım tahkimindeki çıkar dengeleri, yatırım tahkiminin çekişmeli yapısı gibi faktörler nazara alındığında, bu mekanizmaya bir temyiz sürecinin getirilmesinin, uluslararası yatırım tahkimini daha adil ve meşru hale getireceği aşikârdır¹³¹².

Gelişmekte olan ülke politikacıları, akademik yazar ve eleştirmenler ile sivil toplum kuruluşları fikri mülkiyet alanında uluslararası yatırım tahkiminin kullanılmasına karşı güçlü bir muhalefet sergilemektedirler. Ancak Avrupa Birliği, Amerika Birleşik Devletleri ve diğer gelişmiş ülkeler, iki taraflı, bölgesel ve çok taraflı ticaret anlaşmalarına yatırım bölümünün dâhil edilmesi için ısrarcı olmaya devam edeceklerdir. Aynı şekilde, Eli Lilly ve Philip Morris, uluslararası yatırım tahkimi yargılaması sonucu başarısız olmuşlarsa da, fikri mülkiyet hak sahiplerinin ev sahibi

¹³¹¹ Yu, Conceptual, s. 382.

¹³¹² Yu, Conceptual, s. 382.

devletlerle uyumsuzluklarının çözümünde uluslararası yatırım tahkimini kullanmaya devam etmeleri şaşırtıcı olmayacaktır. Bu nedenle de, uluslararası yatırım tahkiminin olumsuz yönlerini bertaraf etmeye yönelik reformlar geliştirilmesi önem taşımaktadır¹³¹³.

Uluslararası yatırım tahkimi haklı eleştirilere maruz kalmakta ve birtakım olumsuzluklar barındırmaktadır. Bununla birlikte, bu sistemin hukuk devletinin güçlendirilmesi, hükümetleri ayrımcı ve yolsuz işlemler yürütmekten alıkoyması gibi haklı gayeleri de bulunmaktadır. Bu nedenle, kanımızca da uluslararası yatırım tahkiminin tümüyle kaldırılması yerine, birtakım test ve reformlara tabi tutulması daha uygun bir yaklaşım olacaktır¹³¹⁴.

¹³¹³ **Yu**, Conceptual, s. 383.

¹³¹⁴ **Gervais**, A Beacon, s. 323.

SONUÇ

Yatırımcı-devlet uyumsuzluk çözüm sisteminin öncelikli amacı yatırımı korumak ve geliştirmektir. Fikri mülkiyet rejimi de bir ülkenin modern gereklilikleri ve gelişimi açısından hayati önem taşımaktadır.

Günümüzde gelişmekte olan ülkeler, fikri mülkiyet haklarının sosyo-ekonomik ve kültürel gelişim üzerindeki etkilerinin farkında olarak, DTÖ gibi çok taraflı örgütlerin faaliyetlerine katılmaktadırlar. Diğer taraftan gelişmiş ülkeler ise, daha geniş fikri mülkiyet koruması için alternatif yollar aramaktadırlar. Bu yollardan biri de yatırım anlaşmalarıdır¹³¹⁵. Şirketlerin mal varlığı değerlerinde fikri mülkiyetin önemli bir yeri olması nedeniyle yatırım anlaşmaları fikri mülkiyeti yatırım türü olarak tanımlamışlardır. Anlaşmanın yatırım tanımında fikri mülkiyet terimi yer almasa dahi, bu durum fikri mülkiyetin yatırım olarak korunmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira fikri mülkiyet, maddi olmayan mal varlıkları kapsamında da kabul edilmektedir. Diğer taraftan fikri mülkiyetin yatırım tanımında yer alması da yatırım koruması için yeterli görülmeyebilmektedir. Fikri mülkiyetin yatırım anlaşmaları ile kesişmesi, hukuki ve ekonomik olarak kapsamlı bir analizi gerektirmektedir¹³¹⁶. Özellikle ev sahibi devletin iç hukukunda düzenlenmeyen ancak yatırım anlaşmasında tanınan fikri mülkiyet hakları, tartışmalı bir gri alan yaratmaktadır.

Fikri mülkiyet ve yatırım ilişkisi, üç ayrı disiplini bir araya getiren kompleks bir analizi gerekli kılmaktadır. Fikri mülkiyetin yatırım olarak korunmasında öncelikle yatırım anlaşmalarındaki koruma standartları gündeme gelmektedir. Ancak bu uluslararası standartlar, fikri mülkiyet haklarını yaratamaz. Fikri mülkiyet haklarının varlığı, kapsamı ve sınırları iç hukuk kuralları ile belirlenmektedir. Ayrıca uluslararası

¹³¹⁵ Jozwik, s. 351.

¹³¹⁶ Jozwik, s. 352.

fikri mülkiyet anlaşmaları, iç hukukta uygulanması gereken asgari standartlar öngörmektedir. O halde, uluslararası yatırım hukukunun koruduğu hakların kurulmasında iç hukuk kuralları belirleyici olmaktadır. Uluslararası fikri mülkiyet kuralları da yatırım araçlarının yorumlanmasında rol oynamaktadır¹³¹⁷.

Fikri mülkiyetin korunmasında yatırım standartlarının kullanılması, uluslararası yatırım hukuku ile fikri mülkiyet korumasının doğasından kaynaklı farklılıklar barındırmaktadır. Fikri mülkiyet esas itibariyle özel hukukun konusu iken, yatırım hukuku devlet müdahalelerine karşı koruma sağlamaktadır¹³¹⁸. Hak sahipleri esas itibariyle fikri mülkiyet korumasından yararlanan ürünlerin başkaları tarafından kullanılmasını engellemeye yönelik negatif hakka sahiptirler. Geleneksel anlamda fikri mülkiyet koruması genellikle, ev sahibi devletin müdahalelerini konu almaz. Yine de, ev sahibi devlet tarafından fikri mülkiyet başvurusunun reddedilmesi veya fikri mülkiyet hakkının geçersizliğine karar verilmesi, yatırımcıların gözünden, yatırım anlaşmasının ihlali olarak değerlendirilebilir. Ev sahibi devletin bu tür kararları yatırım tahkimine konu olmaktan bağışık değildir. Ancak unutulmamalıdır ki, bu hakları yaratan ev sahibi devletin iç hukukudur. Yatırım tahkimi yargılaması, ulusal fikri mülkiyet hukukunu denetleyen bir temyiz mercii olarak görülmemelidir¹³¹⁹.

Günümüzde fikri mülkiyet hakları, neredeyse bütün uluslararası yatırım anlaşmalarında yatırım tanımı altında yer almaktadır. Fikri mülkiyetin yatırım olarak kabulü, yatırımcılara yatırımlarını etkileyen devlet tasarruflarını yatırımcı-devlet tahkimi önünde dava edebilme yolunu açmaktadır. Bununla birlikte, bu durumun birtakım olumsuz etkiler doğurması da mümkündür. Birincil endişe, devletin kamusal

¹³¹⁷ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 502.

¹³¹⁸ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 502.

¹³¹⁹ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 503.

önceliklerinin özel kişilerin ellerine bırakılmasıdır. Adil ve eşit muamele standardı ile kamulaştırma, yatırım uyuşmazlıklarında en yaygın olarak başvurulacak koruma standartlarıdır. Bununla birlikte, ‘yatırım’, ‘adil ve eşit muamele’ ve ‘kamulaştırma’ kavramları, öğretide ve tahkim uygulamalarında hayli tartışmalıdır. Bu durum ise, tahkime neden olabileceği endişesi ile devletlerin yeni düzenlemeler getirmekte isteksiz davranmalarına sebep olabilmektedir. Dahası, tahkim yargılamaları kamuya kapalıdır, uyuşmazlık kamu menfaatini ilgilendirse bile şeffaflığı neredeyse yoktur. Hakemlerin uluslararası fikri mülkiyet hukukunda uzman olmak yükümlülükleri de bulunmamaktadır¹³²⁰.

Yatırım tahkiminde, özel hakemler tarafından verilen her bir karar, bir ülke ve dolayısıyla onun vatandaşları üzerinde doğrudan bir etki yaratmaktadır¹³²¹. Dolayısıyla, yatırımcının menfaatleri korunurken kamunun menfaatleri de göz ardı edilmemelidir.

İnovasyonu teşvik etmek, toplumun gelişimi açısından önemli olsa da, kamu menfaati ve fikri mülkiyete geniş koruma sağlanması çatışabilmektedir. Fikri mülkiyet hakları genellikle meşru kamu yararı kapsamında düşünülse de, kamu sağlığının ve güvenliğinin korunması gibi geleneksel kamu yararından farklıdır. Örneğin, patentler yoksullar tarafından satın alınamayacak pahalı ilaçlara neden olurlar. Bu yüzden, tıbbi ürün patentlerinin mutlak biçimde korunması kamu yararı üzerinde olumsuz etki yaratabilir¹³²². Tıbbi ürün patentlerinin kaldırılması bir taraftan pahalı ilaçları almaya gücü yetmeyen tüketicilerin kamu sağlığı açısından olumlu değerlendirilebilir. Diğer taraftan, araştırmaları desteklemek ve ilaçları teşvik etmek uzun dönemde kamu yararı

¹³²⁰ **Günarslan**, s. 27.

¹³²¹ **Günarslan**, s. 27.

¹³²² **Kristen J. Osenga**, “Get the Balance Right!: Squaring Access with Patent Protection”, *Global Business & Development Law Journal*, Vol. 25, 2012, s. 315.

için daha faydalı olabilir. Bu husus oldukça paradoksal bir politika tercihidir. Özel hakemler tarafından oluşturulan tahkim yargılamalarının bu tartışmaları ne şekilde ele alacağı hususu, konuyu daha da sorunlu hale getirmektedir¹³²³. Pandemi sürecinde aşı çalışmalarında hızlıca sonuca ulaşılmasında, bilimsel araştırmaları teşvik eden güçlü fikri mülkiyet korumasının etkisi yadsınamaz. Diğer taraftan, az gelişmiş ülkelerin bu tıbbi ürünlere yeterince erişemedikleri yönünde de yoğun tartışmalar süregelmektedir¹³²⁴. Özellikle içinde bulunduğumuz pandemi süreci, bu konunun tartışmalı boyutunu gün yüzüne çıkarmıştır. Kanımızca, hakem heyetleri bu meselelere hassasiyetle yaklaşmalı, kararların devletler üzerindeki etkilerini düşünmeli ancak kendilerini politika belirleyici konuma yükseltmekten kaçınmalıdırlar.

İki taraflı yatırım anlaşmalarının fikri mülkiyet korumasının kuvvetlendirilmesi için kullanılması, TRIPS Anlaşması'nın esnekliklerine zarar verebilir. Yatırım hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun dinamikleri birbirinden farklıdır. Bu nedenle yatırım anlaşmaları, fikri mülkiyet bakımından TRIPS Anlaşması gibi uluslararası fikri mülkiyet korumasına nazaran daha fazla koruma sağlayacak şekilde yorumlanmamalıdır. Devletler, yatırım anlaşmalarını tasarlarken bu hükümlerin, çok taraflı anlaşmalar üzerindeki etkilerini de dikkate almalıdırlar.

Hakem heyetleri, fikri mülkiyet ile yatırımın kesişmesinin kamu sağlığı ve refahı gibi kamu düzeni konularını ve uluslararası fikri mülkiyet hukukundaki esneklikleri

¹³²³ **Ho**, Sovereignty, s. 268.

¹³²⁴ **Hans Sauer, Burcu Kilic, Lori Wallach, Andrei Iancu, Michael Rosen**, “Confronting Joe Biden’s proposed TRIPS waiver for COVID-19 vaccines and treatments.” American Enterprise Institute, web event, 17.06.2021, <https://www.aei.org/wp-content/uploads/2021/06/210617-Confronting-Joe-Bidens-proposed-TRIPS-waiver.pdf?x91208&x91208> (27.08.2021).

etkileyebileceğini dikkate almalıdır. Bu itibarla, yatırımcının iddiaları değerlendirilirken, ülkesellik ilkesinin göz ardı edilmemesi, esaslı yoksunluk, kamusal amaç ve orantılılık analizlerine yer verilmesi, dengenin sağlanmasında gerekli görülmektedir.

Ayrıca, fikri mülkiyet ve TRIPS Anlaşması alanında ehil hakemlerin seçiminin dengeli kararlar açısından arzu edilir olduğunu ifade etmek gerekir¹³²⁵. Başka bir anlatımla, taraflar, fikri mülkiyet hukuku ve DTÖ hukuku gibi konularda özel uzmanlık sahibi hakemleri seçerek kararların kalitesini güvence altına alabilirler.

Bunların yanı sıra, uluslararası yatırım tahkiminde istikrarın sağlanması ve kamu düzeni ve egemenlik endişelerinin giderilmesi için şeffaflık, temyiz sistemi ve uzman hakemlerin gerekliliği hususlarındaki değişikliklerle yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü sistemin iyileştirilmesi yoluna gidilebilir.

Tarafların kendi menfaatlerini korumak için anlaşma hükümlerini özenle müzakere etmeleri ve tasarımları çokça önem taşımaktadır. Bu anlamda, yabancı yatırımları teşvik etmek üzere müzakere sürecine giren devletlerin, anlaşma pratiğinde güncel uygulamaları takip etmeleri gerekmektedir. Anlaşma metni hazırlama sürecinde müzakereciler, anlaşma hükümlerini, tarafların gerçek iradelerine uygun olarak yorumlanmasını sağlayacak şekilde kaleme almalıdır. Bu itibarla, geçmiş iddialar ve gelecekte çıkabilecek muhtemel uyuşmazlıklar göz önüne alınarak, yatırım tanımı, adil ve eşit muamele ile dolaylı kamulaştırma gibi tartışmalı konuların etrafı dikkatli çizilmeli, muğlak ifadelerden kaçınılmalıdır.

Türkiye'nin taraf olduğu yakın tarihli yatırım anlaşmalarında; malvarlığı, sermaye veya diğer kaynakların taahhüdü, düzenli gelir veya kâr beklentisi, risk üstlenilmesi ve belirli bir süreye sahip olma gibi yatırım niteliklerini öngören yatırım

¹³²⁵ **Gathii, Ho**, s. 505.

tanımının kabul edildiği anlaşılmaktadır. Yatırım tanımına özellikler getiren bu uygulama, dünyadaki güncel yatırım anlaşmalarında benimsenen terminoloji ile benzerlik göstermektedir. Güncel gelişmelere paralellik arz eden bu yaklaşımın yerinde olduğu kanaatindeyiz. Diğer taraftan ülkemizin taraf olduğu yatırım anlaşmalarında, devletin fikri mülkiyetle ilgili ayrımcı olmayan tasarruflarının kamulaştırma iddialarından korunmasına yönelik birtakım hükümlere yer verilmesi gerekli görülmektedir. Kamu düzeni ve ülkesellik ilkesi dikkate alınarak özellikle fikri mülkiyet haklarının verilmesi ve kaldırılması üzerindeki devlet tasarrufları ile zorunlu lisansların kamulaştırma iddiaları dışında tutulmasına yönelik koruyucu hükümlerin öngörülmesi gerektiği kanısındayız. Bu anlamda, güncel anlaşmalardaki terminolojinin takip edilerek yatırım tahkiminin muhtemel olumsuz etkilerinin hafifletilebileceği değerlendirilmektedir.

Fikri mülkiyet yatırım davası ile karşılaşan devletlerin, daha sonraki yatırım anlaşmalarında daha dikkatli ve titiz bir dil tercih ettikleri müşahade edilmektedir. Bildiğimiz kadarıyla, ülkemize karşı açılan herhangi bir fikri mülkiyet yatırım davası bulunmamaktadır. Ancak bu durum fikri mülkiyet yatırım davasıyla karşılaşılmayacağı anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, fikri mülkiyet koruması ve yabancı yatırımın teşviki ile kamunun menfaatlerinin korunması arasında bir denge kurmaya yönelik gelişmelerin izlenmesi gerektiği her türlü izahtan varestedir. Bu itibarla, Türkiye'nin imzalayacağı yatırım anlaşmalarında da kamulaştırmanın istisnasını oluşturan koruma klostlarına dikkatlice yer verilmek suretiyle güncel terminolojinin, uygun düştüğü ölçüde, anlaşmalara yansıtılması gerektiği kanaatindeyiz.

Uluslararası yatırım hukuku dinamik bir yapı olarak göze çarpmaktadır. Yatırımcıların davaların çoğunu kazanamamalarına¹³²⁶ ve tahkimin çok maliyetli olmasına rağmen, uluslararası yatırım tahkimi davalarının sayısı yine de fazladır. Bu durum yatırımcıların uluslararası yatırım tahkimine duydukları gereksinimi göstermektedir. Covid-19 pandemisi ile mücadele eden devletlerin aldığı önlemler ve pandeminin ticari ve sosyo-ekonomik sonuçları daha fazla uluslararası yatırım tahkimi davasına sebep olabilir¹³²⁷. Diğer taraftan pek çok devlet ve sivil toplum örgütü yatırım korumasına karşı çıkmaktadır. Yine de uluslararası yatırım anlaşmaları ve uluslararası yatırım tahkiminin reforme edilmek suretiyle en azından yakın gelecekte varlıklarını koruyacakları anlaşılmaktadır¹³²⁸.

Eli Lilly v Kanada davası ve peşinden Kanada'nın CETA Anlaşması'nda dikkatli bir tutum sergilemesi, uluslararası yatırım tahkimi hakkındaki endişelerin altını çizmektedir. Gelecekteki fikri mülkiyet yatırım davalarının, yalnızca fikri mülkiyetin tipik ihlalini oluşturan müdahaleleri konu alacağı yönünde kesin bir kanaatte bulunmak güçtür. Aynı şekilde, fikri mülkiyet politikalarını şekillendirmek amacıyla açılacak davalarda yatırımcıların başarıya ulaşip ulaşmayacağı konusunda da mutlak bir

¹³²⁶ ICSID önüne getirilen davaların yalnızca üçte biri başarıyla sonuçlanmakta, davaların en az üçte biri esastan veya yargı yetkisi yokluğundan reddedilmektedir. Bkz.

Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 501, dn. 17.

¹³²⁷ Bkz. **Federica Paddeu, Kate Parlett**, "COVID-19 and Investment Treaty Claims"

Kluwer Arbitration Blog, 30.03.2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/> (erişim tarihi: 06.02.2021).

¹³²⁸ **Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan**, s. 502; **Potočnik**, s. 258.

öngörüde bulunmak zordur¹³²⁹. Yatırımcı perspektifinden bakıldığında, bilindiği kadarıyla, Philip Morris, Eli Lilly, Bridgestone gibi yalnızca yüksek profilli firmalar tarafından fikri mülkiyet yatırım davaları açılmıştır. Gelecekte fikri mülkiyet yatırım davalarında hızlı bir artış olup olmayacağını da zaman gösterecektir.



¹³²⁹ Klopschinski, Gibson, Grosse Ruse-Khan, s. 504.

KAYNAKÇA

Abbott, Frederick M, “The Cycle of Action and Reaction: Developments and Trends in Intellectual Property and Health”, *Negotiating Health: Intellectual Property And Access To Medicines*, (P. Roffe, G. Tansey, D. Vivas-Eugui, eds.), 2005, s. 27-40.

Akıncı, Ziya, *Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı*, İstanbul 2016.

Akıntürk, E, Baklacı, P, “İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi: Prof. Dr. Reha Poroy’un Anısına Armağan*, Cilt. 25, Sayı. 4, Aralık 2009, s. 477-532.

Arbek, Ömer, *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

Ateş, Mustafa, *Fikrî Hukukta Eser Sahipliği*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Aydoğmuş, Ayşe Yasemin, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt. 29, 2009, s. 21-84.

Baker, B, Geddes, K, “The Incredible Shrinking Victory: Eli Lilly v. Canada, Success, Judicial Reversal, and Continuing Threats from Pharmaceutical ISDS”, Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 49, 2017, s. 479-513.

Baker, B. K, Geddes, K, “ISDS, Intellectual Property Rights and Public Health”, Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices, (Kavaljit Singh, Burghard Ilge, eds), 2016, s. 189-199. <https://ssrn.com/abstract=2883169> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Barlow, Maude, “CETA Changes Make Investor-State Provisions Worse”, Huffington Post, 02.02.2016, http://www.huffingtonpost.ca/maude-barlow/cetachanges_b_9130538.html (erişim tarihi: 27.08.2021).

Biadgleng, Ermias Tekeste, “IP Rights under Investment Agreements: The TRIPs-plus Implications for Enforcement and Protection of Public Interest”, South Centre, Research Papers No. 8, 2006. <https://ssrn.com/abstract=943013> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Bjorklund, Andrea K, “National Treatment”, Standards of Investment Protection, (Ed. August Reinisch), Oxford University Press, 2008, s. 29-58.

Blackaby, N, Partasides, C, Redfern, A, Hunter, M, Redfern and Hunter on International Arbitration, Sixth Edition, 2015.

Bland, B, Donnan, S, “Indonesia to Terminate More than 60 Bilateral Investment Treaties”, Fin. Times (26.03.2014). <https://www.ft.com/content/3755c1b2-b4e2-11e3-af92-00144feabdc0> (erişim tarihi: 27.08.2021).

Bloom, J, Torreele, E, “Should Patents on Pharmaceuticals Be Extended to Encourage Innovation?”, Wall Street Journal, 23.01.2012. <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052970204542404577156993191655000> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Bockstiegel, Karl-Heinz, “Commercial and Investment Arbitration: How Different Are They Today?”, Arbitration International, Vol. 28, Issue, 4, 2012, s. 577-590.

Bonadio, Enrico, “Plain Packaging of Tobacco Products under EU Intellectual Property Law”, European Intellectual Property Review, 2012, s. 1-15.

Bozgeyik, Hayri, “Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanmamaya Bağlı Sonuçlar”, Prof. Dr. Fırat ztan’a Armağan, Cilt I-II, Ankara 2010, Cilt I, s. 457-479.

Bozkurt Yüksel, A Ebru, Patent Uyuşmazlıklarının zm Yolları Milletlerarası Tahkim ve Devlet Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Canbeldek Akın, Özlem, “Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasında Misilleme Yaptırımı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Pekcanitez’e Armağan, Cilt. 16, Özel Sayı, 2014, s. 1713-1739.

Carter, Zachary D, “Colombia Fears U.S. May Reject Peace Plan to Protect Pharma Profits”, Huffpost, 05.11.2016. https://www.huffpost.com/entry/colombia-gleevec_n_5733d4ece4b077d4d6f224ee (erişim tarihi: 06.02.2021).

Cass, Ronald A, “Compulsory Licensing of Intellectual Property: The Exception that Ate the Rule?”, Washington Legal Foundation Critical Legal Issues: Working Paper Series, No. 150, 2007. <http://www.wlf.org/> (erişim tarihi: 09.03.2021).

Chaisse, J, Nagaraj, P, “Changing Lanes: Intellectual Property Rights, Trade and Investment” Hastings International and Comparative Law Review, Vol. 37, Issue. 2, 2014, s. 223-270.

Choudhury, Barnali, “Evolution or Devolution: Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law”, Journal of World Investment and Trade, Vol. 6, 2005, s. 297-320.

Collins, David, An Introduction to International Investment Law, Cambridge University Press, 2016.

Correa, Carlos M, “Investment Protection in Bilateral and Free Trade Agreements: Implications for the Granting of Compulsory Licenses”, Michigan Journal of International Law, Vol. 26, Issue. 1, 2004, s. 331-354. (Kısaltması: Correa, Investment Protection).

Correa, Carlos, “Intellectual Property as Protected Investment: Redefining the Reach of Investors’ Rights”, Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s. 120-136. (Kısaltması: Correa, Redefining).

Correa, Carlos M, “Bilateral Investment Agreements: Agents of New Global Standards for the Protection of Intellectual Property Rights?”, Grain Reports, 2004. <http://www.grain.org/briefings/?id5186#one> (erişim tarihi: 03.03.2021) (Kısaltması: Correa, Agents).

Correa, C, Viñuales, J. E, “Intellectual Property Rights as Protected Investment: How Open are the Gates?” Journal of International Economic Law, Vol. 19, Issue. 1, 2016, s. 91-120.

Crosbie, E, Thomson, G, “Why Did It Take 53 Months for NZ to Introduce Plain Cigarette Packs?,” Noted, 14.06.2018. <https://www.noted.co.nz/health/health/plain-cigarette-packs-introduction-delayed-in-nz/> (erişim tarihi: 18.03.2021).

Çal, Sedat, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

Çolak, Uğur, Türk Marka Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

Davison, M, Emerton, P, “Rights, Privileges, Legitimate Interests, and Justifiability: Article 20 of TRIPS and Plain Packaging of Tobacco”, American University International Law Review, Vol. 29, Issue. 3, 2014, s. 505-580.

Demirkol, Berk, “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Law”, The Turkish Commercial Law Review, Vol.1, Issue 1, February 2015, s. 40-50.

Desierto, Diane A, “Development as an International Right: Investment in the New Trade-Based IIAs” Trade Law and Development, Vol. 3, Issue. 2, 2011, s. 296-333.

Di Pietro, Domenico, “Enerji Şartı Anlaşması: Genel Değerlendirme”, (Çev. Muzaffer Eroğlu), Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı, (Ed. Nuray Ekşi, Turgut Kalpsüz, Müslüm Yılmaz), Beta, İstanbul 2008, s. 151-163.

Dinev, Plamen, “Regulatory Chill and the TTIP: An Intellectual Property Perspective”, European Intellectual Property Review, Vol. 39, Issue. 6, 2017, s. 344-349.

Dolzer, Rudolf, “Fair and Equitable Treatment: Today's Contours”, 12 Santa Clara Journal of International Law, Vol. 12, 2014, s. 7-33. (Kısaltması: Dolzer, Fair and Equitable).

Dolzer, Rudolf, “Indirect Expropriations: New Developments?”, New York University Environmental Law Journal, Vol. 11, Issue. 1, 2002, s. 64-93. (Kısaltması: Dolzer, Expropriations).

Dolzer, R, Schreuer, C, Principles of International Investment Law, 2nd edn, Oxford University Press, 2012.

Drahos, Peter, “BITs and BIPs: Bilateralism in Intellectual Property”, Journal of World Intellectual Property, Vol. 4, Issue, 6, 2001, s. 791-808.

Dreyfuss, R, Frankel, S, “From Incentive to Commodity to Asset: How International Law is Reconceptualizing Intellectual Property”, Michigan Journal of International Law, Vol. 36, Issue. 4, 2015, s. 557-602.

Ducimetiere, Clara, “Intellectual Property under the Scrutiny of Investor-State Tribunals: Legitimacy and New Challenges”, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, Vol. 9, 2018, s. 266-281.

Dumbery, Patrick, “Protection of Investors' Legitimate Expectations and Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 31, Issue. 1, 2014, s. 47-74.

Feldman, Jamie, “Compulsory Licenses: The Dangers behind the Current Practice” *Journal of International Business and Law*, Vol. 8, Issue. 1, 2009, s. 137-167.

Flynn, Sean, “TPP Carve Out for Tobacco Shows Core Flaws in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)” *Infojustice.org*, 01.10.2015. <http://infojustice.org/archives/35107> (erişim tarihi: 27.08.2021).

Ford, Sara M, “Compulsory Licensing Provisions Under the TRIPs Agreement: Balancing Pills and Patents”, *American University International Law Review*, Vol. 15, Issue. 4, 2000, s. 941-974.

Foss-Solbrekk, Katarina, “Covid-19 Treatments: The Issue of Orphan Drug Status and Patents”, *The IP Kat*, 03.04.2020. <https://ipkitten.blogspot.com/2020/04/guest-post-covid-19-treatments-issue-of.html> (erişim tarihi: 15.09.2021).

Foster, Caroline E, “Respecting Regulatory Measures: Arbitral Method and Reasoning in the Philip Morris v Uruguay Tobacco Plain Packaging Case”, *Review of European Comparative & International Environmental Law*, Vol. 26, 2017, s. 287-297.

Franck, Susan D, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, *Fordham Law Review*, Vol. 73, Issue. 4, 2005, s. 1521-1625.

Frankel, Susy, “Interpreting the Overlap of International Investment and Intellectual Property Law”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 19, 2016, s. 121-144.

Frankel, S, Gervais, D, “Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPS Agreement”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 46, Issue. 5, 2013, s. 1149-1214.

Friel, S, Hattersley, L, Townsend, R, “Trade Policy and Public Health”, *Annual Review of Public Health*, Vol. 36, 2015, s. 4.1-4.20.

Gabriel, V. D. R., Mesquita, A. L, “Repacking Intellectual Property Protection in International Investment Law: Lessons from The Philip Morris v. Uruguay Case” *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 49, Issue. 3, 2018, s. 1117-1142.

Gathii, James Thuo, “Strength in Intellectual Property Protection and Foreign Direct Investment Flows in Least Developed Countries” *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 44, 2016, s. 499-554.

Gathii, J, Ho, C, “Regime Shift of IP Lawmaking and Enforcement from WTO to the International Investment Regime”, Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 18, Issue. 2, 2017, s. 427-515.

Gaukrodger, David, “The Balance Between Investor Protection and the Right to Regulate in Investment Treaties: A Scoping Paper”, OECD Working Papers on International Investment, 2017/02, OECD Publishing, Paris.
<https://doi.org/10.1787/82786801-en> (erişim tarihi: 18.08.2021).

Gervais, Daniel J, “Intellectual Property, Trade and Development: the State of Play,” Fordham Law Review, Vol. 74, 2005, s. 505-535. (Kısaltması: Gervais, State).

Gervais, Daniel, “Intellectual Property: A Beacon for Reform of Investor-State Dispute Settlement”, Michigan Journal of International Law, Vol. 40, Issue. 2, 2019, s. 289-326. (Kısaltması: Gervais, A Beacon).

Gervais, Daniel, “Investor-State Dispute Settlement and Intellectual Property: Lessons From Lilly v. Canada”, Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s. 250-264. (Kısaltması: Gervais, Lessons).

Gibson, Christopher, “A Look at the Compulsory License in Investment Arbitration: The Case of Indirect Expropriation”, American University International Law Review, Vol. 25, Issue. 3, 2010, s. 357-422. (Kısaltması: Gibson, A Look).

Gibson, Christopher, “A Look At The Compulsory License in Investment Arbitration: The Case of Indirect Expropriation”, Transnational Dispute Management, Vol. 2, 2009. (Kısaltması: Gibson, Transnational).

Gibson, Christopher S, “Latent Grounds in Investor-State Arbitration: Do International Investment Agreements Provide New Means to Enforce Intellectual Property Rights?” Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010, 2010, s. 397-476. (Kısaltması: Gibson, Latent Grounds).

Goldman, A, Balasubramaniam, T, “Switzerland Pressures Colombia to Deny Compulsory License on Imatinib”, Knowledge Ecology International, 17.08.2015. <https://www.keionline.org/22864> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Gopakumar, K. M, “Intellectual Property Issues Dominate the USITC Public Hearing on India”, Third World Network 13.02.2014. <https://www.twn.my/title2/health.info/2014/hi140201.htm> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Green, Adam, “South Africa: BITs in Pieces”, Beyondbrics (19.10.2012).
<https://www.ft.com/content/b0eec497-5123-3939-92f7-a5fbc73dd33> (erişim tarihi:
27.08.2021).

Grierson-Weiler, T. J, Laird, I. A, “Standards of Treatment”, The Oxford Handbook of International Investment Law, (Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, eds.), Oxford Handbooks in Law Series, Oxford University Press, Oxford and New York, 2008.

Grosse Ruse-Khan, Henning, “Challenging Compliance with International Intellectual Property Norms in Investor-State Dispute Settlement”, Journal of International Economic Law, Vol. 19, 2016, s. 241-277. (Kısaltması: Grosse Ruse-Khan, Challenging).

Grosse Ruse-Khan, Henning, “Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation” Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL) Working Paper No. 2014-21, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 14-13, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 52/2014, 2014.
<https://ssrn.com/abstract=2463711> (erişim tarihi: 06.02.2021) (Kısaltması: Grosse Ruse-Khan, Litigating).

Grosse Ruse-Khan, Henning, “Protecting Intellectual Property under BITs, FTAs, and TRIPS: Conflicting Regimes or Mutual Coherence?”, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 11-02, s. 485-515. <https://ssrn.com/abstract=1757724> (erişim tarihi: 06.02.2021) (Kısaltması: Conflicting).

Grosse Ruse-Khan, Henning, *The Protection of Intellectual Property in International Law*, Oxford University Press, 2016. (Kısaltması: Grosse Ruse-Khan, Protection).

Grosse Ruse-Khan, Henning, “Access to Covid-19 Treatment and International Intellectual Property Protection—Part I: Patent Protection, Voluntary Access and Compulsory Licensing” *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 15.04.2020. <https://www.ejiltalk.org/access-to-covid19-treatment-and-international-intellectual-property-protection-part-i-patent-protection-voluntary-access-and-compulsory-licensing/> (erişim tarihi: 15.09.2021). (Kısaltması: Grosse Ruse-Khan, Covid-19).

Grosse Ruse-Khan, Henning, “Assessing the Need for a General Public Interest Exception in the TRIPS Agreement”, *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System: Proposals for Reform of TRIPS*, (Ed. Annette Kur), Edward Elgar, 2011, s. 167-207. (Kısaltması: Grosse Ruse-Khan, Assessing).

Grosse Ruse-Khan, Henning, “Protecting Intellectual Property Through Trade and Investment Agreements: Concepts, Norm-Setting and Dispute Settlement”, Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s. 11-47. (Kısaltması: Grosse Ruse-Khan, Protecting).

Gupta, V, Namboodiri, S, “America And The TRIPS Waiver: You Can Talk The Talk, But Will You Walk The Walk?”, Health Affairs Blog, 13.07.2021. <https://www.healthaffairs.org/doi/10.1377/hblog20210712.248782/full/> (erişim tarihi: 27.08.2021).

Günel, H. Yılmaz, “İhkakı Haktan İmtina Halinde Devletin Milletlerarası Mes’uliyeti”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt. 14, Sayı. 1, 1959.

Günarşlan, Banu Fatma, “The Impact of Enforcing Intellectual Property Rights Via Investor-State Arbitration on State Sovereignty”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, City Law School, City, University of London, 2019.

Halpern, Michaela Brett Samuel, “The Great Battle of Intellectual Property versus State Sovereignty: Is Philip Morris v Uruguay a Good Referee? (Part I)” Kluwer Arbitration Blog, 2018. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/29/great-battle-intellectual-property-versus-state-sovereignty-philip-morris-v-uruguay-good-referee-part/> (erişim tarihi: 10.07.2019).

Harb, Jean-Pierre, “Definition of Investments Protected by International Treaties: An On-Going Hot Debate”, *Mealey’s International Arbitration Report*, Vol. 26, Issue. 8, 2011, s. 29-47.

Hartmann, Stephanie, “When Two International Regimes Collide: An Analysis of the Tobacco Plain Packaging Disputes and Why Overlapping Jurisdiction of the WTO and Investment Tribunals Does Not Result in Convergence of Norms”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 21, Issue. 2, 2017, s. 204-245.

Hilty, Reto, et. al. “Covid-19 and the Role of Intellectual Property Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 7 May 2021” Max Planck Institute for Innovation and Competition, 07.05.2021. <https://ssrn.com/abstract=3841549> (erişim tarihi: 27.08.2021).

Hindman, David, “The Effect of Intellectual Property Regimes on Foreign Investments in Developing Economies”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 23, Issue. 2, 2006, s. 467-492.

Hirsh, Ernst, Bern Sözleşmesi, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/638364> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Hirsh, Ernst, *Fikri ve Sınai Haklar*, Ankara Ar Basımevi, Ankara 1948.

Ho, Cynthia M, “Sovereignty under Siege: Corporate Challenges to Domestic Intellectual Property Decisions”, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 30, Issue. 1, 2015, s. 213-304. (Kısaltması: Ho, Sovereignty).

Ho, Cynthia M, “A Collision Course between TRIPS Flexibilities and Investor-State Proceedings” UC Irvine Law Review, Vol. 6, 2016, s. 395-468. (Kısaltması: Ho, Collision).

Ho, Cynthia M, “The Intersection of ISDS and TRIPS Flexibilities”, Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s. 207-217. (Kısaltması: Ho, Intersection).

Ho, Cynthia M, Access to Medicine in the Global Economy: International Agreements on Patents and Related Rights, Oxford University Press, 2011. (Kısaltması: Ho, Access).

Ikenson, Daniel J, “A Compromise to Advance the Trade Agenda: Purge Negotiations of Investor-State Dispute Settlement”, Free Trade Bulletin, Vol. 57, Cato Institute, 04.03.2014. <https://www.cato.org/free-trade-bulletin/compromise-advance-trade-agenda-purge-negotiations-investor-state-dispute> (erişim tarihi: 27.08.2021).

İzmirli, Lale Ayhan, “Uluslararası Yatırım Hukukunda ‘Yatırım’ Kavramı”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 8, Sayı. 2, 2018, s. 89-131.

Johnson, Lise, “New Weaknesses: Despite a Major Win, Arbitration Decisions in 2014 Increase the US 's Future Exposure to Litigation and Liability”, Colombia Center on Sustainable Investment, 2015, s. 1-16. <http://ccsi.columbia.edu/files/2014/03/Brief-on-US-cases-Jan-14.pdf> (erişim tarihi:13.02.2021).

Johnson, L, Sachs, L. E, “The TPP’s Investment Chapter: Entrenching, Rather Than Reforming, a Flawed System”, Columbia Center On Sustainable Investment Staff Publications,2015.https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment_staffpublications/169 (erişim tarihi: 31.08.2021).

Jozwik, Katarzyna, “Investment Regulation and Intellectual Property” Global Trade and Customs Journal, Vol. 6, Issue. 7-8, 2011, s. 351-359.

Kapczynski, Amy, “Harmonization and its Discontents: Case Study of TRIPS Implementation in India's Pharmaceutical Sector”, California Law Review, Vol. 97, 2009, s. 1571-1651.

Kapczynski, A, Kesselheim, A. S, Ezer, T, “Submission to the Department of Trade and Industry on the Intellectual Property Consultative Framework”. <https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/ghjp/documents/submissiondepttradeindustryintellectualproperty.pdf> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Kelsey, Jane, “Regulatory Chill: Learnings from New Zealand's Plain Packaging Tobacco Law”, QUT Law Review, Vol. 17, Issue. 2, 2017, s. 21-45.

Kelsey, J, Wallach, L, ““Investor-State" Disputes in Trade Pacts Threaten Fundamental Principles of National Judicial Systems”, Public Citizen, Nisan 2012.
<https://www.citizen.org/wp-content/uploads/isds-domestic-legal-process-background-brief.pdf> (erişim tarihi: 27.08.2021).

Kılıçoğlu, Ahmet, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

Klopschinski, Simon, “Public Policy Considerations in Intellectual Property-Related International Investment Arbitration”, Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s. 218-249. (Kısaltması: Klopschinski, Public Policy).

Klopschinski, Simon, “German Government Plans Possibilities to Limit Patents In View of Corona Pandemic”, Kluwer Patent Blog, 24.03.2020.
<http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/03/24/german-government-plans-possibilities-to-limit-patents-in-view-of-corona-pandemic/> (erişim tarihi: 15.09.2021) (Kısaltması: Klopschinski, Pandemic).

Klopschinski, Simon, “Update on Patent- Related Measures in Germany in View of Corona Pandemic”, Kluwer Patent Blog, 02.04.2020.
<http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/04/02/update-on-patent-related-measures-in-germany-in-view-of-corona-pandemic/> (erişim tarihi: 15.09.2021) (Kısaltması: Klopschinski, Update).

Klopschinski, S, Gibson, C, Grosse Ruse-Khan, H, The Protection of Intellectual Property Rights Under International Investment Law, Oxford University Press, 2021.

Knahr, Christina, “Indirect Expropriation in Recent Investment Arbitration”, Austrian Review of International and European Law, Vol. 12, Issue. 1, 2010, s. 83-102.

Kriebaum, Ursula, “Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State”, Journal of World Investment and Trade, Vol. 8, Issue. 5, 2007, s. 717-744.

Lavery, Rachel A, “Coverage of Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Empirical Analysis of Definitions in a Sample of Bilateral Investment Treaties and Free Trade Agreements”, Transnational Dispute Management, Vol. 2, 2009.

Lencucha, Raphael, “Philip Morris versus Uruguay: Health Governance Challenged”, The Lancet 2010, Vol. 376, Issue. 9744, s. 852-853. https://www.researchgate.net/publication/46219787_Philip_Morris_versus_Uruguay_Health_governance_challenged (erişim tarihi 23.07.2019).

Lenk, Hannes, “An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada”, 1 European Papers, 2016, s. 665-677. <https://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/investment-court-system-new-generation-eu-trade-and-investment-agreements> (erişim tarihi: 31.08.2021).

Lentner, Gabriel M, “Nomos and Narrative: The Protection of Intellectual Property Rights in International Investment Law” Stanford – Vienna Transatlantic Technology Law Forum, TTLF Working Papers No. 34, 2018, s. 1-40. https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2018/04/lentner_wp34-1.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021).

Liberti, Lahra, “Intellectual Property Rights in International Investment Agreements. An Overview”, OECD Working Papers on International Investment, Vol.1, 2010, s. 1-39. http://www.oecdilibrary.org/finance-and-investment/intellectual-property-rights-in-international-investmentagreements_5kmfqlnjzl35-en (erişim tarihi: 08.02.2021) (Kısaltması: Liberti, OECD).

Liberti, Lahra, “Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Overview,” *Transnational Dispute Management*, Vol. 2, 2009 (Kısaltması: Liberti, Transnational).

Lin, Tsai-Yu, “Compulsory Licenses for Access to Medicines, Expropriation and Investor- State Arbitration Under Bilateral Investment Agreements – Are These Issues Beyond the TRIPS Agreement?”, 40 *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, s. 123-246. <https://ssrn.com/abstract=1676690> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Love, J, Goldman, A. S, “Inside Views: Colombia Asked to Declare Excessive Price for Cancer Drug Contrary to Public Interest, Grounds for Compulsory License”, *Intellectual Property Watch*, 03.12.2015. <https://www.ip-watch.org/2015/12/03/colombia-asked-to-declare-excessive-price-for-cancer-drug-contrary-to-public-interest-grounds-for-compulsory-license/> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Lu, Tian, “China says “No” to the malicious filing of Coronavirus-related trade marks”, *The IP Kat*, 28.03.2020. <https://ipkitten.blogspot.com/2020/03/china-says-no-to-malicious-filing-of.html> (erişim tarihi: 15.09.2021).

Manciaux, Sébastien, “The Notion of Investment: New Controversies”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 9, 2008, s. 443-466.

Mancini, Donato Paolo, “Big drugmakers under pressure to share patents against coronavirus” Financial Times, 31.03.2020. <https://www.ft.com/content/b69afd98-a8af-40d9-b520-4231d9cac68f> (erişim tarihi: 15.09.2021).

Mann, F A, “British Treaties for the Promotion and Protection of Investments”, British Year Book of International Law, Vol. 52, Issue. 1, 1981, s. 241-254.

Marisi, F, Chaisse, J, “Is Intellectual Property Investment: Formation, Evolution, and Transformation of the Intellectual Property Rights - Foreign Direct Investment Normative Relationship” Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 34, Issue. 1, 2019, s. 97-152.

Maybarduk, Peter, “Indonesia Licenses Patents for Seven HIV & Hepatitis B Medicines”, infojustice, 11.10.2012. <https://infojustice.org/archives/27492> (erişim tarihi: 27.08.2021).

Mazoch, Leslie, “Chavez Takes Cool View Toward OAS, Says Latin America Better Off Without World Bank”, Associated Press Int'l, 30.04.2007. <https://www.taiwannews.com.tw/en/news/440439> (erişim tarihi: 31.08.2021).

McDonagh, Luke, “How the secret TTIP Trade Deal Could Enable Companies to Sue Countries’, The Conversation, 12.11.2015. <https://theconversation.com/how-the-secret-ttip-trade-deal-could-enable-companies-to-sue-countries-50543> (erişim tarihi 04.07.2020).

Mendenhall, James, “Fair Treatment of Intellectual Property Rights under Bilateral Investment Treaties”, Transnational Dispute Management, Vol. 2, 2009.

Mercurio, Bryan, “Awakening the Sleeping Giant: Intellectual Property Rights in International Investment Agreements”, Journal of International Economic Law, Vol. 15, Issue. 3, 2012, s. 871-915. (Kısaltması: Mercurio, Awakening).

Mercurio, Bryan, “Safeguarding Public Welfare?-Intellectual Property Rights, Health and the Evolution of Treaty Drafting in International Investment Agreements” Journal of International Dispute Settlement, Vol. 6, 2015, s. 252-276. (Kısaltması: Mercurio, Safeguarding).

Mortenson, Julian Davis, “The Meaning of ‘Investment’: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law”, Harvard International Law Journal, Vol. 51, 2010, s. 257-318.

Meyer, Henry, “Russia Faces \$50 Billion Fight in US., UK. for Yukos Damages”, Bloomberg 24.07.2015. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-07-24/russia-faces-50-billion-fight-in-u-s-u-k-for-yukos-damages> (erişim tarihi: 27.08.2021).

Milano, Enrico, “The Investment Arbitration between Italy and Cuba: The Application of Customary International Law under Scrutiny”, Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 11, Issue. 3, 2012, s. 499-524.

Miles, Kate, “Reconceptualizing International Investment Law: Bringing the Public Interest into Private Business”, International Economic Law and National Autonomy, 2010, s. 295-319.

Mitchell, Andrew, “Australia’s Move to the Plain Packaging of Cigarettes and its WTO Compatibility” Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy, Vol. 5, Issue. 2, 2010, s. 399-419.

Mitchell, A, Sheargold, E, “Protecting the Autonomy of States to Enact Tobacco Control Measures under Trade and Investment Agreements” Tobacco Control, 2014, s. 1-7. <https://ssrn.com/abstract=2510002> (erişim tarihi:19.03.2021).

New, W, Chatterjee, P, “India Releases New Intellectual Property Policy; Reactions Building”, Intellectual Property Watch, 13.05.2016. <http://www.ip-watch.org/2016/05/13/india-releases-new-intellectual-property-policy-reactions-building/> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Newcombe, Andrew, “The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law”, ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, Vol. 20, Issue. 1, 2005, s. 1-57.

Newcombe, A, Paradell, L, “Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment” Chapter 1, Historical Development of Investment Treaty Law, Kluwer Law International, 2009. <https://ssrn.com/abstract=1375600> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Oğuz, Arzu, “Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali”, Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştay Bildiriler Kitabı, (Ed. Hasan Kadir Yılmaztekin, Banu Fatma Günarslan), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2020, s. 197-220.

Oke, Emmanuel K, “Territoriality in Intellectual Property Law: Examining the Tension between Securing Societal Goals and Treating Intellectual Property as an Investment Asset” Scripted, Vol. 15, Issue. 2, 2018, s. 313-348. (Kısaltması: Oke, Territoriality).

Oke, Emmanuel K, The Interface Between Intellectual Property And Investment Law: An Intertextual Analysis, Edward Elgar Publishing, 2021. (Kısaltması: Oke, Interface).

Okediji, Ruth L, “Is Intellectual Property "Investment"? Eli Lilly v. Canada and the International Intellectual Property System”, University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 35, Issue. 4, 2014, s. 1121-1138. (Kısaltması: Okediji, Eli Lilly).

Okediji, Ruth L, “When is Intellectual Property an “Investment”?”, Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s. 94-119. (Kısaltması: Okediji, When).

Osenga, Kristen J, “Get the Balance Right!: Squaring Access with Patent Protection”, Global Business & Development Law Journal, Vol. 25, 2012, s. 309-321.

Owens, W. L., Fitzpatrick, R. A., “Investment Arbitration under NAFTA Chapter 11: A Threat to Sovereignty of Member States”, Canada-United States Law Journal, Vol. 39, 2015, s. 55-67.

Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

Paddeu, F, Parlett, K, “COVID-19 and Investment Treaty Claims” Kluwer Arbitration Blog, 30.03.2020. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Park, C, Prabhala, A, Berger, J, Using Law to Accelerate Treatment Access in South Africa: An Analysis of Patent, Competition and Medicines Law, United Nations Development Programme (UNDP), 2013. www.undp.org (erişim tarihi: 06.02.2021).

Partalçı, Rumeysa, “Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen ‘Adil Ve Eşit Davranma Yüklümlülüğü’ ” Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt. 36, Sayı. 2, İstanbul 2017, s. 131-162.

Paulsson, J, Douglas, Z, “Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations”, Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects” Kluwer Law International 2004, s. 145-158.

Potočník, Metka, Arbitrating Brands International Investment Treaties and Trade Marks, Edward Elgar Publishing, 2019.

Qureshi, Asif H, “An Appellate System in International Investment Arbitration?”, Oxford Handbook of International Investment Law, 2008.

Ranald, Patricia, “Expropriating Public Health Policy: Tobacco Companies’ Use of International Tribunals to Sue Governments Over Public Health Regulation”, Journal of Australian Political Economy, 2014, Vol. 73, s. 76-102.

Ranjan, Prabhash, “Police Powers, Indirect Expropriation in International Investment Law, and Article 31(3)(c) of the VCLT: A Critique of Philip Morris v. Uruguay”, *Asian Journal of International Law*, Vol. 9, 2019, s. 98-124.

Reichman, Jerome H, “The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 32, Issue. 3, 2000, s. 441-470. (Kısaltması: Reichman, TRIPS).

Reichman, Jerome, “Compliance of Canada’s Utility Doctrine with International Minimum Standards of Patent Protection”, Panelist Presentation at ASIL Panel Proceedings, 2014, s. 6-11. http://frederickabbott.com/sites/default/files/ASIL%20-%202014%20-%20FA-SS-JR%20consolidated_1.pdf (erişim tarihi:18.08.2021) (Kısaltması: Reichman, Compliance).

Reichman, J. H, Hasenzahl, C, “Non-Voluntary Licensing of Patented Inventions: Historical Perspective, Legal Framework Under TRIPS, and an Overview of the Practice in Canada and the United States of America” *International Center For Trade & Sustainable Development (ICTSD) and United Nations Conference On Trade & Development (UNCTAD)*, 2003. https://unctad.org/system/files/official-document/ictsd2003ipd5_en.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021).

Reinisch, August, “Putting the Pieces Together ... an EU Model Bit?” *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, 2014, s. 679-704.

Reinisch, A, Stifter, L, “CETA’s New Take on ISDS: Toward an International Investment Court”, Centre for International Governance Innovation, 22.06.2016.
<https://www.cigionline.org/publications/cetas-new-take-isds-toward-international-investment-court> (erişim tarihi: 31.08.2021).

Riesenberg, David P, “Fee Shifting in Investor-State Arbitration: Doctrine and Policy Justifying Application of the English Rule” Duke Law Journal, Vol. 60, 2011, s. 977-1013.

Roffee, Pedro, “Mapping the Nexus Between Intellectual Property, Trade and Investment”, Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s. 63-93.

Roache, S. A., Gostin, L. O, Bianco, E, “Trade, Investment, and Tobacco Philip Morris v Uruguay” JAMA, Vol. 316, Issue. 20, 2016, s. 2085-2086.
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/27893137> (erişim tarihi: 23.07.2019).

Rutledge, Peter B, “TRIPS and BITs : An Essay on Compulsory Licenses, Expropriation, and International Arbitration”, North Carolina Journal of Law & Technology Online, Vol. 13, 2012, s. 149-164.
https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/827 (erişim tarihi: 06.02.2021).

Schefer, Krista N, International Investment Law: Text, Cases and Materials, Edward Elgar Publishing, 2016.

Schill, Stephan W, “The European Commission’s Proposal of an “Investment Court System” for TTIP: Stepping Stone or Stumbling Block for Multilateralizing International Investment Law”, American Society of International Law Insights, 22.04.2016. <https://www.asil.org/insights/volume/20/issue/9/european-commissions-proposal-investment-court-system-ttip-stepping> (erişim tarihi: 15.09.2021).

Schneiderman, David, Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise, Cambridge University Press, 2008.

Schreuer, Christoph H, The ICSID Convention, Cambridge University Press, 2001, reprinted 2005. (Kısaltması: Schreuer, ICSID).

Schreuer, Christoph, “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”, Journal of World Investment & Trade, Vol. 6, Issue. 3, 2005, s. 357-386. <http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/77.pdf> (erişim tarihi: 18.08.2021) (Kısaltması: Schreuer, Fair and Equitable).

Schreuer, Christoph, “The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties”, Transnational Dispute Management, Vol. 5, 2005. (Kısaltması: Schreuer, Expropriation).

Seelig, Marie Louise, “Can Patent Revocation or Invalidation Constitute A Form Of Expropriation?,” *Transnational Dispute Management*, Vol. 2, 2009.

Simões, Fernando Dias, “Charanne and Construction Investments v Spain: Legitimate Expectations and Investments in Renewable Energy”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Vol. 26, Issue. 2, 2017, s. 174-180.

Slater, Tamara L, “Investor-State Arbitration and Domestic Environment Protection” *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 14, 2015, s. 131-154.

Sornarajah, M, *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge University Press, 2010.

Spears, Suzanne A, “The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements”, *Journal of International Economic Law*, 2010, Vol. 13, Issue. 4, s. 1037-1075.

Suluk, C, Karasu, R, Nal, T, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2019.

Taubman, Antony Scott, “Rethinking TRIPS: ‘Adequate Remuneration’ for Non-Voluntary Patent Licensing,” *Journal of International Economic Law*, Vol. 11, Issue. 4, 2008, s. 927-970.

Tekinalp, Ünal, *Fikrî Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Thomas, John R, “Compulsory Licensing of Patented Inventions”, Congressional Research Service Report, 2014. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R43266> (erişim tarihi: 27.08.2021).

Tienhaara, Kyla, *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, Cambridge University Press, 2009. (Kısaltması: Tienhaara, Expropriation).

Tienhaara, Kyla, “Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science”, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011. <https://ssrn.com/abstract=2065706> (erişim tarihi: 06.02.2021) (Kısaltması: Tienhaara, Regulatory Chill).

’t Hoen, Ellen, “Covid-19 and the Comeback of Compulsory Licensing”, *Medicines Law & Policy*, 23.03.2020. <https://medicineslawandpolicy.org/2020/03/covid-19-and-the-come-back-of-compulsory-licensing/> (erişim tarihi: 15.09.2021).

Upreti, Pratyush Nath, “Enforcing IPRs Through Investor-State Dispute Settlement: A Paradigm Shift in Global IP Practice” *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 19, Issue. 1-2, 2016, s. 53-82.

Vadi, Valentina S, “Towards a New Dialectics: Pharmaceutical Patents, Public Health and Foreign Direct Investments” *New York University Journal of Intellectual Property & Entertainment Law*, Vol. 5, Issue. 1, 2015, s. 113-195. (Kısaltması: Vadi, Towards).

Vadi, Valentina S, “Trade Mark Protection, Public Health and International Investment Law: Strains and Paradoxes” *European Journal of International Law*, Vol. 20, Issue. 3, 2009, s. 773-803. (Kısaltması: Vadi, Trade Mark).

Vadi, Valentina, “New Forms of Dialectics between Intellectual Property and Public Health: Pharmaceutical Patent-Related Investment Disputes”, *International Lawyer*, Vol. 49, Issue. 2, 2015, s. 149-198. (Kısaltması: Vadi, New Forms).

Vadi, Valentina S, “Global Health Governance at a Crossroads: Trademark Protection v. Tobacco Control in International Investment Law” *Stanford Journal of International Law*, Vol. 48, Issue. 1, 2012, s. 93-130. (Kısaltması: Vadi, Global Health).

Van Aaken, Anne, “Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection”, University of St. Gallen Law School, Law & Economics Working Paper No. 2008-01, 2008. <https://ssrn.com/abstract=1097529> (erişim tarihi: 19.08.2021).

Van Harten, G, Scott, D. N, “Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada” *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 7, Issue 1, 2016, s. 92-116.

Vanhonnaeker, Lukas, *Intellectual Property Rights As Foreign Direct Investments: From Collision To Collaboration*, Edward Elgar Publishing, 2015.

Vasani, Baiju S, et al., “Treaty Protection for Global Patents: A Response to A Growing Problem for Multinational Pharmaceutical Companies”, Jones Day, 2012. http://www.jonesday.com/treaty_protection/ (erişim tarihi: 27.08.2021).

Verrill, C. O. Jr., “Are WTO Violations also Contrary to the Fair and Equitable Treatment Obligations in Investor Protection Agreements?”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 11, Issue. 2, 2005, s. 287-295.

Vicuña, Francisco Orrego, “Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Right of the State and the Individual under International Law in a Global Society”, *International Law Forum*, Vol. 5, Issue. 3, 2003, s. 188-197.

Voon, T, Mitchell, A, “Implications of WTO Law for Plain Packaging of Tobacco Products”, Public Health and Plain Packaging of Cigarettes: Legal Issues, Edward Elgar, 2012. <https://ssrn.com/abstract=1874593> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Wilkof, Neil, “In the wake of the COVID-19 virus, Israeli Government authorizes use of three patents for maintenance of essential supplies and services”, The IP Kat, 19.03.2020. <https://ipkitten.blogspot.com/2020/03/in-wake-of-covid-19-virus-israeli.html> (erişim tarihi: 15.09.2021).

Wilson, Duff, “Cigarette Giants in Global Fight on Tighter Rules”, New York Times, 13.11.2010. <http://www.nytimes.com/2010/11/14/business/global/14smoke.html> (erişim tarihi: 27.08.2021).

Yannaca-Small, Catherine, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/03. https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf (erişim tarihi: 03.03.2021) s. 1-40.

Yannaca-Small, Katia, “Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”, Standards of Investment Protection, (Ed. August Reinisch), Oxford University Press, 2008, s. 111-130.

Yavuz, L, Alca, T, Merdivan, F, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt I-II, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014.

Yılmaz, İlhan, “ICSID Kurallarının Gelişimi ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 19, Sayı. 1, 2020, s. 455-519. (Kısaltması: Yılmaz, ICSID).

Yılmaz, İlhan, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul 2004. (Kısaltması: Yılmaz, Yatırım).

Yılmaztekin, Hasan Kadir, Yapay Zekânın Eser Sahipliği, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Yu, Peter K, “The Investment-Related Aspects of Intellectual Property Rights”, American University Law Review, Vol. 66, 2017, s. 829-910. (Kısaltması: Yu, Investment-Related).

Yu, Peter K, “Crossfertilizing ISDS with TRIPS”, Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 49, 2017, s. 321-359. (Kısaltması: Yu, Crossfertilizing).

Yu, Peter K, “Conceptual and Institutional Improvements to Investor-State Dispute Settlement”, Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, s. 366-383. (Kısaltması: Yu, Conceptual).

Anlaşmalar

Agreement between the Swiss Federal Council and the Government of the People’s Republic of China on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (27.01.2009), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4811/download> (erişim tarihi: 31.08.2019)

Agreement Between Canada and Mongolia for the Promotion and Protection of Investments (08.09.2016), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5373/download> (erişim tarihi: 06.02.2021)

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Ecuador for the Promotion and Protection of Investments, signed 10 May 1994, entered into force 24 August 1995, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1064/download>, (erişim tarihi: 05.02.2021)

Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Federative Republic of Brazil, signed 25 November 1998, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/510/download> (erişim tarihi: 05.02.2021)

Agreement Between the Government of Australia And the Government of the Republic of India on the Promotion And Protection of Investments, New Delhi, (26.02.1999), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/154/download>, (erişim tarihi: 05.02.2021)

Agreement Between Japan and the United Mexican States for the Strengthening of the Economic Partnership, <https://www.mofa.go.jp/region/latin/mexico/agreement/agreement.pdf> (erişim tarihi: 20.04.2021)

Agreement Between the Government of the Republic of Ghana and the Government of the Republic of Benin for the Promotion and Protection of Investments, (18.05.2001), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/442/download> (erişim tarihi: 06.02.2021)

Agreement Between the Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia on Investment Cooperation and Facilitation, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5717/download> (erişim tarihi: 13.02.2021)

Agreement between the Republic of Austria and Malaysia for the Promotion and Protection of Investments, 12.04.1985,
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/201/download> (erişim tarihi: 06.02.2021)

Agreement Between the Government of Mongolia and the Government of the Republic of Singapore on the Protection and Promotion of Investments, 24.07.1995,
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2024/download> (erişim tarihi: 06.02.2021)

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Malaysia for the Promotion and Protection of Investments, 21.05.1981, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1972/download> (erişim tarihi: 06.02.2021)

Agreement Between The Republic of Rwanda and the United Arab Emirates on The Promotion and Reciprocal Protection of Investments,
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5722/download> (erişim tarihi: 14.02.2021)

Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investment, signed 5 November 1991, entered into force 29 April 1993, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/77/download> (erişim tarihi: 07.02.2021)

Agreement Between the Government of Hong Kong and the Government of Australia for the Promotion and Protection of Investment, Sep. 15, 1993, 1748 U.N.T.S. 385 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/152/download> (erişim tarihi: 08.02.2021)

Agreement between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Israel for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, signed 26 November 2003, entered into force 22 March 2004, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1167/download> (erişim tarihi: 08.02.2021)

Agreement between Barbados and the Federal Republic of Germany, signed 2 December 1994, entered into force 11 May 2002, <http://www.italaw.com/> (erişim tarihi: 28.02.2021)

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Albania for the Promotion and Protection of Investments, signed 30 March 1994, entered into force 30 August 1995, <http://www.italaw.com/> (erişim tarihi: 28.02.2021)

Agreement between the EFTA States and Singapore, entered into force 1 January 2003,
<http://www.efta.int/> (erişim tarihi: 28.02.2021)

Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on
the Reciprocal Promotion and Protection of Investments,
[https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-
files/3121/download](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3121/download) (erişim tarihi: 31.08.2021)

Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and
Canada, [https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-
canada-agreement/agreement-between](https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between) (erişim tarihi: 27.08.2021)

ASEAN Comprehensive Investment Agreement,
[https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-
files/3095/download](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3095/download) (erişim tarihi: 08.02.2021)

Canadian Model FIPA (Agreement Between Canada and -----

for the Promotion and Protection of Investments),
[https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-
files/2820/download](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2820/download) (erişim tarihi: 28.02.2021)

Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) Between Canada, of the One Part, and the European Union [and its Member States], of the Other Part, <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/> (erişim tarihi: 26.08.2021)

Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Konvansiyonu (Washington Konvansiyonu-ICSID Konvansiyonu) (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) http://sice.oas.org/dispute/comarb/icsid/w_conv1.asp (erişim tarihi: 06.02.2021)

Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement, http://www.sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR_e/chapter6_12.asp#Article10.7 (erişim tarihi: 27.08.2021)

Draft Agreement Between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of . . . on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5874/download> (erişim tarihi: 04.02.2021)

DTÖ- Bakanlar Konferansı, TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığı Hakkında Bildiri, 20 Kasım 2001 (WTO-Ministerial Conference, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health)

https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm (erişim tarihi: 06.02.2021)

Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi

E.U.-Vietnam Free Trade Agreement, E.U.-Viet., 20.01.2016, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437> (erişim tarihi: 31.08.2021)

Free Trade Agreement between the United States of America and the Republic Of Korea, U.S.-S. Kor., June 30, 2007–Feb. 21, 2012 <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta/final-text> (erişim tarihi: 06.02.2021)

India Model Bilateral Investment Treaty (December 2015), [https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model %20Text %20for %20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf](https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf) (erişim tarihi: 14.02.2021)

Investment Protection Agreement Between the European Union and Its Member States, on the One Part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the Other Part (2019), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (erişim tarihi: 02.08.2019)

Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA)

Marrakesh Agreement Establishing The World Trade Organisation
https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm (erişim tarihi: 26.08.2021)

Model Text for the Indian BIT (2016),
http://www.dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf (erişim tarihi: 01.08.2019)

Patent İşbirliği Anlaşması

Sınai Hakların Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi

The Australia–United States Free Trade Agreement, U.S.-Austl., May 18, 2004, 43 I.L.M. 1248 <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta/final-text> (erişim tarihi: 06.02.2021)

Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS)
https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04_e.htm (erişim tarihi: 06.02.2021)

Treaty for the Promotion and Protection of Investments, Ger.-Pak., Nov. 25, 1959, 457 U.N.T.S. 24, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1732/germany---pakistan-bit-1959-> (erişim tarihi: 06.02.2021)

Treaty Between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (erişim tarihi: 06.02.2021)

Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2012, <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (erişim tarihi: 04.02.2021)

Treaty between the United States of America and Jamaica Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, signed 4 February 1994, entered into force 7 March 1997, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1726/download> (erişim tarihi: 07.02.2021)

Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, signed 14 November 1991, entered into force 20 October 1994, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download> (erişim tarihi: 13.02.2021)

Treaty between the Federal Republic of Germany and the Co-operative Republic of Guyana concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, signed 6 December 1989, entered into force 8 March 1994, <http://www.italaw.com/> (erişim tarihi: 28.02.2021)

Treaty Between the Federal Republic of Germany and _____ Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf> (erişim tarihi: 04.02.2021)

Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the State of Bahrain Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, signed at Washington on 29 September 1999, entered into force 30 May 2001, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/261/download> (erişim tarihi: 05.02.2021)

Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Morityus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma

Türkiye Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşik Tanzanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması

Türkiye Cumhuriyeti ve Hırvatistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Yönelik Anlaşma

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin Anlaşma

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Nijerya Federal Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma

Türkiye Cumhuriyeti ile Çek Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması

Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Halk Sosyalist Büyük Cemahiriyesi Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Özbekistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Gürcistan Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma

Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm (erişim tarihi: 26.08.2021)

U.S. — Chile Free Trade Agreement,

https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/chile/asset_upload_file1_4004.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021)

U.S.-Rwanda, Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (19.02.2008),
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2241/download> (erişim tarihi: 06.02.2021)

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

Davalar

Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (04.08.2011),
<https://www.italaw.com/cases/35> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Ambiente Ufficio S.P.A. and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, (08.02.2013),
<https://www.italaw.com/cases/1750> (erişim tarihi: 13.02.2021).

Apotex Inc v. United States, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Admissibility, (14.06.2013), <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1550.pdf> (erişim tarihi: 14.02.2021).

Apotex Holdings Inc. v. United States (Apotex III), ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, (25.08.2014), <https://www.italaw.com/cases/1687> (erişim tarihi: 13.02.2021).

AstraZeneca v. Apotex, 2017 SCC 36, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/16713/index.do> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, (14.07.2006), <https://www.italaw.com/cases/118> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd (1970) ICJ 1, <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Procedural Order No. 2, (26.06.2012), <https://www.italaw.com/cases/1472> (erişim tarihi: 06.02.2021).

BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, Final Award, (24.12.2007), <https://www.italaw.com/cases/143>, (erişim tarihi: 06.02.2021).

Bitwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID ARB/05/22, Award, (24.07.2008), <https://www.italaw.com/cases/157> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/14/3, Award, (27.12.2016), <https://www.italaw.com/cases/5739> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Award, (14.08.2020), <https://www.italaw.com/cases/4475> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/9, <https://www.italaw.com/cases/179> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Burimi SRL and Eagle Games SH.A v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/18 (29.05.2013), <https://www.italaw.com/cases/2010> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic, Case No. ARB/03/2, Decision on Jurisdiction, (11.05.2005), <https://www.italaw.com/cases/184> (erişim tarihi: 13.02.2021).

Charanne and Construction Investments v. Spain, SSC Case No. 062/2012, Award, (21.01.2016), <https://www.italaw.com/cases/2082> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, Award, (02.08.2010), <https://www.italaw.com/cases/249> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, (20.08.2007), <https://www.italaw.com/cases/309> (erişim tarihi: 04.03.2021).

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, (17.02.2000), <https://www.italaw.com/cases/3413> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Consortium Groupement LESI-DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/08, Award, (10.01.2005), <https://www.italaw.com/cases/323> (erişim tarihi: 13.02.2021).

Continental Casualty v. Argentine Republic, Award, ICSID Case No. ARB/03/9 (5 September 2008), <https://www.italaw.com/cases/329> (erişim tarihi: 06.02.2021).

EDF (Services) v. Romania, ICSID Case No. Arb/05/13, Award (8.10.2009), <https://www.italaw.com/cases/375> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), <https://www.italaw.com/cases/1625> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, (25.01.2000), <https://www.italaw.com/cases/641> (erişim tarihi: 06.02.2021).

EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL, Award, (03.02.2006), <https://www.italaw.com/cases/393> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, (22.05.2007), <https://www.italaw.com/cases/401> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, (09.03.1998), <https://www.italaw.com/cases/432> (erişim tarihi: 06.02.2021).

GEA Group Aktiengesellschaft v Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16 (31.03.2011), <https://www.italaw.com/cases/478> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Glamis Gold, Ltd. v. United States of America, UNCITRAL, Award, (08.06.2009), <https://www.italaw.com/cases/487> (erişim tarihi: 01.09.2021).

Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine, ARB/09/11 (01.12.2010), <https://www.italaw.com/cases/506> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Grand River Enterprises Six Nations Ltd. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Award (12.01.2011), <https://www.italaw.com/cases/510> (erişim tarihi: 13.02.2021).

Helnan International Hotels v. Egypt, ICSID Case No: ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, (17.10.2006), <https://www.italaw.com/cases/529> (erişim tarihi: 06.02.2021).

International Thunderbird Gaming Corp v. United Mexican States, UNCITRAL, Award, (26.01.2006), <https://www.italaw.com/cases/571> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, (06.08.2004), <https://www.italaw.com/cases/590> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres v. Republic of Poland, Award, (14.02.2012), <https://www.italaw.com/cases/1179> (erişim tarihi: 14.02.2021).

LESI SpA et Astaldi SpA v. Algeria, ICSID Case No. ARB/05/3, Decision on Jurisdiction (12.07.2006), <https://www.italaw.com/cases/618> (erişim tarihi: 14.02.2021).

Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, (17.05.2007), <https://www.italaw.com/cases/646> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1 (16.05.2018), <https://www.italaw.com/cases/6608> (erişim tarihi: 06.02.2021).

M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, (31.07.2007), <https://www.italaw.com/cases/662> (erişim tarihi: 04.03.2021).

Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, (30.08.2000), <https://www.italaw.com/cases/671> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, (03.08.2005), <https://www.italaw.com/cases/683> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award (11.10.2002), <https://www.italaw.com/cases/documents/716> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Mr. Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania, ICSID Case No. ARB/10/13 (02.03.2015), <https://www.italaw.com/cases/101> (erişim tarihi: 06.02.2021).

MTD Equity Sdn. Bhd. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, (25.05.2004), <https://www.italaw.com/cases/717> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Nova Scotia Power Incorporated v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/1 (30.04.2014), <https://www.italaw.com/cases/2532> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21 (30.07.2009), <https://www.italaw.com/cases/810> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/08, Award (11.09.2007), <https://www.italaw.com/cases/812> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment, (01.11.2006), <https://www.italaw.com/cases/709> (erişim tarihi: 02.06.2021).

Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia (PMA v. Australia), Award on Jurisdiction and Admissibility, (17.12.2015), <https://www.italaw.com/cases/851> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), <https://www.italaw.com/cases/460> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Phillips Petroleum Company Iran v. The Islamic Republic of Iran, the National Iranian Oil Company, IUSCT Case No. 39 (29.06.1989), <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-phillips-petroleum-company-iran-v-the-islamic-republic-of-iran-the-national-iranian-oil-company-award-award-no-425-39-2-friday-16th-june-1989> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Pope & Talbot Inc. v. Canada, Interim Award, (26.06.2000), <https://www.italaw.com/cases/863>, (erişim tarihi: 06.02.2021).

Postavá banka v. Hellenic Republic, ICSID Case No. ARB/13/8 (09.04.2015), <https://www.italaw.com/cases/2073> (erişim tarihi: 06.02.2021).

PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik  retim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, (19.01.2007), <https://www.italaw.com/cases/880> (erişim tarihi: 03.03.2021).

Quiborax S. A. v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, (27.09.2012), <https://www.italaw.com/cases/885> (erişim tarihi: 14.02.2021).

Robert Azinian and Others v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (01.11.1999), <https://www.italaw.com/cases/114> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Romak v. Uzbekistan, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, Award (26.11.2009), <https://www.italaw.com/cases/918> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Salini et al. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, (31.07.2001), <https://www.italaw.com/cases/958> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Saluka Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, (17.03.2006), <https://www.italaw.com/cases/961> (erişim tarihi: 06.02.2021).

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL partial award (13.11.2000), <https://www.italaw.com/cases/969> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, (28.09.2007), <https://www.italaw.com/cases/1002> (erişim tarihi: 04.03.2021).

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13 (06.08.2003), <https://www.italaw.com/cases/1009> (erişim tarihi: 06.02.2021).

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, <https://www.italaw.com/cases/1016> (erişim tarihi: 06.02.2021).

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, <https://www.italaw.com/cases/1018> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, (17.01.2007), <https://www.italaw.com/cases/1026> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, (30.07.2010), <https://www.italaw.com/cases/1057> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), <https://www.italaw.com/cases/1087> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Waste Mgmt, Inc v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, (30.04.2004), <https://www.italaw.com/cases/1158> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4 (05.02.2002), <https://www.italaw.com/cases/1162> (erişim tarihi: 06.02.2021).

Çevrimiçi Kaynaklar

www.resmigazete.gov.tr

www.italaw.com

<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0950.pdf> (erişim tarihi: 06.02.2021).

https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ldc_e.htm (erişim tarihi: 18.01.2020).

https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaepcb2015d2_en.pdf (erişim tarihi: 26.08.2021).

<https://icsid.worldbank.org> (erişim tarihi: 08.04.2020).

https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf (erişim tarihi: 18.01.2020).

https://www.wto.org/english/docs_e/docs_e.htm (erişim tarihi: 06.02.2021).

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c7s2p1_e.htm (erişim tarihi: 27.08.2021).

<http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD> (erişim tarihi: 27.08.2021).

<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=305> (erişim tarihi: 06.02.2021).

https://unctad.org/system/files/official-document/webiteiia20071_en.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021).

<https://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9713e.pdf> (erişim tarihi: 20.04.2021).

https://www.ip.mpg.de/fileadmin/IP/pdf3/ILA_Guidelines-16Oct2015.pdf (erişim tarihi: 14.02.2021).

<https://unctad.org/system/files/official-document/psiteiitd11v4.en.pdf> (erişim tarihi: 28.02.2021).

https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20101_en.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021).

<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4365&context=til> (erişim tarihi: 06.02.2021).

https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d6_en.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021).

https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021).

<https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230> (erişim tarihi: 06.02.2021).

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds174_e.htm (erişim tarihi: 06.02.2021).

https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf (erişim tarihi: 20.01.2020).

<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/273826/EML-20-eng.pdf?ua=1> (erişim tarihi: 18.03.2021).

http://www.smoke-free.ca/pdf_1/plotagainstplainpackaging-apr1%27.pdf (erişim tarihi: 18.03.2021).

http://www.who.int/fctc/guidelines/adopted/article_11/en/ (erişim tarihi: 26.08.2021).

<https://fctc.org/tobacco-control-in-uruguay-after-the-industry-lawsuit/> (erişim tarihi: 27.08.2021).

http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=131629 (erişim tarihi: 26.08.2021).

<https://www.phrma.org/policy-issues/Intellectual-Property> (erişim tarihi: 06.02.2021).

<http://section27.org.za/2016/09/un-report-strengthens-case-for-patent-law-reform-in-sa-and-other-developing-countries> (erişim tarihi: 06.02.2021).

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session32/Pages/ResDecStat.aspx> (erişim tarihi: 06.02.2021).

<https://www.unodc.org/wdr2014/> (erişim tarihi: 06.02.2021).

<http://www.ip-watch.org/2013/04/04/the-judgment-in-novartis-v-india-what-the-supreme-court-of-india-said/> (erişim tarihi: 22.03.2021).

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/174r_e.pdf (erişim tarihi: 06.02.2021).

<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/merck-co-inc-statement-on-brazilian-governments-decision-to-issue-compulsory-license-for-stocrin/> (erişim tarihi: 06.02.2021).

<http://infojustice.org/archives/33690#> (erişim tarihi: 27.08.2021).

http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp (erişim tarihi: 27.08.2021).

<http://fisaum.ankara.edu.tr/en/2021/06/19/webinar-waiving-ip-for-covid-19-related-health-products-and-technologies-prospects-and-solutions-june-23-2021/> (erişim tarihi: 01.08.2021).

https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_20jul21_e.htm (erişim tarihi: 27.08.2021).

<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/08-A.aspx?lang=eng> (erişim tarihi: 27.08.2021).

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds33sum_e.pdf (erişim tarihi: 31.08.2021).

<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/08-A.aspx?lang=eng> (erişim tarihi: 27.08.2021).

https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art20_e.pdf (erişim tarihi: 27.08.2021).

<https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/9-investment.pdf> (erişim tarihi: 27.08.2021).

https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (erişim tarihi: 27.08.2021).

<https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/9-investment.pdf> (erişim tarihi: 27.08.2021).

https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (erişim tarihi: 27.08.2021).

<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/111/111-20041215-JUD-01-01-EN.pdf> (erişim tarihi: 31.08.2021).

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf> (erişim tarihi: 31.08.2021).

<https://www.acwl.ch/> (erişim tarihi: 27.08.2021).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD:2017:302:FIN> (erişim tarihi: 31.08.2021).

<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1468> (erişim tarihi: 31.08.2021).

<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/en/pdf> (erişim tarihi 31.08.2021).

<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608> (erişim tarihi: 31.08.2021).

<https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/cptpp/official-documents> (erişim tarihi: 31.08.2021).

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules-revised-2010-e.pdf> (erişim tarihi: 31.08.2021).

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rules-on-transparency-e.pdf> (erişim tarihi: 31.08.2021).

<https://www.aei.org/wp-content/uploads/2021/06/210617-Confronting-Joe-Bidens-proposed-TRIPS-waiver.pdf?x91208&x91208> (erişim tarihi: 27.08.2021).



ÖZET

Yatırım anlaşmaları, yabancı yatırımcılara yatırımcı-devlet tahkimine doğrudan başvuru hakkı vermek suretiyle kapsamlı bir koruma sağlamaktadır. Fikri mülkiyet hakları, bir yatırım türü olarak yatırım anlaşmalarına dâhil olmuştur. Bunun sonucu olarak yabancı yatırımcı olarak kabul edilen fikri mülkiyet hak sahipleri, yatırım anlaşmasının ihlali olarak değerlendirilebilecek iç hukuk uygulamalarına karşılık uluslararası yatırım tahkimine başvurma hakkı elde etmiştir.

Fikri mülkiyet haklarının uluslararası yatırım anlaşmaları ile yatırım kapsamına dâhil edilmesi, fikri mülkiyet ile ilişkili yatırım uyuşmazlıklarına yeni bir biçim kazandırmıştır. Son yıllarda, fikri mülkiyete ilişkin muhtelif talepler yatırımcı-devlet tahkimine konu edilmiştir.

Bu çalışma, fikri mülkiyet haklarının uluslararası yatırım tahkimine konu olmasını incelemeye çaba göstermektedir. Bu çalışma ile fikri mülkiyet haklarının yatırım olarak kabul edilmesi, bilhassa fikri mülkiyet iddialarının yatırımcı-devlet tahkimi önüne getirilmesi ve bunun yasal ve düzenleyici etkileri eleştirel bir biçimde tartışılmıştır. Çalışmamız giriş ve sonuç dışında altı ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde fikri mülkiyet hakları, uluslararası yatırım hukuku ve tahkim ilişkisine genel bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. İkinci bölümde, yabancı yatırım olarak fikri mülkiyet hakları ele alınmıştır. Üçüncü bölümde, fikri mülkiyet hukuku uluslararası yatırım koruma standartları çerçevesinde tartışılmıştır. Dördüncü bölümde, Philip Morris v Uruguay ile Eli Lilly v Kanada davaları ayrıntılı olarak analiz edilmeye çalışılmıştır. Beşinci bölümde fikri mülkiyet haklarının uluslararası yatırım tahkimi aracılığı ile uygulanmasının etkileri üzerinde durulmuş; altıncı bölümde ise muhtemel sorunlara ilişkin çözüm önerilerine yer verilmiştir. Sonuç bölümünde genel bir değerlendirme yapılmak suretiyle çalışma tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Fikri Mülkiyet Hakları, Yatırım Hukuku, Yatırım Tahkimi,
Adil ve Eşit Muamele, Kamulaştırma.



SUMMARY

Investment agreements provide comprehensive protection to foreign investors by giving them the right to apply directly to investor-state arbitration. Intellectual property rights are included in investment agreements as a type of investment. As a result, intellectual property right holders, who are accepted as foreign investors, have the right to apply to international investment arbitration in response to domestic law practices that can be considered as a violation of the investment agreement.

Inclusion of intellectual property rights in the scope of investment through international investment agreements has given a new form to intellectual property-related investment disputes. In recent years, various claims regarding intellectual property have been subject to investor-state arbitration.

This study tries to examine intellectual property rights being subject to international investment arbitration. In this study, the acceptance of intellectual property rights as investments, especially bringing intellectual property claims before investor-state arbitration and its legal and regulatory effects are critically discussed. Our study consists of six main chapters, apart from the introduction and the conclusion. In the first chapter, a general framework has been tried to be drawn on the relationship between intellectual property rights, international investment law and arbitration. In the second chapter, intellectual property rights as foreign investment have been discussed. In the third chapter, intellectual property law has been discussed within the framework of international investment protection standards. In the fourth chapter, Philip Morris v Uruguay and Eli Lilly v Canada cases have been tried to be analyzed in detail. In the fifth chapter, the effects of the implementation of intellectual property rights through international investment arbitration have been emphasized; in the sixth chapter, suggestions for possible problems have been given. In the conclusion part, the study has been completed by making a general evaluation.

Keywords: Intellectual Property Rights, Investment Law, Investment Arbitration, Fair and Equitable Treatment, Expropriation.

