İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 42(2): 485–528

DOI: 10.26650/ppil.2022.42.2.908607
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 01.04.2021
Revizyon Talebi: 18.06.2021
Son Revizyon: 28.08.2021
Kabul: 03.09.2021
Online Yayın: 03.08.2022

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Özel Kişilerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi Üzerine Bir İnceleme

An Analysis of the Attribution of Acts of Private Persons to the State in the European Court of Human Rights

Miray Azaklı Köse*

Öz

Bu çalışmada uluslararası hukukta devletin sorumluluğunun temel koşullarından biri olan atfedilmeye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımı incelenmiştir. Çalışma bu bakımdan atfedilme konusu özelinde uluslararası sorumluluk hukuku ile insan hakları hukuku arasındaki ilişkiye odaklanmıştır. Bu nedenle öncelikle uluslararası hukukta atfedilmenin ne anlama geldiği açıklanmış, daha sonra AİHM içtihadı incelenerek uluslararası hukuk ile karşılaştırmalı bir analiz yapılmıştır. AİHM'nin atfedilme konusundaki içtihadı pozitif yükümlülük doktrini ve özellikle devlet şirketlerinin eylemleri bakımından hükümet kuruluşu kavramının yorumlanması şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Vardığımız sonuca göre, AİHM atfedilme konusunda *lex specialis* benimsemiş değildir ve kararları büyük ölçüde genel uluslararası hukuk ile uyumludur. Çalışmada bunun gerekçelerine ve AİHM uygulamasının genel uluslararası hukukta hangi kurallara karşılık geldiğine ayrıntılı biçimde yer verilmiştir. Bununla birlikte AİHM atfedilme ifadesini genellikle kullanmamakta ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesi bağlamında hükümetdışı kuruluş kavramından hareketle, hangi birimlerin devlet organı sayılacağını belirlemektedir. Bu nedenle AİHS'ye özgü bir kavram olan hükümetdışı kuruluş kavramı, AİHM'nin kendi özel yorumunu yapmasına imkân tanımakta ve bazı kararlarda hukuka aykırı olduğu öne sürülen eylem yerine genel bir biçimde özel kişinin kendisine odaklanılmasına yol açmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Atfedilme, Devletin sorumluluğu, Pozitif yükümlülük, Yatay etki, Devlet şirketleri, Kamu iktisadi teşebbüsleri

Abstract

This study examines approach of the European Court of Human Rights' approach to the issue of attribution, one of the main conditions for establishing state responsibility under international law. The study focuses on the relationship between the law of international responsibility and the law of human rights within the context of attribution. Therefore, the paper explains the pri-mary meaning of attribution under international law and, following a detailed analysis of the Court's case law, provides a comparative analysis with international law. The Court's jurisprudence on attribution is divided into two parts: the doctrine of positive obligations and the inter-pretation of the concept of governmental organization, especially in terms of the conduct of state companies. The results indicate that the Court has not adopted *lex specialis* on attribution, and its judgments largely conform to general international law. The paper outlines in detail the rea-sons for this conclusion and the Court's application corresponding to certain rules under inter-national law. On the other hand, the Court has refrained from using the term "attribution." In-stead, the Court has been determining which entities would be regarded as state organs in light of the term "non-governmental organization," as defined in Article 34 of the Convention. There-fore, the Court's discomfort with the meaning of "non-governmental organization,"

* **Sorumlu Yazar:** Miray Azaklı Köse (Arş. Gör. Dr.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: miray.kose@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0002-9723-8618

Atıf: Azakli Köse M, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Özel Kişilerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi Üzerine Bir İnceleme" (2022) 42(2) PPIL 485. https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.908607

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

which per-tains to the Convention, has caused the Court to adopt its own interpretation of the term and, in some judgments, to focus on the private entity itself rather than the act claimed to be unlawful.

Keywords
The European Court of Human Rights, Attribution, State responsibility, Positive obligation, Horizontal effect, State corporations, State-owned entities

Extended Summary

Under international law, imposing international responsibility on a state based on acts of private persons requires the use of the process of attribution. In other words, to hold a state accountable for an act of a private person that act must in some manner be attributable to the state. The jurisprudence of the European Court of Human Rights shows that the issue of attribution is divided into two parts: the doctrine of positive obligations and the evaluation of the status of private companies under the concept of governmental organization. The former essentially refers to the extension of obligations of the states deriving from the European Convention on Human Rights, while the latter refers to the attribution of acts of private persons to the state.

In a wide range of cases, the Court has chosen to apply the doctrine of positive obligations, rather than attributing the act to the respondent state in order to hold a given state responsible for the act. However, some writers argue that the positive obligations doctrine is an acceptable method of attributing an act committed by a private person or entity to the state. On the contrary, from a general international law perspective, the law does not equate the attribution of acts of private persons with a state action. Since under such circumstances, an omission of a positive obligation (e.g., the obligation to protect) by a state organ has taken place, the unlawful conduct of a private person cannot be attributed to the state theoretically according to international law. Moreover, since the determination of the content of the international obligation is left to the primary rules (see ARSIWA art. 33); ARSIWA (secondary rules) simply does not deal with the question. Accordingly, violation of the positive obligations is nothing more than unlawful conduct by a state organ. In other words, the positive obligations doctrine does comply with the general rules on attribution. (ARSIWA Art. 4)

Especially when it comes to state companies, state responsibility for the acts of that company are based on the understanding of the concept of "governmental organization," which itself is a term that appears in Article 34 of the Convention. Although the Court implies that the concept of governmental organization is not a mirror image of what makes an entity a state organ, it expressly states that it will apply the criteria regarding the former, *mutatis mutandis*, to the latter. Hence, attribution of the acts of private entities to the state will be evaluated in light of the Court's jurisprudence regarding what establishes a private entity as a governmental organization. Some judgments of the Court demonstrate that the Court has focused on the structure and functions of

the entity in general while determining whether it should be deemed a state organ. On the other hand, a well-settled and codified customary rule of general international law (e.g., found in ARSIWA art. 5 and 8) stipulates that when determining whether a private entity is to be regarded as a state organ, the focus must be on the act claimed to be unlawful.

Furthermore, this general evaluation perspective carries the risk of giving rise to the adoption and the "objective responsibility of the state doctrine," which is clearly contrary to the customary rule of international law that requires efficient control of the state over the act in question for purposes of attribution.

However, the majority of the Court's case-law demonstrates that the analysis of attribution conforms to efficient control rule. In *Liseytseva v Russia*, the Court held that, in assessing whether a company enjoyed sufficient operational and institutional independence from the State, the Court had taken into account a wide range of factors, none of which would be determinative on its own. The Court summarized the criteria used in the case law for this purpose as follows:

a) whether the rights conferred on the company are those rights which are normally reserved for public authorities and whether the legal entity exercises a public function or private function;
b) the extent of State ownership, supervision, and control of the company;
c) the role played by the State with respect to the procedure of insolvency of the company;
d) and whether the State could be assumed to have accepted responsibility for the debts of the company fully or in part.

In this study, we argue that these criteria, despite the Court's use of its own terminology, reflect and conform to the general rules of attribution. But as mentioned above, in order for this to happen, these criteria must be applied in a manner that places the unlawful act in the center.

Finally, the paper argues that neither the Convention nor the Court stipulates any rule on attribution nor adopts *lex specialis* on the same subject. Accordingly, secondary rules of international responsibility of states must be put in place. Although ARSIWA is not a binding text in the same way as an international agreement, the customary rules codified in it have to be applied when there is no *lex specialis*. Thus, despite its deficiencies, ARSIWA still functions as the glue that holds the sub-systems or self-contained regimes of international law together against the phenomenon of fragmentation.

I. Genel Olarak Sorumluluk Hukuku-İnsan Hakları Hukuku İlişkisi ve Atfedilmeye İlişkin Kurallar

Uluslararası hukukun parçalanması olgusu, esasen uluslararası hukuk içerisinde kendine özgü sorumluluk rejimlerinin doğmasını ifade etmektedir.[1] Parçalanma ile kastedilen genel uluslararası hukuk dışında, *lex specialis* kurallar kabul edilerek birbirinden farklı, özel, mikro rejimlerin oluşturulması ve böylelikle uluslararası hukukun parçalara bölünmesidir. Uluslararası hukukun parçalanması uzun zamandır gözlemlenen bir fenomen olup, devletlerarası ilişkilerde hiyerarşik bir düzen ve bütünsel uyumun ya hiç olmadığı ya da çok az olduğu bir biçimde gerçekleşen normatif ve kurumsal gelişmeyi ifade etmektedir.[2] Fenomenin önemli bir örneği insan hakları hukukudur.[3] Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı ile geliştirilen insan hakları hukuku uygulaması, bu niteliktedir.

Uluslararası hukukun parçalanması ve normlar ya da kurumlar arasındaki koordinasyona ilişkin sorunlar bir gerçekliktir ve bu durum uluslararası hukukun fonksiyonel, bölgesel ve usûli açılardan merkeziyetten uzak ve çeşitlilik içeren yapısından kaynaklanmaktadır.[4] Uluslararası hukukun parçalanmasına yol açan başlıca nedenler olarak küreselleşme olgusu, uluslararası alanda tek bir merkezi kanun koyucunun olmaması, zaman içerisinde yeni kuralların ortaya çıkması ve bunların önceki kurallar ile çatışması, uluslararası hukuk kurallarının oluşturulması sürecine katılan aktörlerin fazlalığı ve merkezi bir yargı organının yokluğu gösterilmektedir.[5]

1 Bilindiği üzere uluslararası hukuk merkezi bir yasa koyucuya sahip olmayıp, örf ve âdet hukukunun yanı sıra uluslararası andlaşmalar yoluyla gelişmektedir. Dolayısıyla akdedilen çok sayıda andlaşma nedeniyle farklı hukuk kurallarının oluşması ve bazıları arasında çatışma olması kaçınılmazdır ve parçalanma olgusu uluslararası hukukun erken dönemlerinden beri mevcuttur. Jus cogens'in üstünlüğü haricinde uluslararası hukukun kaynakları arasında normlar hiyerarşisinden söz edilmediğinden, aynı konuda farklı hükümler getiren andlaşmalar arasındaki çatışma, ilgili andlaşmalarda çatışma konusu özel olarak düzenlenmediği takdirde 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin çatışmaya ilişkin hükümleri uyarınca ya da örf ve âdet hukuku uyarınca çözümlenmektedir. Çatışma bir andlaşma hükmü ile bir örf ve âdet hukuku kuralı arasında meydana geldiğinde ise, özel hükmün genel hükmü ilga etmesini ifade eden *lex specialis derogat legi generali* prensibi uyarınca çözümlenecektir. Uluslararası hukukun parçalanması olgusu Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun gündemine de gelmiş ve bu konuyu incelemekle görevlendirilen özel çalışma grubu tarafından bir rapor hazırlanmıştır. Raporda parçalanma olgusunun bir vakıa olarak mevcut olduğu ve son dönemlerde hız kazandığı kabul edilmekle birlikte, çatışma halinde uluslararası hukukun normların çatışmasına ilişkin geleneksel çözümlerinin günümüzde de geçerli olacağı vurgulanmıştır. Bkz *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi. UN Doc A/CN.4/L.682, para 7, para 18, para 20. Bundan sonra 'Fragmentation Report' olarak anılacaktır.

2 Margaret A Young, 'Fragmentation, Regime Interaction and Sovereignty' in Christine Chinkin and Freya Baetens (edn) *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford* (Cambridge University Press 2015) 71, 71.

3 Fragmentation Report (n 1) para 129. Parçalanma farklı düzeylerde gerçekleşebilmektedir. Örneğin bir andlaşma ile genel uluslararası hukukun bir ya da birkaç kuralından farklı bir düzenleme getirilebileceği gibi, insan hakları hukuku ya da uluslararası yatırım hukuku uygulamasında olduğu gibi yalnızca sınırlı durumlarda genel uluslararası hukuk normlarına başvurulan özel sorumluluk rejimleri de oluşturulabilir. *Lex specialis*'in bu güçlü biçimi, doktrinde bağımsız rejim (*self-contained regime*) olarak adlandırılmıştır. bkz. Bruno Simma and Dirk Pulkowski, 'Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law' (2006) 17(3) European Journal of International Law 483, 490.

4 Joost Pauwelyn, 'Fragmentation of International Law' in Rüdiger Wolfrum (edn), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Oxford Public International Law 2006) para 41 <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1406> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

5 Dorota Marianna Banaszewska, 'Lex Specialis' in Rüdiger Wolfrum (edn), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Oxford Public International Law 2015) para 22 <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e2171?prd=MPIL> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021, Talat Kaya, 'Uluslararası Hukuk Bölünüyor mu?' (2012) 61(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149, 154-156.

Koskenniemi uluslararası hukukun parçalanmasının belirsizlik ve tutarsızlığa yol açacağı yönünde ve postmodernizmin sonucu olarak gördüğü endişelerin uluslararası hukukçular tarafından dile getirildiğini vurgulamaktadır.[6] Hukuk alanındaki bölünmüşlük ve çeşitlilik nedeniyle, örneğin iklim değişikliği veya insan hakları gibi küresel düzeydeki sorunlar yalnızca tek bir rejimi ilgilendirmemekte ve bu durum söz konusu rejimler arasındaki ilişkiyi anlama ve uyumlaştırma ihtiyacını doğurmaktadır.[7] Ancak genel uluslararası hukuk ile özel rejimler[8] arasındaki ilişki açısından hiçbir özel rejimin genel uluslararası hukuktan tamamen izole edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmelidir.[9] Çünkü genel uluslararası hukuk kuralları özel rejim ile oluşturulan kuralların yorumlanmasında, kurallarda boşluk bulunması hâlinde ve özel rejimin ortadan kalkması hâlinde her zaman uygulama alanı bulacaktır.[10] Yapılması gereken, özel rejimlere ve çözümlere duyulan ihtiyaç ile belirli ölçüde güvenlik ve tutarlılık sağlayacak bir genel uluslararası hukuk çerçevesinin korunması arasında denge sağlamaktır.[11]

Ancak uluslararası hukukçuların geleneksel olarak insan haklarını "uygulama" bağlamında tartıştığı, devletin sorumluluğu ile insan haklarını bağdaştırmaya çalışmadıkları öne sürülmüştür.[12] Böylelikle devletin sorumluluğuna ilişkin prensipler insan hakları hukukçuları bakımından *terra incognita* olarak kalmıştır.[13] Hatta iki alan arasındaki ilişki o kadar az gündeme gelmiştir ki, 1998 tarihli bir toplantıda genel uluslararası hukukçuların iki alan arasında nasıl bir bağlantı olduğundan emin olmadığı, insan hakları hukukçularının ise sorumluluk hukukuna ilişkin kuralların varlığının dahi farkında olmadığı ifade edilmiştir.[14]

---

6 Martti Koskenniemi and Päivi Leino, 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties' (2002) 15(3) Leiden Journal of International Law 553, 553.

7 Genel olarak bkz Margaret A. Young (edn) *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation* (Cambridge University Press, 2012).

8 Uluslararası hukukun parçalanması fenomeni bağlamında kullanılan ve ilgili rejimin genel uluslararası hukuktan izolasyonuna atıf yapan "bağımsız rejim" (bkz yukarıda dipnot 3) kavramının ne tanımı ne de varlığı konusunda genel bir görüş birliği bulunduğundan (Banaszewska (n 5) para 21), yanıltıcı olabilecek "bağımsız rejim" kavramı yerine "özel rejim" ifadesinin tercih edilmesinin daha yerinde olduğu ifade edilmektedir. Fragmentation Report, (n 1) para 152 (5). Bu nedenle çalışmamızda özel rejim ifadesi tercih edilmiştir. Uluslararası insan hakları hukuku, ticaret hukuku, mülteci hukuku, çevre hukuku, deniz hukuku, yatırım hukuku (Fragmentation Report (n 1) para 8, para 129) gibi özelleşmiş alanlar dışında kalan, sistemin tamamını kapsayan ve çatısını oluşturan uluslararası hukuku (*public international law*) ifade etmek üzere ise "genel uluslararası hukuk" terimi kullanılmıştır.

9 Bruno Simma and Dirk Pulkowski, 'Leges-Speciales and Self-Contained Regimes' in James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson (eds), The Law of International Responsibility (Oxford University Press 2010) 139, 143; Banaszewska (n 5) para 22. Bu konuda öne sürülen en önemli argümanlardan biri, söz konusu rejimlerin uluslararası andlaşmalar ile meydana getirildiği, uluslararası andlaşmaların ise genel uluslararası hukuka tabi olduğudur. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Miray Azaklı Köse, *Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu* (Adalet Yayınevi 2021) 31-39.

10 Kaya (n 5) 162.

11 Pauwelyn (n 4) para 42.

12 Theodor Meron, 'State Responsibility for Violations of Human Rights' (1989) 83 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 372, 372.

13 İbid.

14 Stephanie Farrior and Brice Clagett, 'State Responsibility for Human Rights Abuses by Non-State Actors' (1998) 92 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 299, 299-300.

Uluslararası sorumluluk hukuku büyük ölçüde örf ve âdet hukukuna dayanmaktadır: Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) devletin sorumluluğuna ilişkin kuralların tespiti ve kodlaştırılması amacıyla 1955 yılında konuyu gündemine almış; nihai metin ise beş farklı raportörün başkanlığında ve ancak 46 yıl sonra tamamlanabilmiştir.[15] Böylece "*Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler*" (UHK Maddeleri)[16] oluşturulmuştur. UHK Maddeleri, devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminden sorumluluğunu düzenleyen ve şekli anlamda bağlayıcı olmayan bir metindir. Biçimsel olarak bir andlaşma metnine benzer şekilde kaleme alınmıştır; ancak bir andlaşmaya dönüşmemiş olup Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 12 Aralık 2001 tarihinde hükümetlerin dikkatine sunulmak üzere kabul edilmiştir.[17] Bugün için UHK Maddeleri, devletin sorumluluğu hukukunun modern çerçevesini oluşturmaktadır.[18]

Uluslararası hukukta bulunan sorumluluk kurumu iç hukuklar çerçevesinde oluşturulmuş sorumluluk düşüncesinden farklı, kendine has bir niteliğe sahiptir.[19] Bu nedenle uluslararası hukuktaki sorumluluk kavramı her ne kadar Anglo-Sakson hukuk sistemi dâhil olmak üzere Batılı iç hukuk sistemlerinden etkilenmiş ise de, hem uygulama hem de sistematik ve tarihsel gelişim açısından uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirilmelidir.[20]

Devletin uluslararası sorumluluğu konusu 1950'lerde UHK tarafından ilk kez ele alınmaya başlandığında sorumluluk, devletin yabancı kişilere ve mallarına karşı hukuka aykırı eylemlerinden sorumluluğu olarak düşünülmekteydi.[21] İkinci Dünya Savaşı sonrası dönem devletin sorumluluğu gibi bir konunun kodlaştırılması veya geliştirilmesi için elverişli bir zaman olmadığından UHK'nin konuya ilişkin 1956-61 yılları arasındaki çalışmaları pek ümit verici değildir.[22] Ancak Roberto Ago'nun 1963 yılında özel raportör olarak görevlendirilmesi ile birlikte, sorumluluğun yabancılara

15 Ceren Zeynep Pirim, 'Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme' (2012) 32(2) Public and Private International Law Bulletin 147, 150-151.

16 Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, (2001) 2 (Part Two) Yearbook of the International Law Commission <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021. Türkçe çevirisi için bkz İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler* (Seçkin 2020) 396-419. Çalışma boyunca UHK Maddeleri'nden yapılan Türkçe alıntılarda büyük ölçüde bu metinden yararlanılmıştır.

17 Pirim (n 15) 151-152.

18 James Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press 2013) 45. Devletin hukuka aykırı eylemlerinden kaynaklanan sorumluğu konusu, Türkçe literatürde UHK Maddeleri esas alınarak ve bütüncül bir biçimde ele alınmıştır. Bkz. Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2016), Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, (Onikilevha Yayıncılık 2010).

19 Uzun (n 18) 22.

20 İbid 23.

21 Robert Rosenstock, 'The ILC and State Responsibility' (2002) 96(4) American Journal of International Law 792, 792; James Crawford, 'Revising the Draft Articles on State Responsibility' (1999) 10(2) European Journal of International Law 435, 436; Daniel Bodansky and John R. Crook, 'Introduction and Overview' (2002) 96(4) American Journal of International Law 773, 776; Alain Pellet, 'The ILC Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts' in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 75, 75-76. Genel olarak bkz. Richard B. Lillich, 'The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens' (1979) 73 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 244.

22 Rosenstock (n 21) 792, Crawford, 'Revising the Draft Articles' (n 21) 436.

karşı devletin sorumluluğu düşüncesinden ibaret sayılması yönündeki yaklaşım terk edilmiştir. Ago, sorumluluğu uluslararası hukukun tamamını kapsayacak şekilde genişletmiş ve yabancılara karşı muamele ile sınırlı bir tasavvur olmaktan çıkarmıştır.[23]

UHK Maddeleri'nin başlangıcında sorumluluk hukukunun temel esaslarına ve sorumluluğun koşullarına ilişkin genel prensiplere yer verilmiştir:

"***Madde 1***

Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu

Bir devletin her uluslararası hukuka aykırı eylemi, o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur.

Madde 2

Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Eyleminin Unsurları

Şu hallerde devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi söz konusudur: Eğer icra veya ihmalden oluşan tasarruf,

a) Uluslararası hukuk uyarınca devlete atfedilebiliyorsa; ve

b) Devletin uluslararası bir yükümlüğünün ihlalini oluşturuyorsa."

Madde 1, uluslararası hukuka aykırı *her* eylemden söz ederek, devletin uluslararası sorumluluğuna yol açan eylemlerin belirli bir konu ya da kaynak ile sınırlandırılmadığını ortaya koymaktadır. İhlâl edilen yükümlülük bir andlaşmadan veya örf ve âdet hukukundan kaynaklanabilir.[24] Madde 2 ise uluslararası hukuka aykırı eylemin, diğer bir ifadeyle devletin uluslararası sorumluluğunun unsurlarını tespit etmektedir. Burada da yine sorumluluğun temel koşullarından biri olarak belirli türde bir yükümlülükten değil, devletin herhangi bir uluslararası yükümlülüğünden söz edilmektedir. Şu hâlde, insancıl hukuk, uluslararası yatırım hukuku veya mülteci hukuku gibi kaynaklardan doğan yükümlülükler bakımından olduğu gibi, devletin insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlali de devletin uluslararası sorumluluğu kapsamındadır.[25] Öyleyse, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

23 Christian J. Tams, 'Law-making in complex processes: The World Court and the modern law of State responsibility' in Christine Chinkin and Freya Baetens (edn) *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford* (Cambridge University Press 2015) 287, 292; Rosenstock (n 21) 792, Bodansky and Crook (n 21) 777 vd; Crawford, 'General Part' (n 18) 36.

24 Farrior and Clagett (n 14) 301.

25 Devletin sorumluluğunun uluslararası hukukun farklı alanları bağlamında incelenmesine ilişkin Türkçe bazı çalışmalar için bkz Ali Kerem Kayhan, *Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletlerin Sorumluluğu*, (Onikilevha Yayıncılık 2017); Umut Kedikli, *Uluslararası Terörizm ve Devlet Sorumluluğu* (Nobel Yayıncılık 2013) Sorumluluğun devletlerin halefiyeti bağlamında incelendiği bir diğer Türkçe çalışma için bkz. Ceren Zeynep Pirim, *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti*, (Turhan Kitabevi 2016).

(AİHS)[26], protokolleri veya örf ve âdet hukukundan kaynaklanan insan haklarının korunmasına dair bir yükümlülüğün ihlali UHK Maddeleri'nin uygulanmasını mümkün kılmaktadır. İnsan hakları ile sorumluluk hukuku arasında bir ilişki kurulabilmesini ve atfedilmeye ilişkin kuralların insan hakları bağlamında tartışılmasını sağlayan da UHK Maddeleri'nin uygulanması bakımından kabul edilen bu kapsayıcı yaklaşımdır.[27]

Sorumluluk hukuku-insan hakları hukuku ilişkisi bakımından önem arz eden bir diğer husus sorumluluk hukukuna ilişkin kuralların ikincil kurallar olarak tasarlanmasıdır. Buna göre tarafların maddi hak ve yükümlülükler öngördüğü uluslararası andlaşmalar ile maddi yükümlülükler içeren örf ve âdet hukuku kuralları ve genel hukuk prensipleri birincil kuralları oluşturmaktadır.[28] Diğer bir ifadeyle, uluslararası yükümlülüğün içeriğinin belirlenmesi meselesi tamamen UHK Maddeleri kapsamı dışında bırakılmıştır.[29] Bu nedenle UHK Maddeleri, UHK tarafından ikincil normlar olarak nitelendirilmiştir.[30] Bu da yukarıda belirttiğimiz üzere UHK Maddeleri'nin uluslararası hukukun tüm alt dalları bakımından sorumluluğun ortaya çıkışı ve sonuçları meselelerine uygulanmasını mümkün kılmaktadır. Açıkçası, UHK Maddeleri'nin ortaya çıkabilmesi de bu teorik yaklaşım sayesinde mümkün olmuştur. Uluslararası yükümlülüklerin içeriğini tüm devletler bakımından belirleyen bir metnin kaleme alınmasındaki güçlükler, daha açıkça söylemek gerekirse devletlerin böyle bir metni kabul etmeye pek de istekli olmaması ve pek çok konu bakımından itirazlar öne sürmesi karşısında, birincil-ikincil kurallar ayrımı tek çözüm olmuştur.[31] Söz konusu yaklaşımı savunan ve UHK tarafından kabul edilmesini sağlayan, UHK özel raportörü Roberto Ago'dur[32] ve bu nedenle bu çok önemli gelişmeden literatürde *Ago devrimi* olarak söz edilmiştir.[33]

UHK Maddeleri örf ve âdet hukukuna dayanması nedeniyle yargı organları ve hakem mahkemeleri tarafından yaygın şekilde uygulanmaktadır.[34] Bu durum, özellikle

26 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR).

27 UHK şerhine göre UHK Maddeleri "*yükümlülüğün bir ya da daha çok devlete; bir bireye ya da gruba, yahut bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olup olmadığına bakılmaksızın devletlerin uluslararası yükümlülükleri alanının bütününe uygulanır.*" Bkz Draft Articles with Commentaries (n 16) General Commentary, para 5.

28 Azaklı Köse (n 9) 34.

29 Eric David, 'Primary and Secondary Rules' in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 27, 27-28.

30 Draft Articles with Commentaries (n 16) General Commentary, para 1.

31 Pellet (n 21) 76.

32 Anastasios Gourgourinis, 'General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System' (2011) 22(4) European Journal of International Law 993, 1017-1018, David (n 29) 28; Draft Articles with Commentaries (n 16) General Commentary, para 2.

33 Pellet (n 21) 76-78.

34 Tams (n 23) 289. UHK Maddeleri'nin AİHM dahil olmak üzere uluslararası yargı ve hakem mahkemelerince uygulanmasına ilişkin örnekler için bkz Impact of the ILC Articles on State Responsibility (British Institute of International and Comparative Law 2007) <https://www.biicl.org/files/3107_impactofthearticlesonstate_responsibilitypreliminarydraftfinal.pdf> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021. Ayrıca bkz *United Nations Legislative Series Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (United Nations 2012) <https://legal.un.org/legislativeseries/pdfs/volumes/book25.pdf> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

UHK Maddeleri'nin eylemin devlete atfedilmesine ilişkin kuralları bakımından daha da belirgindir. Atfedilmeye ilişkin kurallar uluslararası hukukun tedrici gelişiminden ziyade, genel itibariyle örf ve âdet hukukuna dayanmaktadır.[35]

Uluslararası hukukun belirli alanlarında, örneğin uluslararası çevre hukukunda genel sorumluluk hukuku kurallarının etkisi fazla belirgin değildir.[36] Ancak günümüzde insan hakları hukuku, sorumluluk hukuku kurallarının etkilemediği, bu kuralların uygulanmadığı ya da nadiren uygulandığı alanlardan biri değildir. Aksine hem AİHM ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi gibi yargısal organların içtihadı, hem de diğer insan hakları organlarının uygulamaları söz konusu kurallara sıklıkla atıf yapıldığını ve iki alan arasında etkileşim olduğunu göstermektedir.[37] Bunlar arasında ise özellikle atfedilmeye ilişkin kurallar sıklıkla uygulama alanı bulmaktadır.[38]

Bir görüşe göre, UHK Maddeleri'nde yer alan devletin sorumluluğuna ilişkin genel prensipler insan hakları alanındaki tedrici gelişim tarafından şekillendirilmiştir.[39] Bu görüşe göre insan hakları özellikle pozitif yükümlülük doktrini, atfedilme ve onarım biçimleri olmak üzere üç temel konuda genel sorumluluk hukuku kurallarını etkilemiştir.[40] UHK uluslararası sorumluluğa dair çalışmalarında, insan hakları hukukunun özelliklerini de göz önünde bulundurmuş ve iki disiplin arasında bir uyum sağlama çabasında olmuştur.[41] UHK'nin maddeler hakkındaki şerhinde de, insan hakları hukukunun gereklerine vurgu yapıldığı gözlenmektedir.[42] Diğer yandan özellikle atfedilme konusunda insan haklarının genel sorumluluk hukuku üzerinde etkisinin son derece sınırlı olduğunu belirten görüşler de öne sürülmüştür.[43]

AİHM'in sorumluluk hukukuna yaklaşımının, söz konusu kuralların insan hakları alanına aktarılmasından ibaret olmadığı, ancak bu durumun genel uluslararası hukukun dışlanması anlamına da gelmediği, aksine söz konusu kuralların insan hakları alanının ihtiyaçları doğrultusunda uyarlanıp özelleştirildiği ve böylelikle genel kuralların sözleşme sistemine uyumlu biçimde uygulanmasının mümkün kılındığı

35 Bodansky and Crooak (n 21) 783.

36 Katja Kreutz, *State Responsibility in the International Legal Order: A Critical Appraisal* (Cambridge University Press 2020) 18.

37 İbid 17; Meron (n 12) 372.

38 Kreutz (n 36) 17-18.

39 Scott Sheeran, 'The relationship of international human rights law and general international law: hermeneutic constraint, or pushing the boundaries?' in Scott Sheeran and Nigel Rodley (edn) *Routledge Handbook of Human Rights Law* (Routledge 2013) 79, 97.

40 İbid 98.

41 Ali İbrahim Akkutay, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi* (Adalet Yayınevi 2013) 156 vd. Bu bağlamda "uluslararası sorumluluğun insancıllaşması"ndan söz edilmektedir: Bkz Akkutay (n 41) 153.

42 İbid.

43 Robert McCorquodale, 'Impact on State Responsibility' in Menno T. Kamminga and Martin Scheinin (edn) *The Impact of Human Rights Law on General International Law* (Oxford University Press 2009) 235, 245.

değerlendirilmiştir.[44] Bu yaklaşımın ayrıca genel sorumluluk hukukunun AİHM içtihadı vasıtasıyla geliştirilmesine fayda sağladığı, bu nedenle AİHM'in söz konusu kurallara doğrudan, açık şekilde atıf yaparak kararlarını gerekçelendirmesi konusunda daha cesaretli olması gerektiği belirtilmiştir.[45]

Özel sorumluluk rejimleri uluslararası andlaşmalar vasıtası ile ortaya çıksa da, bilindiği üzere AİHS ve protokollerinde yer alan hükümler esas anlamını AİHM'nin dinamik yoruma dayanan içtihadı uyarınca kazanmıştır. AİHS hükümlerinde bilinçli bir tercihle sözleşme kavramlarının tanımlanmasından kaçınılmış; böylelikle AİHM'e geniş bir manevra kabiliyeti kazandırılarak AİHS'nin zamanla gelişen ihtiyaçlara cevap verebilmesi imkânı tanınmıştır. Bu sayede AİHS yaşayan bir metin olarak varlığını sürdürmektedir. AİHS'nin günün koşulları ışığında yorumlanmasını ifade eden gelişmeci ya da dinamik yorum, AİHM'nin geliştirdiği ve AİHS'e özgü yorum yöntemlerinden biridir.[46] Dinamik ve gelişmeci yorum öncelikle AİHS'nin konu ve amacına dayanır.[47] AİHM, AİHS'ten, özellikle de başlangıç bölümünden, amaçsal yorum yapılması gerektiğini, hatta AİHS'in geliştirilmesi konusunda yetkilendirildiği sonucunu çıkarmaktadır.[48]

AİHS'te düzenlenmemiş bazı konuların AİHM tarafından yorumlanmasına yaptığımız bu vurgu ile; bir yargı organı marifetiyle *lex specialis,* daha da geniş şekilde ifade edersek, özel bir sorumluluk rejimi oluşturulduğuna dikkat çekmeye çalışmaktayız. UHK Maddeleri'nin bir diğer özelliği, birincil kurallar karşısındaki ikincilliğinin yanı sıra *lex specialis* karşısında da "ikincil" olarak tasarlanmış olmasıdır. Yani konuya ilişkin bir özel düzenleme karşısında, kendisinin uygulanmayacağını daha en baştan düzenlemektedir.[49]

Bu çalışmanın konusunu oluşturan hukuka aykırı eylemin devlete bağlanması (atfedilme) konusu da AİHS'te özel olarak düzenlenmiş değildir.[50] Eğer bir konu *lex specialis* ile düzenlenmemişse, genel kurallara yani *lex generalis*'e başvurulması

44 Matthieu Loup, 'The Content of State Responsibility under the European Convention on Human Rights - Some Reflections on the Court's Approach to General International Law on State Responsibility' in Samantha Besson and Matthieu Loup (edn) *International Responsibility: Essays in Law, History and Philosophy* (Schulthess Verlag 2017) 139, 158. Söz konusu çalışma genel sorumluluk hukukundaki onarım biçimleri ile AİHM uygulaması arasındaki ilişkiyi incelemektedir.

45 İbid.

46 Yüksel Metin, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler' (2010) 7(27) Uluslararası İlişkiler Dergisi 111, 118.

47 İbid 119.

48 İbid.

49 Söz konusu prensip UHK Maddeleri'nde şu şekilde ifade edilmiştir:

UHK Maddeleri 55:

"Lex Specialis

Bu maddeler, uluslararası hukuka aykırı eylemin varlığı için aranan koşulların veya bir devletin uluslararası sorumluluğunun içeriği ve uygulanmasının uluslararası hukukun özel kuralları tarafından düzenlenmesi halinde ve düzenlendiği ölçüde uygulanmaz."

50 Marko Milanovic, 'Special Rules of Attribution of Conduct in International Law' (2020) 96 International Law Studies 295, 343.

beklenir.[51] Ancak AİHM yorum ve içtihat yoluyla genel uluslararası hukuk düzenlemelerinden ayrılan ve *lex specialis* özelliği gösteren kurallar oluşturmuş olabilir. Atfedilmeye ilişkin *lex specialis* kabul edilmesi de mümkündür. Ancak UHK Maddeleri'nde öngörülen atfedilmeye ilişkin kuralların, örf ve âdet hukukuna ve sözleşmeye dayanan insan hakları hukuku dâhil olmak üzere uluslararası hukukun tüm alanlarında uygulanması amaçlanmıştır.[52] Bu nedenle *lex specialis*'in yokluğunda uluslararası hukukun tüm alanlarında atfedilmeye ilişkin genel kuralların uygulanması gerekir. Dolayısıyla örf ve âdet hukukuna aykırı bir yaklaşım benimsenebilmesi için AİHM bunu bir biçimde gerekçelendirmek zorundadır. Burada andlaşmalar hukuku uyarınca AİHS'in yorumlanmasının da sınırları olduğu ve *lex generalis*'ten sapma için açık bir norm gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu çalışmanın cevaplamayı amaçladığı sorulardan bir tanesi de bu konuya ilişkindir: AİHM devletin uluslararası sorumluluğunun ortaya çıkmasının koşullarından biri olan atfedilme konusunda, genel uluslararası hukuktan ayrılan özel birtakım kurallar geliştirmiş midir? Bu soru ile aynı zamanda, AİHM içtihadının genel uluslararası hukuk kurallarına aykırı olup olmadığını da sormuş olmaktayız.

Aslında en baştan başlanarak, AİHM içtihadında fazla karşılaşılmayan ve alana yabancı sayılabilecek "atfedilme" kavramının AİHS çerçevesindeki sorumluluğun bir unsuru olup olmadığını tespit etmek gerekir. Acaba AİHM atfedilme kavramını kullanmadan, farklı ifadelerle ya da zımni olarak bu mantıksal işlemi uygulamakta mıdır? Bazı yazarlarca pozitif yükümlülükler doktrini atfedilmenin bir alternatifi gibi yorumlanmış olsa da, AİHM içtihadı dikkatle incelendiğinde meselenin daha karmaşık olduğu görülmektedir.

Özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi meselesinin AİHM tarafından nasıl değerlendirildiğini incelemek için ikili bir ayrım yapılması gerekir.[53] Bu ayrıma göre, birinci grupta özel kişilerin kamusal bir faaliyet yürüttüğü ve devletin pozitif yükümlülüklerine aykırı davrandığı gerekçesiyle meydana gelen hukuka aykırılıktan sorumlu tutulduğu hâller yer almaktadır. AİHM'e göre bu grupta yer alan davalar en azından resmi olarak "kamu otoritesi" sayılamayacak bir organın eylemleri nedeniyle

51 Uluslararası hukuk kuralları, bir anlamda uluslararası kamu düzenine aykırı normların kabul edilmesini yasaklayan *jus cogens* haricinde, tamamlayıcı ve ikincil niteliktedir. Dolayısıyla taraflar herhangi bir konuda serbestçe andlaşma akdederek bir konuyu genel uluslararası hukukta öngörülenden farklı bir biçimde düzenleyebilirler. Bu gibi özel bir düzenlemenin yokluğunda uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları ya da hukukun genel ilkelerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

52 Meron (n 12) 376.

53 AİHM içtihadında atfedilmeye ilişkin kurallar, AİHS'in 1. maddesi çerçevesinde davalı devletin ülke dışı yetkisinin değerlendirilmesi bağlamında da uygulanmıştır. Literatürde de atfedilmeye ilişkin kurallar ile insan hakları ilişkisi ağırlıklı olarak ülke dışı yetkinin söz konusu olduğu davalar bakımından incelenmiştir. Bu nedenle üçüncü bir kategoriden daha söz edilmesi mümkündür. Ancak bu davalarda teorik açıdan iki ayrı konu olan özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi ile ülke dışı yetki konuları iç içe geçmiş hâldedir. Bu nedenle kuralların bu bağlamda uygulanması atfedilmenin dışında farklı bir meseleyi içermektedir ve söz konusu ilişki ayrı bir çalışma kapsamında ele alınmıştır: Miray Azaklı Köse, 'Uluslararası Hukukta Eylemin Devlete Atfedilmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ülke Dışı Yetki Arasındaki İlişki' (2021) 41(1) Public and Private International Law Bulletin 261.

ratione personae bakımından devletin sorumluluğuna ilişkindir.[54] Bu grupta yer alan davalarda gerçek anlamda bir özel kişinin eyleminin devlete atfedilmesi meselesi yoktur. Çünkü devlet, özel kişinin hukuka aykırı eyleminden dolayı değil, bizzat kendi organ veya görevlilerinin önleme veya cezalandırma biçimindeki bir pozitif yükümlülüğünün ihlalinden sorumlu tutulmaktadır. Uluslararası hukuka aykırı eylem, hukuki bir yükümlülüğe aykırı olan icrai veya ihmali nitelikte bir davranışı içerebilir.[55] Diğer bir ifadeyle yükümlülük, kaçınma veya harekete geçme görevi yükleyebilir; hukuk düzeninde hem pozitif hem de negatif yükümlülükler söz konusudur.[56] Dolayısıyla atfedilme işlemi devlet organlarının eylemleri temelinde gerçekleşmektedir.

İkinci grup davalar ise AİHM'nin bir şirket ya da başka bir özel kişinin eylemlerinden devletin sorumluluğunu, AİHS'nin 34. maddesi bağlamında davacının hükümet kuruluşu olup olmadığına ilişkin kriterleri uygulayarak belirlediği davalardır. Bu grupta yer alan davalar özellikle devlet şirketlerinin eylemlerinden sorumluluğa ilişkin olmakla birlikte, yalnızca bunlarla sınırlı değildir. Aşağıda "Devlet Şirketleri ve Diğer Özel Kişi veya Birimlerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi" başlığı altında bu davalar incelenecektir.

İnsan hakları hukukunun atfedilme konusuna yaklaşımı, bazı özellikler arz etmektedir. İnsan hakları hukukunda devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinden söz edilir. Konu aşağıda detaylı olarak incelenecek olmakla birlikte, pozitif yükümlülükler bir boyutuyla devletin özel kişilerin hukuka aykırı eylemlerini önleme, bunlara karşı tedbir alma ya da ihlali ve sorumlularını soruşturma ve cezalandırma gibi yükümlülüklerini içerir. Burada tedbir alma, önleme ya da soruşturma yükümlülüğü karşısında devletin "pasif kalma" (ihmal) şeklinde bir hukuka aykırı davranışı söz konusudur. Yani sorumluluğu doğuran eylem, özel kişilerin gerçekleştirdiği hukuka aykırı eylem değil; devletin harekete geçmesi gerekirken geçmemesi biçimindeki kendi organ veya görevlilerinin davranışıdır. Genel uluslararası hukukta yapılan özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi işleminde ise devletin önleme yükümlülüğüne aykırı eylemi de sorumluluk doğurabilir ise de, esasen özel kişinin gerçekleştirdiği hukuka aykırı eylem, özel kişi o olayda bizzat devletin bir uzantısı gibi hareket ettiğinden devletin eylemi olarak kabul edilmektedir. Burada devletin sorumluluğunu doğuran, yukarıdaki örnekte olduğu gibi önleme yükümlülüğünü yerine getirmeme biçimindeki pasif davranışı değil; özel kişinin icrai nitelikteki eyleminin devletin o eylem üzerinde sahip olduğu kontrol nedeniyle devlete bağlanabilmesidir. Yani özel kişi üzerinde devletin sahip olduğu kontrolün derecesi, o eylemi bizzat devletin eylemi kılabilmektedir.

54 *Kotov v Russia*, App No 54522/00 (ECtHR, 3 April 2012) para. 92; *Liseytseva and Maslov v Russia* App No 39483/05 ve 40527/10 (ECtHR, 9 October 2014) para 184.

55 Robert Kolb, *The International Law of State Responsibility: An Introduction* (Edward Elgar Publishing 2017) 38.

56 İbid.

Esasen genel uluslararası hukukta bizzat devlete yüklenmiş bir yükümlülük olan "koruma yükümlülüğü" ile özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi hukuk tekniği açısından ayrı konulardır. AİHM'nin yaklaşımı bir yana bırakılacak olursa, genel uluslararası hukukun devletin sorumluluğunu doğuran bir hukuka aykırı eylemi tespiti, a) eylemin uluslararası hukuka göre devlete atfedilmesi ile b) eylemin devletin uluslararası bir yükümlülüğünü ihlal ettiğinin tespiti biçiminde iki adımdan oluşmaktadır. İnsan hakları hukukunda ise, büyük ölçüde bu alanda meydana gelen ihlallerin doğasından kaynaklanan sebeplerle, özel kişilerin hukuka aykırı eylemleri karşısında devletin "önleme ve koruma yükümlülüğü" ön plana çıkarılmıştır.

Örneğin yine uluslararası hukukun parçalanması fenomeni kapsamında bağımsız (*self-contained*)[57] hukuk rejimi olmaya aday görülen ve insan hakları hukukuna benzer biçimde bireylerin doğrudan devleti dava edebildiği uluslararası yatırım tahkimi alanında genel uluslararası hukukun söz konusu metodolojik ayrımına sadık kalınmıştır. Yatırım tahkimi kapsamında görülen uyuşmazlıklarda, UHK Maddeleri'nin atfedilmeye ilişkin temel hükümleri olarak görülen 4., 5. ve 8. maddeleri kapsamında bir eylemin devlete atfedilip atfedilemeyeceği incelenmektedir. Ancak burada yatırım tahkiminin, merkezi bir mahkemeden ya da temyiz incelemesinden yoksun mekanizmalara dayandığını vurgulamak gerekir. Yani, uluslararası yatırım hukuku kendisine özgü ve genel uluslararası hukuk rejiminden ayrılan tutarlı bir yaklaşım benimseyebilecek bir kurumsal yapıya sahip değildir. Dolayısıyla konu eğer devletler arasındaki bir uluslararası anlaşma ya da uyuşmazlığın tarafları arasındaki bir sözleşme ile düzenlenmemiş ise (çoğunlukla yatırım anlaşmalarında karşılaşılan durum budur), yatırım hakem heyetinin yapabileceği tek şey, genel uluslararası hukuka başvurmak, yani uluslararası hukukun atfedilmeye ilişkin kurallarını uygulamak olacaktır.

Devletin fiziki bir varlığı bulunmadığından, devlet ancak kendisi adına hareket eden kişiler vasıtasıyla eylemlerini gerçekleştirebilir.[58] Bu nedenle atfedilme devlet adına hareket eden bireylerin icra veya ihmal biçimindeki eylemlerinin hukuki olarak devletin eylemi kabul edilmesini sağlayan hukuksal bir işlemdir. Böylelikle artık o eylem söz konusu bireye ait değil, yalnızca ve münhasıran devlete ait bir eylem olarak kabul edilecektir.[59] Özetle, atfedilme temelde devletin kendi organ ve görevlilerinin hukuka aykırı eylemleri nedeniyle devlete sorumluluk yüklenmesi ve devletin herhangi bir sorumluluk taşımayacağı özel nitelikli hukuka aykırı eylemlerin belirlenmesi amacına hizmet etmektedir.[60]

57 Bkz yukarıda dipnot 3 ve dipnot 8.

58 Rüdiger Wolfrum, 'State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Relevance' in Maurizio Ragazzi (edn) *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (Martinus Nijhoff Publishers 2005) 423, 424.

59 Kolb (n 55) 70.

60 Gordon A Christenson, 'The Doctrine of Attribution in State Responsibility' in Richard Lillich (edn) *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (University Press of Virginia 1983) 321, 321.

Genel bir bakışla atfedilmeye ilişkin kurallar şu şekilde özetlenebilir: (i) Devletin *de jure* organ ve görevlilerinin eylemlerinin atfedilmesi - bu noktada ilgili devletin bu organların oluşturulmasını veya görevlilerin seçilmesini sağlayan iç hukukuna bakılmaktadır. (UHK Maddeleri 4-7), (ii) Devletin *de facto* organlarının veya görevlilerinin eylemlerinin atfedilmesi - devletin organik hukuki yapısından bağımsız olarak devlet fonksiyonlarının etkin icrasına bakılmaktadır (UHK Maddeleri 8-9), (iii) Özel kurallar uyarınca eylemlerin atfedilmesi - örneğin ayaklanma durumu, bazı davranışların sonradan devlet tarafından benimsenmesi veya diğer özel durumlar (UHK Maddeleri 10-11)[61]. Söz konusu kurallardan ise özellikle üçü uluslararası yargı ve hakem mahkemeleri tarafından yaygın uygulama alanı bulmaktadır ve atfedilmeye ilişkin çekirdek hükümler olarak nitelendirilmektedir[62]:

Bunlardan ilki, sorumluluğu öne sürülen devletin iç hukuku uyarınca devlet organı statüsü tanınmış kişi veya birimlerin (*de jure* organ) her türlü eyleminin devlete atfedilebileceğini düzenlemektedir:

"***Madde 4***

Devlet Organlarının Tasarrufu

1. Herhangi bir devlet organının tasarrufu, organın yasama, yürütme, yargı ya da başka bir fonksiyonu yerine getirip getirmediğine, organın devlet organizasyonu içerisindeki pozisyonuna ve merkezi hükümetin bir organı mı yoksa devletin yerel idaresinin bir organı mı sayıldığına bakılmaksızın uluslararası hukuka göre o devletin eylemi kabul edilecektir.

2. Organ, devletin iç hukuku uyarınca bu statüye sahip olan her kişi veya birimi içermektedir."

Devletin tüm organları bir uluslararası hukuka aykırı eylem gerçekleştirebilir ve bu kuralın bir istisnası bulunmamaktadır. Devlet, egemenliği gereği kendisini organize etmek ve kendi organlarını belirlemek konusunda özgürdür.[63] 4. madde bu temel prensibi ortaya koymaktadır. Devletin kendi organlarının eylemlerinin atfedilmesinde uluslararası hukukun rolü oldukça sınırlıdır; esas belirleyici olan ilgili devletin iç hukukudur.[64] Çünkü devlet kendi organlarının hangileri olduğunu iç hukuku uyarınca kendisi belirlemektedir.

61 Kolb (n 55) 73.

62 James Crawford, 'Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility' (2010) 25(1) ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 127, 133.

63 Djamchid Momtaz, 'State Organs and Entities Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority' in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 237, 239.

64 Luigi Condorelli and Claus Kress, 'The Rules of Attribution: General Considerations' in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 221, 229.

İkinci temel düzenleme, UHK Maddeleri 5. hükmü olup devletin iç hukuku uyarınca *de jure* organ sayılmayan ancak normal koşullarda devlete ait olan bazı kamu gücü unsurlarını kullanan kişi ve birimlerin tasarrufunun belirli koşullar altında devlete atfedilebilmesini düzenlemektedir.[65] 4. maddeye benzer şekilde 5. madde uyarınca kamu gücü kullanma yetkisi ile donatılmış kişi veya birimlerin eylemlerinin atfedilmesinde de iç hukuk belirleyicidir.[66] Ancak burada ilgili organa iç hukukta devlet organı statüsü tanınıp tanınmadığı değil; kamu gücü kullanma yetkisi tanınıp tanınmadığı araştırılmaktadır:

"***Madde 5***

Kamu Gücü Unsurlarını Kullanan Kişi ve Birimlerin Tasarrufu

Madde 4 uyarınca devlet organı sayılmayan ancak ilgili devletin iç hukuku uyarınca kamu gücü unsurlarını kullanmakla yetkilendirilmiş ve somut olayda bu nitelikte hareket eden kişi veya birimlerin tasarrufları devletin eylemi olarak kabul edilir."

Devletin çeşitli düzeylerde dâhil olduğu şirketlerin ve yine farklı düzeylerde bağımsızlığa sahip düzenleyici kuruluşların varlığı, klasik kamu hukuku-özel hukuk ayrımını belirsiz hâle getirmiş ve bu durum devletin sorumluluğunun belirlenebilmesi amacıyla söz konusu birimlerin faaliyetlerinin detaylı bir biçimde incelenmesini gerekli kılmıştır.[67] 5. madde geleneksel olarak devlet tarafından görülen, iktisadi ya da sosyal nitelikli bazı kamusal faaliyetlerin devletler tarafından özel kişilere gördürülmeye başlanması karşısında oluşan sorumluluk boşluğunu doldurmaktadır.

Bu sayede UHK Maddeleri'nin sağladığı önemli bir imkân, yapısı, karar alma mekanizması ya da amaçları gibi unsurlar bakımından kamusal kuruluş özellikleri göstermeyen, ancak kısmi de olsa kamu gücü kullanan özel şirketlerin faaliyetlerinin de devletin eylemi sayılabilmesidir. Bazı kamusal yetkileri elinde bulundurmaya devam eden özelleştirilmiş devlet şirketleri ya da özel şirketlerden kısmi de olsa kamu gücü kullanma yetkisi bulunanlar bu çerçevede düşünülmelidir. Ancak burada devletin sorumluluğunun doğabilmesi için hukuka aykırı eylemin kamusal nitelikli olması gerekir.

Örneğin seyahat acentelerinin pasaport kontrolü ya da vize verilmesi gibi kamusal yetkilerin kullanılmasını içeren eylemlerinin devlete atfedilmesi mümkün iken, kamusal yetkilerin kullanılmasını içermeyen bilet satışı veya otel rezervasyonu gibi

65 5. madde hükmünün örf ve âdet hukukunu yansıtıp yansıtmadığı Soykırım Sözleşmesi davasında Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı tarafından yanıtsız bırakılmıştır. Bkz Alexander Kees 'Responsibility of States for Private Actors' in Rüdiger Wolfrum (edn) Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Oxford Public International Law 2011) para 11 <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1092?prd=MPIL> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro) (Judgment) [2007] ICJ Rep 43, para 414.

66 Condorelli and Kress (n 64) 229.

67 James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th edn, Oxford University Press 2012) 544.

eylemlerinin söz konusu kural bağlamında devlete bağlanabilmesi söz konusu değildir.[68] Benzer bir biçimde devlete ait bazı yetkileri kullanan özel güvenlik şirketlerinin (örneğin ceza infaz kurumlarında kamu gücü sayılan bazı yetkiler kullanan özel şirketlerin) eylemleri de devletin sorumluluğunu doğurabilir.

Uluslararası hukukta devlet, kural olarak özel kişilerin eylemlerinden sorumlu değildir.[69] UHK Maddeleri'nde atfedilmeye ilişkin üçüncü temel düzenleme ise, bunun temel istisnalarından biri olan, özel kişilerin devletin talimat, yönlendirme ve kontrolü altında gerçekleştirdikleri eylemlerinin devlete atfedilebilmesine ilişkin kuraldır:

"***Madde 8***

Devlet Tarafından Yönlendirilen veya Kontrol Edilen Tasarruf

Bir kişi veya kişi grubunun tasarrufu, eğer bunlar tasarrufta bulunurken aslında bir devletin talimatı veya yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket ediyorlarsa uluslararası hukuka göre o devletin eylemi olarak kabul edilir."

Uluslararası hukukta devleti belirlemek devlet dışı aktörleri belirlemekten daha kolaydır; çünkü devlet dışı aktörler ile çeşitli biçim ve durumlarda karşılaşılmaktadır: Örneğin bireyler, gerçek veya özel hukuk kişileri, gruplar, dernekler, ağlar, yapılar, şirketler veya isyancılar olarak karşımıza çıkabilirler.[70] Uluslararası hukukta bu aktörlerin statüsü sistem içinde hangi ölçüde yer aldıkları ve yerine getirdikleri faaliyetlere göre değişebilmektedir.[71] Eğer bu aktörler devletin *de facto* organı haline gelmişlerse, artık devletin eyleminden söz edilebilecektir.[72] *De facto* organ kavramı, ilgili devletin iç hukuku uyarınca devlet organı sayılmayan ancak uluslararası hukuka göre devlet organı olarak nitelendirilen kişi veya birimleri kapsamaktadır.[73] Kavram sıklıkla 8. maddenin kapsadığı durumlar ile ilişkili olarak kullanılmaktadır.[74]

8. madde hükmü iki farklı senaryoyu düzenlemektedir: Birincisi, hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren özel kişilerin devletin talimatı altında hareket etmesi durumu iken, ikincisi devlet ile özel kişiler arasındaki ilişkinin daha mesafeli olduğu bir durumdur.[75]

68 Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk* (Seçkin 2020) 412.

69 Farrior and Clagett (n 14) 301.

70 Emmanuel Roucounas, 'Non-State Actors: Areas of International Responsibility in Need of Further Exploration' in Maurizio Ragazzi (edn) *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (Martinus Nijhoff Publishers 2005) 391, 403.

71 İbid.

72 De facto organ kavramı üzerine bir inceleme için bkz Bleda R. Kurtdarcan, 'Uluslararası Sorumluluk Hukuku Kapsamında Devletin de Facto Organı Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme' (2016) 11(143-144) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57.

73 Paolo Palchetti, 'De Facto Organs of a State' in Rüdiger Wolfrum (edn) Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Oxford Public International Law 2017) para 2 <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1394> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

74 İbid para 7.

75 Wolfrum (n 58) 427.

İlk hâlde talimat altında hareket eden özel kişiler talimatı veren devlet organının uzayan bir kolu görünümündeyken, ikinci hâlde devletin yönlendirme veya kontrolü altında hareket eden kişilerin eylemleri bakımından atfedilme süreci daha karmaşıktır.[76] Genellikle kabul edilen, eylemin ancak devletin somut (spesifik) operasyon ve eylem üzerinde yönlendirme ve kontrolü var ise devlete atfedilebileceğidir.[77] Bu yönlendirme ve kontrolün hangi ölçüde olması gerektiği meselesi Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı tarafından Nikaragua davasında[78] incelenmiştir.[79]

AİHM içtihadı atfedilmeye ilişkin özellikle iki kuralın, UHK Maddeleri 5. ve 8. hükümlerinin, özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesinde en fazla ilişkili kurallar olduğunu göstermektedir.[80] Bu çalışmanın izleyen bölümlerinde söz konusu kuralların AİHM içtihadındaki iz düşümleri aranacak ve AİHM'in diğer yargı organları ve hakem mahkemelerine benzer şekilde söz konusu kurallar ile kendisini bağlı görüp görmediği sorusu yanıtlanmaya çalışılacaktır.

II. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Özel Kişilerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi

A. İnsan Hakları Hukukunda Devletin Pozitif Yükümlülükleri Doktrini

Her ne kadar uluslararası insan hakları hukuku sorumlu olarak yalnızca devleti esas almakta ve devlet dışı aktörler konusunda sessiz kalmakta ise de[81], gerçekte insan hakları ihlallerinin büyük bir çoğunluğu devletin kontrolü altında bulunmayan devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilmektedir.[82] Uluslararası hukukun diğer alanlarının, örneğin insancıl hukukun, devlet dışı aktörler tarafından ihlali mümkün iken, bu kişi veya birimler insan hakları hukuku bakımından sorumlu tutulamamaktadır.[83]

Diğer yandan insan hakları hukuku kuralları, devlet-birey ilişkileri yanında bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde de geçerli olan ve uyulması zorunlu bulunan kurallardır.[84] Haksız kamulaştırma, göz altında işkence ve kötü muamele, haksız yakalama, haksız tutuklama gibi sadece devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilebilecek ihlaller bir yana bırakılırsa, pozitif hukukta yer alan temel haklar, devletler yanında bireylerce de ihlal edilebilen haklardır.[85]

76 İbid 427-428.

77 İbid 428.

78 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep 14.

79 İbid para 115-116.

80 Pavel Šturma, 'State Responsibility and the European Convention on Human Rights' 4 <https://rm.coe.int/the-issues-of-state-responsibility-before-the-ecthr/1680a05736> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

81 Robert McCorquodale, 'Overlegalizing Silences: Human Rights and Nonstate Actors', (2002) 96 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 384, 384.

82 İbid 385.

83 İbid.

84 Reyhan Sunay, 'İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu' (2015) 23(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9, 11.

85 İbid 23.

Atfedilmeye ilişkin kuralların fazlasıyla geleneksel olduğu ve özel ve kamusal alanların iç içe geçmesi olgusuna cevap veremediği yönündeki eleştiriler karşısında, 1945 sonrasında uluslararası insan hakları hukukunun gelişmesi ile birlikte atfedilmeye ilişkin kuralların yeterli olduğunun kanıtlandığı öne sürülmüş ve bunun sebebi olarak hem atfedilmeye ilişkin kuralların esnekliği hem de devletin ihlalden kaçınmanın yanı sıra hakkın korunması yükümlülüğü ile sorumlu tutulması gösterilmiştir.[86] Buna göre eğer uluslararası hukuk özel sektörün problemlerine cevap vermiyorsa, çözüm ekonomik, sosyal ve kültürel haklar gibi konularda birincil kuralların geliştirilmesinde veya mevcut yükümlülüklerde neyin eksik olduğunun araştırılmasında aranmalıdır.[87]

AİHM daha ziyade ekonomik, sosyal ve kültürel hakların korunması başlıca amacını taşıyan belgelerin denetim organları tarafından tercih edilen yükümlülüklerin üçlü tasnifi yerine, medeni ve siyasi haklar ile ilgili olan daha basit ikili bir yaklaşımı seçmiştir: negatif yükümlülükler ve pozitif yükümlülükler ayrımı.[88] Üçlü tasnif, devletin organları ve görevlileri eliyle hakka hukuka aykırı bir müdahalede bulunmama yükümlülüğü, devletin üçüncü kişilerin hakka müdahalesini önleme ve cezalandırma yükümlülüğü ve devletin hakkın gerektiği gibi kullanılabilmesi için pozitif tedbirler alması yükümlülüğüne karşılık gelmektedir.[89]

Devlet, yani devlet görevlileri ve kamu kurumları tarafından kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale "dikey etki" olarak da adlandırılmakta olup, kişiler veya çeşitli gruplar arasındaki özel ilişkilerden kaynaklanan hak ihlalleri ise temel hakların "yatay etkisi" kavramı ile açıklanmaktadır.[90] Bu süreçte gerçekleşen ihlaller de "yatay ihlaller" olarak anılmaktadır.[91] Devletin yatay hak ihlallerinin önlenmesi konusunda da bazı sorumlulukları vardır.

Günümüzde AİHS'in standart koyan hükümleri biri negatif, diğeri pozitif olmak üzere ikili bir boyuta sahiptirler ve bu anlamda hâkimin yarattığı bir yapı söz konusudur.[92] AİHM konuya ilişkin kararlarında pozitif yükümlülük kavramını tanımlamamaktadır ancak kavramın ne anlama geldiği içtihattan anlaşılabilmektedir.[93] Buna göre, pozitif yükümlülükler ulusal makamların bir hakkı korumak için ihtiyaç duyulan tedbirleri almasını gerekli kılar[94] ya da başka bir ifadeyle ulusal makamların makul tedbirler

86 Crawford, 'Revising the Draft Articles' (n 21) 439.

87 İbid 440.

88 Jean-François ve Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No: 7* (1. Baskı, Avrupa Konseyi 2008) 5.

89 İbid 4-5.

90 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı* (8. Baskı, Seçkin 2019) 55-56; François ve Kombe (n 88) 14.

91 Sunay (n 84) 11-12.

92 François ve Kombe (n 88) 6.

93 İbid 7; Metin (n 46) 129.

94 *Hokkanen v Finland* App No 19823/92 (ECtHR, 24 August 1994)

alarak bireyin haklarını korumasını gerektirir.[95] Buna ihlali gerçekleştiren kişilere yaptırım öngörülmesi ve uygulanması da dâhildir.[96] Bu bağlamda devlet failleri bulmak, kovuşturma yapmak, yargılamak ve gereken cezaları vermek zorundadır ve bütün bu işlemleri makul bir zamanda ve etkin bir şekilde yerine getirmelidir.[97]

AİHM pozitif yükümlülük doktrinini AİHS'in ve protokollerin standart koyan maddeleri ile AİHS'in 1. maddesinin birlikte değerlendirilmesine dayandırmaktadır.[98] Kısacası pozitif yükümlülükler devletin yargı yetkisindeki herkese AİHS'de yer alan hakları sağlama yükümlülüğünden türetilmiştir. Yani devletin insan haklarını koruma görevinden doğmaktadır.[99]

Negatif ve pozitif yükümlülükler ayrımına dayanan ve AİHM tarafından benimsenen ikili tasnif, üçlü tasnifle benzerlikler taşımakla beraber zamanla geliştirilmiş bir yaklaşımdır. Buna göre, devletin bizzat kendisinin hakka hukuka aykırı müdahalede bulunmama yükümlülüğü, AİHS'te kaleme alınmış hakların özünde zaten bulunmaktadır. Diğer yandan devletin pozitif bir edimini gerektiren pozitif yükümlülüklerin birçoğunun ortaya çıkması için söz konusu yükümlülüklerin AİHM tarafından vazedilmesi gerekmiştir. 1968 tarihli *Belçika Dil Hakları* davasında verilen karar[100] ile başlayan bu süreç, AİHM'in sürekli olarak pozitif yükümlülükler kategorisini yeni unsurlar ekleyerek genişletmesi ile devam etmiştir.[101] Diğer bir ifadeyle pozitif yükümlülükler kategorisi AİHM'in yaratımıdır.[102]

Burada pozitif yükümlülük doktrini her ne kadar AİHS'te yer alan yükümlülüklerin genişletilmesi sonucunu doğuruyor ve bireyler arasında meydana gelen ihlaller nedeniyle devletin sorumlu olmasına yol açıyor ise de, aslında devlet doğrudan bireyin eyleminden sorumlu tutulmamaktadır. Çünkü devlet hukuken veya maddî olarak bireylerin haklarının ihlal edilmesini önleyemediği ya da faillerin cezalandırılmasını sağlayamadığı için sorumlu tutulmaktadır.[103] Aşağıda ilk olarak bu durum incelenecektir.

95 *Lopez-Ostra v Spain* App No 16798/90, (ECtHR, 9 December 1994)

96 François ve Kombe (n 88) 7.

97 Mehmet Akif Poroy 'Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük' (2006) 80(3) İstanbul Barosu Dergisi, 1005, 1008; Sunay (n 34) 27.

98 Örneğin, *VgT Verein Gegen Tierfabriken v Switzerland* App No 24699/94 (ECtHR, 28 June 2001); *Broniowski v Poland* App No 31443/96 (ECtHR, 22 June 2004); Sunay (n 84) 29; Metin (n 46) 116.

99 Sunay (n 84) 27.

100 Case "Relating to Certain Aspects of the Laws On the Use of Languages in Education in Belgium" v Belgium (Merits) App No 1474/62 (ECtHR, 23 July 1968)

101 François ve Kombe (n 88) 5-6.

102 Söz konusu süreç aşağıda "B. Pozitif Yükümlülükler Doktrini Çerçevesinde Eylemin Devlete Atfedilmesi" başlığı altında ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir.

103 İbid 15.

B. Pozitif Yükümlülükler Doktrini Çerçevesinde Eylemin Devlete Atfedilmesi (Birinci Grup Davalar)

İnsan hakları bağlamında sıklıkla söz konusu olan devletin kendi eylemleri ile bir hakkı ihlal etmesinden ziyade, devlet dışı aktörlerin gerçekleştirdiği ihlallere karşı hakkın korunmasını sağlamada başarısız olmasıdır. Ancak bu gibi durumlara karşı çözüm sunma noktasında devletin sorumluluğu hukuku uzun süre gelişmemiştir.[104] Bu nedenle insan hakları kural yapıcıları ve insan hakları hukuku içtihadı bu durumu değiştirmek üzere "özen gösterme yükümlülüğü" (*due diligence*) ya da pozitif yükümlülük doktrinine başvurmuşlardır.[105]

Sorumluluğun doğması bakımından en çok başvurulan standart, gereken özeni gösterme standardıdır ve her ne kadar kavramın tanımı üzerinde bir görüş birliği olmasa da, gereken özeni gösterme önleme, soruşturma, cezalandırma ve tazmin etmeyi içerecek şekilde devletin tüm aygıtlarını harekete geçirme yükümlülüğünü içermektedir.[106]

Bilhassa özelleştirme nedeniyle belirli kamusal görevlerin özel kişiler tarafından görülmesinin söz konusu olduğu davalarda, UHK Maddeleri 5. ve 8. hükümlerinde aranan koşullar genellikle karşılanamamaktadır.[107] Burada atfedilme, devlet ile özel kişiler arasında talimat verme veya kontrol kullanmaya dayanan bir ilişkiden kaynaklanmamakta, insan hakları korumasının kapsamında kaldığı sürece, devredilen devlet fonksiyonunun özel doğası belirleyici olmaktadır.[108]

Bir özel öğretim kurumunun söz konusu olduğu *Costello-Roberts v the United Kingdom* kararında, AİHM tarafından devletin yükümlülüğünü özel kuruluş veya kişilere devrederek kendisini sorumluluktan kurtaramayacağına vurgu yapılmış[109]; devlet okulları ve özel okullar arasında bir ayrım yapılmaksızın ülkede bulunan tüm okullar bakımından eğitim hakkının korunması bağlamında bedensel disiplin cezasından Birleşik Krallık'ın sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir.[110] Ancak değerlendirme neticesinde Birleşik Krallık'ın gerçekleştirdiği bir ihlal bulunmadığına hükmedilmiştir.[111] *Costello-Roberts v the United Kingdom* davasında AİHM'in özel okul öğretmenlerinin eylemlerinin devlete atfedilmesi ile ilişkili olarak atfedilmeye dair zorlu meselelerle ilk kez karşı karşıya kalmış olması muhtemeldir.[112] Çünkü AİHM

104 Susan Marks and Fiorentina Azizi, 'Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: International Mechanisms' in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 725, 729.

105 İbid 729-730.

106 Farrior and Clagett (n 14) 532.

107 Kees (n 65) para 22.

108 İbid.

109 *Costello-Roberts v the United Kingdom*, App No 13134/87 (ECtHR, 25 March 1993) para 27.

110 İbid para 27-28.

111 İbid para 36; para 40.

112 Šturma (n 80) 4.

devletin sorumluluğunu atfedilmeye ilişkin kurallara dayandırmamış, bunun yerine devletin eğitim alanındaki pozitif yükümlülüklerini gerekçe göstermiştir.[113] Diğer bir ifadeyle AİHM'in değerlendirmesi meselenin öğretmenlerin eylemlerinin devlete atfedilmesi biçiminde değil, devletin pozitif yükümlülükleri temelinde ele alındığını göstermektedir.

Benzer bir biçimde *Storck v Germany* davasında da, AİHM devletin kamusal alandaki yükümlülüklerini özel kişilere devrederek sorumluluktan kurtulamayacağını[114] ifade ettikten sonra, kişilerin rızaları hilafına tutulduğu özel psikiyatri klinikleri üzerinde devletin gözetim ve denetim yetkisi bulunduğuna ve somut olayda devletin pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiğine hükmetmiştir.[115] Bu davada pozitif yükümlülük yerine UHK Maddeleri 5. hükmü uygulanmış olsa idi dahi, AİHM'in söz konusu gerekçesinin eylemin devlete atfedilmesi bakımından da yeterli olacağı ifade edilmektedir.[116]

O'Keeffe v Ireland davasında AİHM bir öğrencinin ilköğretim okulunda uğradığı cinsel istismar karşısında devletin koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğinden bahisle İrlanda'yı sorumlu tutmuştur. İrlanda kötü muamelenin tespiti ve raporlanması konusundaki mekanizmanın etkisiz olduğu gerekçesiyle sorumlu tutulmuş ve AİHS'nin 3. maddesi çerçevesinde kötü muameleye karşı tedbir alma şeklindeki pozitif yükümlülüğün İrlanda tarafından ihlal edildiğine karar verilmiştir.[117] AİHM, *Costello-Roberts v the United Kingdom* davasına atıfta bulunarak devletin eğitim hizmetini özel kişilere devrederek koruma yükümlülüğünden kurtulamayacağını belirtmiştir.[118] Yani *Costello-Roberts v the United Kingdom* davasına benzer biçimde atfedilmeye ilişkin kurallara değinilmemiştir.[119]

Bazı durumlarda ise eylem devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilmiş ise de, bu kanıtlanamamaktadır. Örneğin *Tepe v Turkey* davasında, başvurucu oğlunun devlet görevlileri tarafından kaçırıldığı ve öldürüldüğünü öne sürmüştür.[120] Bu davada delil yetersizliği sebebiyle öldürme eyleminin doğrudan devlete atfedilmesi mümkün değilken[121], Türkiye'nin yeterli soruşturma yapma ve etkili başvuru hakkı sağlama gibi usûli yükümlülüklerini ihlal ettiğinden bahisle sorumlu tutulması mümkün olmuştur.[122]

113 İbid.

114 *Storck v Germany*, App No 61603/00 (ECtHR, 16 June 2005), para 103.

115 İbid para 103-108.

116 James Crawford and Amelia Keene, 'The Structure of State Responsibility under the European Convention on Human Rights' in Anne van Aaken and Iulia Motoc (edn) *The European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford University Press, 2018) 178, 182.

117 *O'Keeffe v Ireland* App No *35810/09* (ECtHR, 28 January 2014) para 162-169.

118 İbid para 150.

119 Šturma (n 80) 5.

120 *Tepe v Turkey* App No 27244/95 (ECtHR, 9 May 2003) para 3.

121 İbid para 163, para 196.

122 İbid para 182, para 197-198. Aynı yönde bkz Malcolm Evans, 'State Responsibility and the European Convention on Human Rights' in Malgosia Fitzmaurice and Dan Sarooshi (edn) *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions* (Hart Publishing, 2004) 139, 158.

AİHM'in bu yaklaşımı devletin düzenleme ve denetleme biçimindeki yükümlülükleri çerçevesinde iş gücü piyasası, hukuk sektörü, özel psikiyatrik tedavi merkezleri gibi pek çok alan bakımından geçerlidir.[123] Devlet eğitim hizmetinin sağlanması ya da psikiyatri hastalarının tutulmasını da içeren sağlık hizmetlerinin görülmesini özel kişilere devredebilir; ancak AİHM'e göre bunlar devletin nihai olarak sorumlusu olacağı kamusal fonksiyonlardır.[124]

AİHM'in pozitif yükümlülükler doktrini çerçevesinde verdiği bu kararlarda devletin sorumlu tutulması özel kişilerin kamusal faaliyet görmesinden ziyade, devletin koruma yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla AİHM'in söz konusu kararları UHK Maddeleri 5. hükmünün bir uygulaması niteliğinde olmadığı gibi; bu hükümden söz edilmemekte ve hükmün unsurlarının somut olayda bulunup bulunmadığı da tartışılmamaktadır.

AİHM, *Kotov v Russia* davasında ise pozitif yükümlülükler doktrini ile UHK Maddeleri 5. hükmü arasında bir ayrım yapmıştır. Dava konusu uyuşmazlık, özel bir bankada birikim hesabı bulunan başvurucunun bankanın iflası ve tasfiyesi sırasında ilk ödeme yapılacak ayrıcalıklı alacaklılar kategorisinde bulunmasına rağmen, alacağının tamamının ödenmemesi sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır. Bankanın alacaklılar kurulu bu birinci sınıf alacaklı kategorisi içinde engelli, savaş gazisi ve ihtiyaç sahibi kişilerin olduğu özel bir kategori oluşturmuştur. Mahkeme kararı ile atanan tasfiye görevlisi de banka varlıklarından bu kişilere tam ödeme yapmış; başvurucu ise birinci sınıf alacaklı kategorisinde bulunmasına rağmen alacağının % 1'inden daha azını elde edebilmiştir.[125]

Başvurucu tasfiye görevlisinin eylemlerinden devletin sorumluluğunu öne sürmüştür. AİHM konuyu iki ayrı açıdan ele alarak "tasfiye görevlisinin hukuki statüsü" başlığı altında özel kişinin eyleminden devletin sorumlu tutulup tutulamayacağını, "tasfiye prosedürü bağlamında devletin pozitif yükümlüklerinin doğası ve genişliği" başlığı altında ise devletin sorumluluğunu pozitif yükümlülükler bağlamında incelemiştir.[126]

Kararın konumuz bakımından önemi, AİHM'in doğrudan pozitif yükümlülükler doktrinine yönelmek yerine, özel kişinin eyleminin devlete atfedilmesini ayrıca ele almış olmasından kaynaklanmaktadır. Bazı yazarların görüşüne göre, *Kotov v Russia* davasında AİHM kendi içtihadı ile UHK Maddeleri'ni bağdaştırma yönünde bir girişimde bulunmuştur.[127]

123 İş gücü piyasasının düzenlenmesine ilişkin olarak ayrıca bkz *Evaldsson and Others v Sweden*, App no 75252/01, (ECtHR, 13 February 2007), para 63; baro birliklerine ilişkin olarak *Buzescu v Romania*, App No 61302/00 (ECtHR, 24 May 2005) para 78 ve Polonya-Almanya Uzlaştırma Kuruluşu'nun statüsünün tartışıldığı *Woś v Poland*, App No 22860/02, (ECtHR, 8 June 2006) para 71-74.

124 Crawford ve Keene (n 116) 182.

125 Kotov v Russia (n 54) para 17.

126 İbid para 91 vd; para 108 vd.

127 Crawford and Keene (n 116) 182.

AİHM'e göre devlet özel şirketlerin borçlarından, şirket yöneticilerinin veya tasfiye görevlilerinin hatalarından doğrudan sorumlu tutulamaz.[128] Ancak devlet 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca kişilerin haklarını arayabileceği ve kararın icra edilebileceği asgari bir hukuki çerçeveyi sağlamak zorundadır.[129] Bu nedenle AİHM Rusya'nın somut olayda yeterli hukuk yollarını sağlayıp sağlamadığını incelemiş ve pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından bir ihlal bulunmadığı sonucuna varmıştır.[130] Özel kişinin eyleminin devlete atfedilmesi bakımından yapılan incelemede ise tasfiye görevlisinin devletin doğrudan sorumluluğuna yol açacak bir devlet ajanı olarak hareket etmediğine karar verilmiştir.[131] Kararın atfedilmeye ilişkin bu kısmına bir sonraki bölümde ayrıca yer verilecektir.

AİHM içtihadı somut olayda devletin talimat veya kontrolü altında hareket eden özel kişilerin eylemlerinin devletin eylemi sayılmasını öngören UHK Maddeleri 8. hükmü ile nadiren bağlantılıdır.[132] Bunun gerekçesi olarak söz konusu hükümde kodlaştırılmış olan etkin kontrol testinin, insan hakları uygulamasında yarattığı güçlükler ve güvenlik ve sınır kontrolü gibi geleneksel olarak devletin kamusal faaliyetleri olarak kabul edilen faaliyetlerin özel kişilere devredilmesi gösterilmektedir. Örneğin *Boon*, 8. madde çerçevesindeki kontrol testinin geleneksel olarak devletle ilişkili görülen faaliyetler üzerinde devlet kontrolünün reddi anlamına geldiğini[133], bu durumun da bir sorumluluk boşluğu (*accountability gap*) yarattığını belirtmiştir.[134] Ancak UHK Maddeleri 5. hükmü tam olarak bu boşluğu doldurmak ve bazı kamusal faaliyetlerin giderek artan biçimde özel kişilere devredilmesi karşısında devletin sorumluluktan kaçınmasını önlemek amacıyla kodlaştırılmıştır. UHK, bu hususu madde yorumunda açıkça belirtmektedir.[135] Devletin özel kişilerin eylemlerinden sorumlu tutulmasının tek yolu 8. madde olmadığı gibi; atfedilmeye ilişkin söz konusu kurallar birbirini tamamlayacak biçimde kaleme alınmıştır.

AİHM tarafından pozitif yükümlülük doktrininin geliştirilmesinin, AİHS'e taraf devletlere genel uluslararası hukukta öngörülenden daha fazla sorumluluk yüklenmesi sonucunu doğurduğu ifade edilmektedir.[136] Devletin pozitif bir yükümlülüğü söz konusu olduğunda sorumluluğu genişlemektedir. Böyle bir yükümlülüğün yokluğu halinde ise, Uluslararası Adalet Divanı tarafından ortaya konan daha sınırlı yaklaşım uygulanmaktadır.[137]

128 *Kotov v Russia* (n 54) para 116.

129 İbid para. 117.

130 İbid para 117-133.

131 İbid para 107.

132 Rosana Garciandia, 'State responsibility and positive obligations in the European Court of Human Rights: The contribution of the ICJ in advancing towards more judicial integration' (2020) 33(1) Leiden Journal of International Law, 177, 180.

133 Kristen E Boon, 'Are control tests fit for the future? The slippage problem in attribution doctrines', (2014) 15(2) Melbourne Journal of International Law 1, 3.

134 İbid.

135 Draft Articles with Commentaries (n 16) Commentary to Art 5, para 1-2.

136 Jonathan I Charney, 'State Responsibility' (1998) 271 Recueil des cours 237, 264.

137 İbid 244.

Evans'a göre pozitif yükümlülük doktrinini uygulaması nedeniyle, atfedilme bakımından AİHM, UHK Maddeleri'ne aykırı bir yaklaşım benimsemiştir.[138] Böylece AİHM devletin sorumluluğu düşüncesini AİHS bağlamında devleti sorumlu tuttuğu durumları genişletmek için kullanmaktadır.[139]

C. Devlet Şirketleri ve Diğer Özel Kişi veya Birimlerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi (İkinci Grup Davalar)

Piyasa ekonomisinde faaliyet gösteren ve kamu gücü unsurlarını kullanmakla yetkilendirilmiş yapıların yaygınlaşması ve çeşitlenmesi, atfedilme bakımından uygulanacak kriterin belirlenmesini oldukça güç hale getirmektedir.[140] Bu yapılar oldukça çeşitli alanlarda faaliyet gösterdikleri gibi, bu yapıları düzenleyen hukuk rejimleri de birbirinden farklıdır.[141]

AİHM'in bir şirket ya da başka bir özel kişinin eylemlerinden devletin sorumluluğunu ele aldığı ikinci grup davalarda, AİHS'in 34. maddesi bağlamında davacının hükümet kuruluşu (*governmental organization*) sayılıp sayılmayacağı yani *locus standi* değerlendirilmektedir.[142] Belirtmek gerekir ki burada eylemin devlete atfedilmesi değil, AİHM tarafından hükümet kuruluşu kavramının yorumlanması söz konusudur. Çünkü atfetme, "hukuka aykırı" somut bir fiilin devlete isnat edilerek devletin sorumlu kılınması işlemidir. Dolayısıyla "atfetme" yalnızca sorumluluk bağlamında gerçekleşir. Devletin hangi unsurlardan oluştuğu ise atfedilmenin konusu değildir.

Ancak bu ikinci grup davaların konumuz bakımından önemi, uluslararası hukukta "*state-owned entities*" veya "*parastatal entities*" olarak adlandırılan devlet şirketlerinin "kamu otoritesi" sayılıp sayılmayacağının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Çünkü AİHM hükümet kuruluşu kavramının belirlenmesinde uyguladığı kriterleri, *mutatis mutandis*, devlet şirketlerinin kamu otoritesi sayılıp sayılmayacağı meselesine uygulamaktadır. AİHM'e göre "kamu otoritesi" ile "hükümet kuruluşu" kavramları birbirinden farklı olmasına rağmen, bu kavramların yorumlanmasında AİHM tarafından benzer bir yaklaşım benimsenmiştir.[143]

Yukarıda incelediğimiz atfedilmeye ilişkin kuralların da ortaya koyduğu üzere, uluslararası hukuk uyarınca da devlet şirketlerinin eylemlerinin devlete atfedilmesi, eğer devlet bu şirketi kontrol ediyor veya şirket kamu gücü fonksiyonlarını kullanıyorsa

138 Evans (n 122) 157 vd.

139 İbid 158, 160.

140 Momtaz (n 63) 244.

141 İbid.

142 *Kotov v Russia* (n 54) para 93.

143 İbid para 95; *Liseytseva v Russia* (n 54) para 186.

mümkündür.[144] Bir görüşe göre bu durum, yani atfedilmeye ilişkin kurallar uyarınca devletin sorumlu tutulabilmesi uluslararası hukuka göre devlet şirketlerini, uluslararası insan hakları hukukunda ticari şirketler arasında doğrudan sorumluluğa sahip olan tek birim haline getirmektedir.[145]

Radio France and Others v France davasında bir radyo şirketinin, AİHS'nin 34. maddesi bağlamında "hükümet dışı kuruluş" olup olmadığını belirlerken AİHM şu tespitte bulunmuştur:

> "*Hükümet kuruluşu kategorisi kamu gücünün kullanılmasına katılan veya hükümet kontrolünde kamusal hizmet veren hukuki varlıkları içermektedir. Ülkesel yönetim dışında herhangi bir hukuk kişisinin bu kategoriye girip girmediğini belirlemek için, onun hukuki statüsü, ve uygun olduğu hallerde bu statünün ona verdiği haklar, yerine getirdiği faaliyetlerin doğası ve bu faaliyetlerin hangi bağlamda yerine getirildiği ve siyasi otoriteden bağımsızlığının derecesi dikkate alınmalıdır."*[146]

Bu bağlamda AİHM *Radio France*'ın kamu hizmeti niteliğinde görevlerle görevlendirilmekle ve finansman bakımından kayda değer ölçüde devlete bağımlı olmakla birlikte, kendisine editöryel bağımsızlık ve kurumsal otonomi sağlayan bir yasal çerçeve çizildiğini belirlemiştir. Bu nedenle *Radio France*'ın AİHS'nin 34. maddesi anlamında hükümet dışı kuruluş olduğuna karar vermiştir.[147] AİHM yine bir şirketin hükümet kuruluşu sayılıp sayılmayacağını incelediği başka bir davada, şirketin bütünüyle İran devletine ait olmasına ve yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun devlet tarafından atanmasına rağmen, hukuken ve finansal olarak devletten bağımsız olması ve ticari bir işletme olarak yönetilmesi nedeniyle hükümet dışı kuruluş olduğuna karar vermiştir.[148]

Yukarıda örnek verdiğimiz davalar, AİHS'nin 34. maddesi bağlamında *locus standi*'ye ilişkin olduğundan, hukuka aykırı eylemin devlete atfedilmesi ile ilgili değildir. Bu bakımdan AİHM'in atfedilmeye ilişkin genel kurallardan ayrılan ve hukuka aykırı olduğu öne sürülen "eylem", yani somut eylem ile devlet arasındaki ilişkiye odaklanan bir yaklaşım yerine ilgili birimin "genel" durumunu inceleyen bir yaklaşımı benimsemiş olmasında bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Çünkü burada sözleşmesel bir kavram olan hükümet kuruluşunun ne anlama geldiği değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte, yukarıda belirtildiği üzere bu davalarda hükümet kuruluşu kavramı belirlenirken kullanılan kriterler AİHM tarafından, *mutatis mutandis*, özel kişilerin

144 Judith Schönsteiner, 'Attribution of State Responsibility for Actions or Omissions of State-Owned Enterprises in Human Rights Matters' (2019) 40(4) University of Pennsylvania Journal of International Law 895, 900.

145 İbid 900-901. Yazara göre ayrıca devlet şirketlerinin insan hakları ihlallerinin doğrudan devlete atfedilip edilemeyeceği veya hangi ölçüde atfedilebileceği tartışılmakla birlikte, uluslararası hukuk literatüründe görüş birliğine varılmış bir konu değildir. Bkz İbid 906.

146 *Radio France and Others v France* App No 53984/00 (ECtHR, 23 September 2003) (extracts) para 26.

147 İbid.

148 *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v Turkey* App No. 40998/98 (EctHR, 13 December 2007) para 79.

eylemlerinden devletin sorumlu tutulması bağlamında da uygulandığından, bu "genel"e odaklanan yaklaşım, hukuka aykırı eylemin devlete atfedilmesi meselesine de teşmil edilmiş olmaktadır.

Örneğin *Mykhaylenky and Others v Ukraine* davasında AİHM önündeki mesele Ukrayna iç hukukuna göre ayrı hukuk kişiliğine sahip bir devlet şirketinin borçlarından devletin sorumlu olup olmadığı ve şirket aleyhine verilen mahkeme kararları uyarınca başvuruculara yapılması gereken ödemenin yapılamamasından devletin sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. AİHM kararında, *Radio France and Others v France* davasında geliştirilen prensipleri uygulamıştır. Bu prensipler ışığında, söz konusu şirketin devleti sorumluluktan kurtaracak **yeterli kurumsal ve operasyonel bağımsızlığa** sahip olduğunun ortaya konamadığını belirtmiştir.[149] Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu şirket nükleer bir kazanın yaşandığı ve bu nedenle faaliyetlerin sıkı devlet kontrolü altında olduğu Çernobil sahasında inşaat faaliyeti göstermektedir. Ukrayna iç hukukunda şirketlerin statüsü ve kimin mülkiyetinde olduğundan bağımsız olarak, Çernobil felaketinin etkilerinin ortadan kaldırılması çalışmalarında yer alan tüm şirketlerin planlama, fiziksel ve teknik bakım ve çalışanların maaşlarını Ukrayna Bakanlar Kabinesi'nin belirleyeceği düzenlenmiştir.[150] Yine Ukrayna şirketler kanununda yer alan bir düzenlemeye göre kamu şirketleri borçlarından kendi fon ve mal varlıkları ile sorumlu tutulmakla birlikte, bu fon ve malların yetersiz kalması halinde şirket sahibi şirketin borçlarından sorumlu tutulacaktır.[151] Ayrıca şirketin Acil Durum Bakanlığı'nın ödeme yapmaması sebebiyle, bu yönde mahkeme kararları da bulunmasına rağmen çalışanların maaşlarını ödeyemediği belirtilmektedir.[152] AİHM'e göre devletin şirkete olan borçlarını kısmen ya da tamamen ödememiş olması onun bu borçlardan sorumlu olduğuna işaret etmektedir. Devletin şirket üzerindeki kontrolü başvuruculların maaşları dâhil olmak üzere şirketin çalışma koşullarının belirlenmesine kadar uzanmaktadır ve şirketin yönetimi belirli bir tarihten itibaren Enerji Bakanlığı'na devredilmiştir.[153]

Parçalanmanın yarattığı sorunlardan biri genel uluslararası hukukun farklı şekillerde yorumlanmasıdır.[154] Ulusal hukuk sistemlerinde, genel olarak hukuk kuralları arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmakta ve normların çatışmasına ilişkin kesin kurallar bulunmaktadır. Uluslararası hukuk ise devletlerin egemen eşitliği prensibine dayandığından hiyerarşik değil yatay bir yapıya sahiptir.[155] Farklı uluslararası mahkemelerin içtihatları, bir yanda tam bağımlılığı veya en azından devletin özel

149 *Mykhaylenky and Others v Ukraine* App No 35091/02 (ECtHR, 30 November 2004) para 44.

150 İbid para 28.

151 İbid para 27.

152 İbid para 17-18.

153 İbid para 45.

154 Pauwelyn (n 4) para 20.

155 Banaszewska (n 5) para 1.

kişi veya kişiler üzerinde etkin kontrolünü arayan katı bir *de facto* organ anlayışının savunucularının, diğer yanda ise daha esnek ve genel kontrole dayanan bir *de facto* organ anlayışını destekleyenlerin bulunduğunu göstermektedir.[156]

Bu durumun temsil edici bir örneği olarak Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Tadic* davasındaki[157] içtihadında Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nikaragua* davasındaki içtihadından farklı olarak etkin kontrol yerine genel kontrol testini kabul etmesi[158] gösterilmektedir.[159] AİHM uygulamasında ise somut eylem üzerinde katı bir biçimde etkin kontrolün aranmadığı, ancak eylemi gerçekleştiren kişi veya birimlerin devlet yapısına sıkı bağlarla bağlı olması nedeniyle o devletin organlarına eşit kabul edildiği durumlar söz konusu olmaktadır.[160] Ancak bu davalarda AİHS'in 1. maddesi temelinde yetki ile atfedilme iç içe geçmiş olduğundan, yetkiye mi yoksa sorumluluğa ilişkin bir test mi uygulandığı açık değildir.[161]

Yukarıda özetlediğimiz, *Mykhaylenky and Others v Ukraine* davasına konu olayda ise, her ne kadar AİHM tarafından böyle bir terminoloji kullanılmasa da uluslararası hukukun öngördüğü eylem üzerinde etkin kontrol eşiğine ulaşıldığı açıktır. Bu bakımdan söz konusu eylemin devlete atfedilmesi noktasında UHK Maddeleri 8. hükmü ile uyumlu bir karar verilmiştir. Ancak dikkat edilmesi gereken, olayın kendine özgü bazı özellikler gösterdiğidir. Yaşanan Çernobil felaketi nedeniyle söz konusu sahadaki faaliyetler çevresel kaygılar ve kamu sağlığı nedeniyle sıkı devlet kontrolü altına alınmış ve Ukrayna iç hukukunda bu yönde hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Bu nedenle AİHM'nin özel kişilerinin eylemlerinin devlete atfedilmesinde benimsediği genel değerlendirme yaklaşımı olayın özellikleri nedeniyle bu dava bakımından uluslararası genel hukuk ile uyumsuz bir netice elde edilmesine yol açmamıştır. Monopollerin durumunda olduğu gibi devlet şirketinin faaliyet gösterdiği iktisadi alan devlet tarafından ne kadar sıkı düzenlenmişse, o faaliyetin devlete atfedilmesi olasılığı o denli fazladır.[162]

Diğer yandan *R. Kacapor and Others v Serbia* davasında[163] AİHM şikâyet konusu eylemler üzerinde devletin sahip olduğu kontrolden ziyade, şirketin hangi ölçüde devlet kontrolünde olduğunun belirlenmesine odaklanmıştır. Şikayet konusu olayda

156 Olivier De Frouville, 'Private Individuals' in James Crawford, Allain Pellet and Simon Olleson (edn) The Law of International Responsibility (Oxford University Press 2010) 257, 267.

157 Prosecutor v Tadic (Judgment), ICTY-94-1-A (15 July 1999) <https://www.refworld.org/cases,ICTY,40277f504. html> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

158 İbid para 162.

159 Pauwelyn (n 4) para 21; Koskenniemi (n 6) 555.

160 Palchetti (n 73) para 10. Davalar için örneğin bkz *Loizidou v Turkey* App No 15318/89 (ECtHR, 18 December 1996); *Catan and Others v Moldova and Russia* App No.s 43370/04, 8252/05, 18454/06 (ECtHR, 19 October 2012); *Chiragov and others v Armenia* App No 13216/05 (ECtHR, 16 June 2015).

161 Palchetti (n 73) para 10.

162 Schönsteiner (n 144) 921.

163 *R. Kacapor and Others v Serbia* App No 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 and 3046/06 (ECtHR, 15 January 2008)

başvuruculların iş ilişkisinden kaynaklanan hakları ve bu konuda başvurucular lehine verilmiş ulusal mahkeme kararlarının icra edilmemesi söz konusudur. Borçlu şirketin sermayesinin çoğunun sosyal mülkiyete tâbi olması ve bir devlet organı olan Özelleştirme Ajansı'nın ön onayı olmaksızın sermaye, yeniden örgütlenme, yapılanma ve yatırım, varlıkların kısmi olarak satışı, kiralanması ve ipotek edilmesi, tahsil edilmemiş alacakların tahsili, olağan işletme faaliyetlerinin ötesinde borç ve garanti alınması ve verilmesi konularında kendi kendine karar alamaması[164] şirketin Özelleştirme Ajansı aracılığıyla devlet tarafından kontrol edildiği biçiminde değerlendirilmiştir.[165] Bu nedenle devlet karşısında yeterli kurumsal ve operasyonel bağımsızlığa sahip olmadığına karar verilmiştir.[166] Karardan, şirketin sosyal sermayeli bir holdingin mülkiyetinde olması ve Özelleştirme Ajansı'nın yakın kontrolü altında olması biçimindeki iki gerekçeye dayanarak özel şirketin eyleminden devletin sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır. AİHM atfedilme meselesini kişi bakımından yetki çerçevesinde ele almıştır. Ancak somut olarak başvuruculların haklarının ödenmemesi ve mahkeme kararının yerine getirilmemesi kararlarının verilmesinde devletin ya da Özelleştirme Ajansı'nın şirket üzerinde hangi ölçüde kontrol sahibi olduğu; talimat verme ya da yönlendirme biçiminde bir müdahalesinin söz konusu olup olmadığı araştırılmamıştır. Bu gibi kararların Özelleştirme Ajansı'nın ön onayını gerektiren işlemlerden olup olmadığı konusunda bir belirleme yapılmamıştır.

Burada kritik husus, devletin eylem üzerindeki kontrolünden ziyade şirketin genel yapısı üzerinde bir değerlendirme yapılmış olmasıdır. AİHM, UHK Maddeleri 5. hükmü yaklaşımını tercih etmiş olsa idi; şikayet konusu edilen şirketin başvuruculara maaş ödememesi biçimindeki eylemine odaklanacak ve bu eylemin kamusal mı yoksa ticari bir faaliyet mi olduğunu ve devletin şirketi bazı kamu gücü unsurlarını kullanmakla yetkilendirip yetkilendirmediğini araştıracaktı. Çünkü 5. madde çerçevesinde yapılacak değerlendirmede devletin anaparanın ne kadarına sahip olduğu ya da faaliyetler üzerinde hangi ölçüde kontrol kullandığı atfedilme bakımından önemli olmakla birlikte, tek başına belirleyici değildir.[167] Bu noktada belirleyici olan, normalde devlet organlarına ait olan fonksiyonu kullanma yetkisinin devlet tarafından bu yapıya tanınması olacaktır.

Bir şirketin çalışanlarına maaş ödemesi, ticari bir işletmenin ticari faaliyeti sayıldığı takdirde eylem 5. madde çerçevesinde devlete atfedilemeyecekti. Diğer yandan, UHK Maddeleri 8. hükmünün uygulanması halinde ise yine maaş ödememe eylemi üzerinde devletin etkin kontrolü aranacağından şirketin bu kararı üzerinde devlet organlarının hangi ölçüde etkili olduğunun, talimat verilip verilmediğinin araştırılması gerekecekti.

164 İbid para 75.

165 İbid para 97.

166 İbid para 98.

167 Momtaz (n 63) 244-245.

Benzer bir uyuşmazlığın dava konusu olduğu *Khachatryan v Armenia* kararında ise eylem üzerindeki devlet kontrolü daha belirgindir. Başvuruculların çalıştıkları devlet şirketine karşı iş ilişkisinden doğan haklarını öne sürerek açtıkları davalarda ulusal mahkemelerin verdiği kararların uygulanmamasından devlet sorumlu tutulmuştur. Her ne kadar şirket hukuk ve kuruluş kanunu uyarınca devlet karşısında belirli bir ölçüde hukuki ve ekonomik bağımsızlığa sahip olsa da, şirketin mal varlığının bir kısmı hükümet kararıyla idareye devredilmiş, yine başka bir hükümet kararı uyarınca şirketin mal varlığının önemli bir kısmının satışına izin verilmiş ve elde edilen gelir ile şirketin devlet bütçesine olan borçlarının ödenmesi kararlaştırılmıştır.[168]

Liseytseva v Russia kararında AİHM, bir şirketin eyleminden devletin hangi koşullarda sorumlu tutulabileceğine ilişkin içtihadını önceden görmüş olduğu pek çok davaya atıfta bulunarak detaylı biçimde incelemiştir. Kararda yukarıda ifade ettiğimiz "yeterli kurumsal ve operasyonel bağımsızlık"ın hangi kriterler çerçevesinde belirlendiğini şu şekilde özetlemiştir:

> "*Mahkeme bir şirketin devletten operasyonel ve kurumsal olarak yeterince bağımsız olup olmadığını değerlendirirken,* ***pek çok değişik faktörü dikkate almaktadır ve hiçbiri tek başına belirleyici değildir****. Bir devletin söz konusu borçlardan sorumlu olup olmadığına ilişkin anahtar kriterler şu şekildedir: şirketin hukuki statüsü (kamu hukuku veya özel hukuk altında), faaliyetinin doğası (kamusal fonksiyon mu yoksa sıradan ticari faaliyet mi olduğu), operasyonun bağlamı (monopol mü veya sıkı şekilde düzenleme altına alınan bir iş mi), kurumsal bağımsızlığı (devletin şirkete ne ölçüde sahip olduğu) ve operasyonel bağımsızlığı (devletin denetim ve kontrolünün ölçüsü)".*[169]

Şirketin iç hukuktaki statüsü de devletin sorumluluğunu tespitte belirleyici değildir.[170]

Gerçekten de AİHM içtihadı, özellikle devlet şirketi ya da kamu iktisadi teşebbüsü olarak adlandırılan ve devlet ile pek çok bakımdan yakın ilişkisi bulunan şirketlerin devlet organı olup olmadığının incelenmesinde benzeri her olaya uygulanan *numerus clausus* bir kriterler bütünü olmadığını göstermektedir. Ancak yine de hükümet kuruluşu ve kamu kuruluşu kavramları arasında kurulan özdeşlikten hareketle, AİHM'in ilgili şirketin statüsünün belirlenmesinde, şirketi bir bütün olarak ve genel bir biçimde inceleme yaklaşımını tutarlı biçimde benimsediği söylenebilir. Ayrıca AİHM içtihadı detaylı bir biçimde incelendiğinde bu sınırlı sayıda olmayan kriterlerin genel itibariyle UHK Maddeleri'ne aykırı olmayacak biçimde uygulandığı görülmektedir.

168 *Khachatryan v Armenia* App No 31761/04 (ECtHR, 1 December 2009) para 51.

169 *Liseytseva v Russia* (n 54) para 187. (*Ališić and Others v Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia*, App No 60642/08 (ECtHR 16 July 2014) para 114'e atıf yapılmıştır.)

170 Örneğin bkz *Mykhaylenky and Others v Ukraine* (n 149) para 45*; Lisyanskiy v Ukraine*, App No 17899/02 (ECtHR, 4 April 2006) para 19*; Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei v Moldova,* App No 39745/02 (ECtHR, 3 April 2007) para 18-19; *Grigoryev and Kakaurova v Russia*, App No 13820/04 (EctHR, 12 April 2007) para 35; *R. Kačapor and Others v Serbia* (n 163) para 98.

Aslında şirketin eyleminden devletin sorumluluğu tespit edilirken pek çok değişik faktörün dikkate alınması ve hiçbirinin tek başına belirleyici olmaması biçimindeki yaklaşım atfedilmeye ilişkin genel kurallar ile uyumlu değildir. UHK Maddeleri, birbirini tamamlayacak ve tutarlı bir bütün oluşturacak biçimde tasarlanmıştır. Bu bakımdan söz konusu kurallar uyarınca örneğin, devletin şirket üzerindeki denetim ve kontrolünün ölçüsü ile şirket faaliyetinin doğası kriterleri üst üste konarak veya birlikte ele alınarak toptan bir sonuca varılamaz. Her bir kriterin ilgili madde uyarınca uygulanan teste tâbi kılınması gerekir. Bu bakımdan devletin şirket (ve özellikle şikâyet konusu eylem) üzerindeki denetim ve kontrolünün ölçüsü ağırlıklı olarak UHK Maddeleri 8. hükmünü ilgilendirecekken; bu hüküm devletin ticari veya kamusal her türlü faaliyetinden sorumluluğunu öngördüğünden yapılacak değerlendirmede şirket faaliyetinin doğası belirleyici olmayacaktır. Ancak doğru bir sonuca varılabilmesi için AİHM tarafından uygulanan kriterlerin tek tek incelenmesi gerekir.

Liseytseva v Russia kararında özetlenen ve farklı davalarda AİHM tarafından dikkate alınan kriterler dört ana başlık altında toplanabilir:

1- *Şirkete tanınan hakların normalde yalnızca kamu otoritelerine tanınan haklar olup olmadığı ve şirket faaliyetinin doğası* (Şirketin kamusal bir faaliyet mi yürüttüğü yoksa tipik bir işletme mi olduğu)[171]:

AİHM devlet denetiminde belirli kamusal görevler yerine getiren veya madencilik, enerji veya ulaştırma gibi devletin yürüttüğü faaliyetleri yerine getiren şirketlerin hükümet kuruluşu olduğuna karar vermiştir. Örneğin *Mykhalenky and Others v Ukraine* davasında AİHM şirketin devlet tarafından katı biçimde düzenlenen nükleer enerji alanında ve zorunlu olarak boşaltılan ve devletin sıkı kontrolü altında olan Çernobil sahasında faaliyet gösterdiğini tespit etmiştir.[172]

2- *Devlet mülkiyeti ve devletin denetim ve kontrolünün derecesi*[173]:

AİHM bir kısım davada şirket paylarının çoğunluğu ya da tamamının devlete ait olup olmadığını ve böylelikle şirketlerin devlete tamamen bağımlı, devlet kontrolü veya yönetimi altında olup olmadığını incelemiştir.[174] UHK'nin 8. maddeye ilişkin yorumu, şirketin devlet mülkiyetinde olmasının veya şirketin devlet tarafından kurulmasının otomatikman devletin sorumluluğuna yol açmayacağını açıkça ortaya koymuştur.[175] Bu bağlamda tek kriter devletin şirket üzerinde sahip olduğu kontrolün derecesidir.[176]

171 *Liseytseva v Russia* (n 54) para 189.

172 *Mykhaylenky and Others v Ukraine* (n 149) para 45.

173 *Liseytseva v Russia* (n 54) para 190.

174 Örneğin bkz *Regent Company v Ukraine*, App No 773/03 (ECtHR, 3 April 2008) para 7; *R. Kačapor and Others v Serbia* (n 163) para 97.

175 Schönsteiner (n 144) 907.

176 İbid.

Örneğin *Kotov v Russia* davasında Büyük Daire, tasfiye görevlilerinin söz konusu tarihte önemli ölçüde operasyonel ve kurumsal bağımsızlığa sahip olduğunu, devlet makamlarının talimat verme yetkisine sahip olmadığını, dolayısıyla tasfiye sürecine doğrudan müdahale etmiş olamayacağını belirlemiştir.[177] Burada AİHM'in doğrudan tasfiye sürecine ve tasfiye süreci üzerinde devlet kontrolüne, devlet yetkililerinin bu süreçte "talimat" verme yetkisinin olup olmadığına odaklanmış olması önemlidir. AİHM'e göre:

> "*Devletin tasfiye prosedüründeki rolü yalnızca alacaklılar kurulunun ve tasfiye görevlisinin görev ve yetkilerini tanımlayarak ve kurallara uyulup uyulmadığını gözlemleyerek yasal çerçevenin oluşturulmasından ibarettir. Buna göre tasfiye görevlisi* ***devlet görevlisi olarak hareket etmemiştir***."[178]

Aşağıda AİHM'nin bu sonuca varırken dikkate aldığı hususlar kısaca ele alınacaktır:

a) *Tasfiye görevlisinin atanma usulü*: Söz konusu dönemde Rusya'daki uygulamaya göre tasfiye görevlisi bankanın alacaklılar kurulu tarafından işe alınan ve kendi nam ve hesabına çalışan özel bir kişidir. Tasfiye görevlisinin atanmasının bir yargıç tarafından onaylanması yalnızca önerilen kişinin gereken kriterleri karşıladığının doğrulanması ve basitçe alacaklılar kurulunun kararının geçerli kılınması işlevini görmektedir.[179]

b) *Denetim ve mesuliyet*: Büyük Daire'ye göre her ne kadar Daire vermiş olduğu kararda tasfiye görevlisinin eylemlerinin hukukiliğine ilişkin ulusal mahkemelerin kontrolünü vurgulamış ise de, bu kontrol oldukça sınırlıdır ve etkileri geriye dönüktür. Mahkemeler iflas eden şirketin idaresi konusunda tasfiye görevlisine talimat verme yetkisine sahip değildir; yalnızca görevlinin eylemlerinin maddi ve usûli iflas hukukuna (ulusal hukuk) uygunluğunu denetlemektedir.[180] Mesuliyet bakımından ise, tasfiye görevlisi herhangi bir düzenleyici organa karşı sorumlu olmayıp, yalnızca şirketin alacaklılar kuruluna ve alacaklı bireylere karşı sorumludur. Tasfiye görevlisi ile alacaklılar arasındaki ilişki ise özel hukuka tâbi kılınmıştır.[181]

c) *Amaçlar*: Tasfiye görevlisi tarafların yarışan menfaatlerinin dengelenmesi gibi bir amacı yerine getirmekle yükümlü olmayıp, müşterilerinin ve dolayısıyla nihai olarak kendi çıkarına hizmet eden herhangi bir özel iş adamı gibi hareket etmektedir.[182]

d) *Yetkiler*: Tasfiye görevlisine herhangi bir kamu gücü kullanma yetkisi tanınmamıştır ve sahip olduğu yetkiler oldukça sınırlıdır. Yalnızca şirketin mal varlığını idare etme yetkisi bulunmaktadır ve üçüncü kişilere karşı zorlayıcı ya da düzenleyici bir yetkiye sahip değildir.[183]

177 *Kotov v Russia* (n 54) para 107.

178 İbid.

179 İbid para 100-101.

180 İbid para 102.

181 İbid para 103.

182 İbid para 104.

183 İbid para 105.

e) *Fonksiyonlar*: Tasfiye görevlisinin fonksiyonu, kamu otoritesine sahip olduğu açık olan bir icra görevlisinin fonksiyonuna benzer olmakla birlikte, önemli farklılıklar arz etmektedir: İlk olarak icra görevlileri mahkeme kararlarını icra ederken, tasfiye görevlisi mahkeme kararı ile icra edilebilir hale gelmemiş pek çok farklı türde alacak iddiası ile meşgul olmaktadır. İkincisi ve daha önemlisi, icra görevlileri devlet tarafından atanmakla, ödeme yapılmakla ve denetlenmekle beraber zorlayıcı yetkiler ile donatılmışken, tasfiye görevlisi böyle değildir.[184] Bu nedenle davalı devlet, iflas prosedürünün yürütülmesinde şirketin idaresini alacaklılara ve atadıkları tasfiye görevlisine bırakmış iken, icra sürecinde kendi görevlileri aracılığıyla hareket etmeyi tercih etmiş ve böylelikle eylemlerinden doğrudan sorumlu olduğunu kabul etmiştir.[185]

Kotov v Russia kararında yer verilen bu detaylı analiz, görüldüğü üzere hem tasfiye görevlisinin **kamusal bir faaliyet yürütüp yürütmediği** hem de atanma usulü, denetim ve mesuliyet başlıkları altında **devlet kontrolü altında olup olmadığı** sorununa odaklanmıştır. Burada genel bir kontrolün yanı sıra, somut olarak şikayet konusu eylemler üzerinde devletin etkin kontrolünün arandığı anlaşılmaktadır.

Liseytseva v Russia kararında özetlenen diğer kriterler ile devam edilecek olursa:

3- *Şirketin karşı karşıya kaldığı tasfiye sürecinde devletin oynadığı rol*[186]: Örneğin şirketin tasfiyesi kararının bir devlet makamı tarafından alınıp alınmadığı ya da tasfiye halinde şirketin mallarına ne yapılacağı kararını bir devlet makamının alıp almadığı. Esasen burada cevaplanmaya çalışılan soru, şirket varlıklarının kontrolünün devlette olup olmadığıdır.

4- AİHM bazı davalarda ise, devletin kısmen veya tamamen ***şirket borçlarından sorumlu olduğunu kabul etmiş sayılıp sayılamayacağını*** dikkate almıştır.[187]

AİHM'in yukarıda özetlenen yaklaşımı incelendiğinde, birinci kriter bakımından, yani özel kişinin kamusal bir faaliyet yürütüp yürütmediğinin incelendiği davalarda içtihadın genel itibariyle UHK Maddeleri 5. hükmü ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Ancak örneğin *Novoseletskiy v Ukraine* davasında devlete ait olduğu belirtilen bir yükseköğrenim enstitüsüne ulusal hukuk uyarınca kamusal görevler devredilmiş olması (devlete ait bir kısım konut stoğunun idaresi ve dağıtılması) ve bu görevlerin yürütülmesinin devlet denetimine tâbi kılınmasından dolayı "hükümet kuruluşu" vasfı tanınmıştır.[188] Aslında bu davada zaman bakımından yetkisizlik sebebiyle devletin negatif yükümlülüklerini ihlali değil; pozitif yükümlülüklerini ihlali araştırılmaktadır.[189]

184 İbid para 106.

185 İbid.

186 *Liseytseva v Russia* (n 54) para 191.

187 İbid para 192.

188 *Novoseletskiy v Ukraine* App No 47148/99 (ECtHR, 27 February 2005) (extracts) para 82.

189 İbid para 72.

Devlete ait bir kömür madeni şirketinin eylemlerinin şikayet konusu olduğu *Romashov v Ukraine* davasında ise şirketin borçlarından devletin sorumlu tutulmasının koşulları tartışma konusu dahi olmamış; somut olayda devletin şirket üzerinde sahip olduğu kontrolün düzeyi araştırılmaksızın şirketin eylemlerinden devlet doğrudan sorumlu tutulmuştur: AİHM'e göre söz konusu maden bir devlet girişimidir ve *devlet finansal ve idari olarak kendi kontrolü altında bulunan hukuki varlıkların borçlarından sorumludur*.[190]

Burada daha önce değindiğimiz *Mykhaylenky and Others v Ukraine* davasına da bir parantez açmak gerekir. Bu davada UHK Maddeleri 5. hükmüne ait bir unsur olan kamusal faaliyet unsuru ile devletin eylem üzerindeki kontrolüne ilişkin 8. hükmün unsuru bir arada değerlendirilmiş gibi görünmektedir. Aslında burada şirketin yürüttüğü kamusal faaliyetten bağımsız olarak, etkin kontrol derecesine ulaşan devlet müdahalesi tek başına sorumluluğun kurulması için yeterlidir. Belirtildiği üzere, 8. hüküm çerçevesinde sorumluluk kurulabilmesi için faaliyetin ticari ya da kamusal nitelikte olması önem arz etmemektedir. Bu bakımdan şirketin yürütmüş olduğu faaliyetin kamusal nitelikte olup olmadığı belirleyici değildir. Ancak eğer sorumluluk şirketin kamusal bir faaliyet yerine getirmesi üzerinden kurulacak ise, bu takdirde de maaşların ödenmemesinin şirketin kamusal faaliyeti kapsamında kabul edilip edilmeyeceğinin tespiti gerekir.

Söz konusu davalarda AİHM, önündeki meseleyi şirketin borçlarından devletin sorumlu tutulup tutulamayacağı olarak nitelendirmiştir. Kanımızca burada UHK Maddeleri'ne uygun bir yaklaşım şu şekilde olmalıdır: Öncelikle borcun kaynağına bakılması gerekir. Borç şirketin olağan işletme faaliyeti kapsamındaki bir eyleminden doğmakta ise (eylem üzerinde devletin etkin kontrolü tespit edilmedikçe) devletin sorumluluğu doğmamalıdır. Borcun kaynağı kamusal bir faaliyetin yerine getirilmesi çerçevesindeki şirket faaliyeti ise, bu takdirde UHK Maddeleri 5. hükmü uyarınca devletin sorumluluğunun kurulması genel uluslararası hukuka uygundur.

Devlet mülkiyeti ve devletin denetim ve kontrolünün derecesine ilişkin yukarıdaki ikinci kriter bakımından ise AİHM uygulaması genel uluslararası hukuk ile kısmen uyumludur. Burada AİHM'in bazı davalardaki yaklaşımı uluslararası hukuktaki "genel kontrol" yaklaşımını andırmaktadır. AİHM, kararlarında somut faaliyetten ziyade devletin şirket üzerinde veya şirketin varlıkları üzerinde sahip olduğu genel kontrolü dikkate almaktadır. Bu, bilinçli bir tercih olabilir. Zira Uluslararası Adalet Divanı'nın ve UHK Maddeleri'nin benimsemiş olduğu etkin kontrol kriteri bu koşulun gerçekleşmesi bakımından oldukça yüksek bir eşiğin aşılmasını öngörmektedir: Eylemin devletin talimatı, yönlendirmesi veya kontrolünün sonucu olması. Bu kuralın uygulanması, daha ziyade silahlı grupların eylemlerinden devletin sorumluluğu çerçevesinde gündeme

190 *Romashov v Ukraine* App No 67534/01 (ECtHR, 27 July 2004) para 41.

geldiğinden devlet ile gevşek bir bağ sakıncalı görülmüştür. Çünkü bu takdirde devletin sorumluluğunun aşırı genişlemesi ve silahlı grupların kontrol dışı eylemlerinden de devletin sorumlu tutulması tehlikesi mevcuttur.

Üçüncü kriter, yani şirketin karşı karşıya kaldığı tasfiye sürecinde devletin oynadığı rol ise, UHK Maddeleri'nin 5. ve 8. hükümlerinden bağımsız bir kriter değildir. Bu davalardaki örüntüde yine devletin tasfiye sürecindeki kontrolü neticesinde borç ödenemediğinden, devletin talimat, kontrol veya yönlendirmesi altında bir eylem söz konusudur. Yalnızca bu, pek çok davada tasfiye sürecinde devlet müdahalesi biçiminde gerçekleşmiş olduğundan, uygulama bakımından bir örüntü oluşmuştur ve bu örüntü 8. hükmün bir görünüm biçiminden ibarettir.

Dördüncü kriter, yani devletin şirket borçlarından kısmen veya tamamen kendini sorumlu kabul etmesi ise çok açık bir genel prensip olan ve UHK Maddeleri 11. hükmünde kodlaştırılan devletin kendi eylemi olarak kabul ettiği davranışlarından sorumlu tutulması prensibine dayanmaktadır.[191] Bu bakımdan genel uluslararası hukuk ile uyumludur.

D. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadına İlişkin Genel Değerlendirme

AİHM genellikle devletin sorumluluğunu değerlendirirken UHK'nin ya da Uluslararası Adalet Divanı'nın dilini kullanmamakta; "eylemin devlete atfedilmesi" biçiminde bir işlemden söz etmemekte ve bu işlemi zımni olarak ya *ratione personae* bakımından yaptığı yetki incelemesinde ya da uyuşmazlığın esasını incelerken "devletin sorumluluğu" başlığı altında ele almaktadır.

AİHM *Liseytseva v Russia* kararında her ne kadar olayın özelliklerine göre değişen farklı kriterlerin uygulanmasından söz etmiş ise de, AİHM kararları detaylı bir biçimde incelendiğinde söz konusu kriterlerin UHK Maddeleri'nin 5, 8 ve 11. hükümleri ile genel itibariyle (kısmi olarak) uyumlu olduğu görülmektedir. "Genel itibariyle" dememizin sebebi, AİHM'in görmüş olduğu bazı davalarda somut eyleme ilişkin devletin rolü üzerinde durmak yerine, bir şirketin devlet mülkiyetinde olup olmadığı ya da devletin iç hukuk ya da uygulama uyarınca şirket üzerinde genel kontrole sahip olup olmadığını araştırmasıdır. Bu konuda hem kodlaştırılmış örf ve âdet hukuku hem de içtihat "şirket üzerinde genel kontrol"ün değil; şikayet konusu "eylem üzerinde etkin kontrol"ün aranması gerektiğini göstermektedir.

Diğer yandan insan haklarının korunmasına ilişkin bazı kaygılardan söz edilerek "etkin kontrol"ün aşılması zor, yüksek eşiğinin bazı sakıncalar doğuracağı savı en

191 **UHK Maddeleri 11. maddesi**

*"**Devlet Tarafından Kendisinin Olarak Onaylanan ve Kabul Edilen Tasarruf***

Önceki maddelere göre devlete atfedilemeyen tasarruf, eğer devlet söz konusu tasarrufu kendisinin olarak onaylamış ve kabul etmişse ve devletin onayladığı ve kabul ettiği ölçüde, uluslararası hukuka göre o devletin eylemi kabul edillir."

azından devlet şirketlerinin eylemleri bakımından yerinde değildir. Bir kere AİHM geliştirdiği pozitif yükümlülükler doktrini ile devletin sorumluluk alanını epey genişletmiştir. "Etkin kontrol" kriteri nedeniyle eylem ile devlet arasında bir bağ kurulamasa bile, hakkın özünde bulunan "önleme yükümlülüğü" devletin bu gibi durumlardaki sorumluluğu bakımından önemli bir işlev üstlenmiştir.

Devletler giderek artan bir biçimde ticari faaliyetlere katılmakta ve devlet şirketleri bazı hallerde kamusal faaliyetler yerine getirmekle yetkilendirilmiş ise de, ayrıca ticari menfaatleri uyarınca ticari faaliyetler de yürütmektedir. Bu gibi durumlarda "şirket üzerinde genel kontrol" kriterinin uygulanması, devletin sorumluluğunun genel uluslararası hukuka aykırı bir biçimde aşırı genişletilmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle yatırım tahkimi uygulamasında da giderek yerleştiği üzere "şirket" üzerinde değil; "eylem" üzerinde kontrole odaklanılmalıdır.

AİHM'nin genel uluslararası sorumluluk terminolojisini kullanmaktan kaçındığından söz etmiştik. Kanaatimizce AİHM'nin genel uluslararası hukuktan farklı kurallar benimsemiş olduğuna ilişkin yargının önemli bir sebebi budur. Bu noktada kararlarda hükümet-dışı kuruluş, hükümet kuruluşu, kamu otoritesi gibi kavramlar bakımından hem teorik hem de terminolojik bir karmaşa bulunmaktadır.

Çünkü AİHM, AİHS'nin 34. maddesinde yer alan hükümet-dışı kuruluş kavramını, *mutatis mutandis*, devlet şirketlerinin kamu otoritesi sayılıp sayılmayacağı meselesine uygulamaktadır. Burada sözleşmesel bir kavram olan hükümet-dışı kuruluş (ya da hükümet kuruluşu kavramı) devletin sorumluluğu meselesine aktarılmaktadır. Karmaşa bu nedenle oluşmuştur.

Belirtelim ki atfedilmeye ilişkin kurallar hangi birimlerin devlet sayılacağını belirleme iddiasında değildir; aksine bu çerçevede uygulanmaması gereğinden söz edilmektedir. Hatta öyle ki, hukuka aykırı eylemden devletin sorumluluğuna ilişkin atfedilme kurallarıyla, diğer uluslararası hukuk konularındaki eylemin devlete bağlanmasına ilişkin kurallar farklılık arz edebilir.[192] Bu bakımdan teorik olarak AİHS'nin 34. maddesi bağlamında *locus standi* açısından hükümet-dışı kuruluş olmakla, *ratione personae* bakımından devlet organı olmak ya da eylemin devlete atfedilmesi bağlamında devletin organı kabul edilmek farklı şeylerdir.

AİHM, AİHS'nin 34. maddesi bağlamında hükümet-dışı kuruluş kavramını yorumlarken ilgili birimin genel durumunu değerlendirmekte ve yapısına odaklanmaktadır; atfedilme bağlamında ise eyleme odaklanılacaktır. Dolayısıyla bu bakımdan hükümet kuruluşu kavramından esinle atfedilme işleminin gerçekleştirilmesi yerinde değildir.

192 Ufuk Dal, *Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilmesi* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019) 15.

AİHM'nin genel atfedilme kurallarından ayrıldığı temel nokta, pozitif yükümlülük doktrini çerçevesinde özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi konusundadır. Genel uluslararası hukuk bakımından özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi bakımından iki anahtar prensip vardır: Birincisi, kamu gücü kullanan özel kişi veya birimlerin eylemlerinin devlete atfedilmesi, ikincisi ise devletin talimat, kontrol ve yönlendirmesi altında hareket eden kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi (*de facto* organlar). Yani genel uluslararası hukuka göre devletin bir özel kişinin eyleminden sorumlu tutulabilmesi için ya bizzat devletin o kişiyi kamu gücü kullanmakla yetkilendirmiş olması ya da devletin o kişi üzerinde adeta kendi organı sayılacak düzeyde bir kontrol kullanması gerekmektedir.

Atfedilmenin bu biçimiyle insan hakları hukukuna aktarılması halinde, örneğin bir özel kişinin gerçekleştirdiği öldürme olayında devlet bu kişiyi kamu gücü ile donatmadığından ve hatta çoğu bireyler arası ilişkide devletin öldürme eylemi üzerinde kontrol sahibi olması bir yana durumdan haberdar dahi olmadığından, negatif yükümlülükler ile sınırlı bir inceleme devletin sorumsuzluğu sonucunu doğuracaktır. AİHM'in devletlerin insan hakları sorumluluğunu pozitif yükümlülükler doktrini ile genişletmesinin temel sebeplerini burada aramak gerekir.

Diğer yandan sorumluluk hukukunun (spesifik olarak atfedilmeye ilişkin kuralların) özel kişilerin, özellikle şirketlerin insan hakları hukukuna uygun davranması bakımından önemli bir araç sunduğu ancak yeterince kullanılmadığı bazı yazarlarca belirtilmiştir.[193] AİHM bu kurallara başvurmak istediği takdirde önünde bir engel bulunmamaktadır. Çünkü konu AİHS'te özel olarak düzenlenmemiştir. *Milanovic* de, AİHM içtihadından kaynaklanan bir *lex specialis* bulunup bulunmadığını incelemiş ve AİHM'e özgü bazı eğilimler tespit etmiş ise de, bu uygulamaların *lex specialis* oluşturduğunun tam olarak söylenemeyeceği sonucuna varmıştır.[194]

III. Örnek: Uluslararası Yatırım Tahkimi Deneyimi

Uluslararası yatırım hukuku ve insan hakları hukuku birbiriyle sınırlı bir ilişki içinde görülen, bu nedenle fazlaca yan yana gelmeyen iki ayrı uluslararası hukuk dalıdır. Bilindiği üzere ilkinde özel kişilerin devlete karşı ekonomik karakterli menfaatlerini öne sürmesi söz konusu iken; diğerinde özel kişi ve grupların insan hakları ön plandadır. Ancak hem AİHS temelinde insan hakları hukuku uygulaması hem de uluslararası yatırım tahkimi devletin klasik uluslararası sorumluluğunun örnekleridir ve devletin uluslararası bir yükümlülüğünü ihlalden sorumluluğuna ilişkindir. Bu bakımdan her ne kadar devletin yükümlülüklerinin doğası ve pek çok açıdan önemli farklılıklar taşısalar da konumuz eylemin devlete atfedilmesi olduğundan; bu iki alanda uygulamada belirli

193 Danwood Mzikenge Chirwa, 'The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights' (2004) 5(1) Melbourne Journal of International Law, 1.

194 Milanovic 'Special Rules of Attribution' (n 50) 363.

ölçüde tutarlılık beklentisi yersiz değildir. Yatırım hukuku, insan hakları hukuku gibi genel uluslararası hukuktan bazı yönleriyle ayrılan sistemlerde uluslararası sorumluluk hukukunda geçerli olan atfedilme kurallarının farklı olabileceğine dair görüşler ileri sürülmüş ise de, genel bir değerlendirme yapıldığında temel kural ve sistemin geçerli olduğu görülecektir.[195]

Konu özellikle mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin iddialar ve devlet şirketlerinin eylemlerinden devletin sorumluluğuna geldiğinde yatırım tahkimi ile insan hakları arasında bir kıyas yapmak doğru sonuçlara varılmasına yardımcı olabilir.

Belirtmek gerekir ki, hukuka aykırı eylemin devlete atfedilmesi noktasında yatırım tahkimi uygulaması zaman içinde dönüşüm geçirerek genel uluslararası hukuk ile daha uyumlu hale gelmiştir. Bu konuda UHK Maddeleri'nin öngördüğü uygulama biçimine aykırı bazı kararlara rastlanmaktadır. Örneğin *Maffezini v Kingdom of Spain* davasında özel kişinin eyleminden devletin sorumluluğu *yapısal-görevsel test* kombinasyonu olarak özetlenebilecek bir değerlendirme ışığında incelenmiştir.[196] Yapısal test çerçevesinde: (şikayet konusu eylemlerden bağımsız olarak) (1) şirketin kurulmasında devletin rolü ve (2) şirket sermayesine devletin sahip olup olmadığı (3) şirketin amaçları gibi unsurlar dikkate alınmıştır.[197] Görevsel test çerçevesinde ise şikayet konusu eylemlerin kamusal faaliyet çerçevesinde olup olmadığı incelenmiştir. Görüldüğü üzere bu kararda UHK Maddeleri 5 ve 8'e ait olabilecek ayrı unsurlar bir arada değerlendirilerek bir sonuca varılmıştır.

Ancak belirtelim ki, hakem heyetinin yetki-atfedilme karmaşasına karşı önündeki meselede yanıtlanması gereken iki soru olduğunu tespit ederek bu soruları şu şekilde formüle etmiş olması son derece önemlidir: (*1) ICSID ve hakem heyetinin yetkisinin belirlenmesi açısından ilgili şirketin bir devlet kuruluşu olup olmadığı, (2) Davacı tarafından şikayet edilen eylem ve ihmallerin devlete atfedilip atfedilemeyeceği*. Birinci sorunun yetki safhasında yanıtlanmasına karar verilirken, ikinci sorunun ancak uyuşmazlığın esasının incelenmesini sırasında yanıtlanabileceği belirtilmiştir.[198]

Bu ayrım çerçevesinde yetkiye ilişkin kararda uyuşmazlık konusu eylemler tek tek incelenmemiş; şirketin **genel olarak** görevleri incelenerek bir kanaate varılmıştır. Esasa ilişkin kararda ise şikayet konusu eylemlerin tek tek incelenerek bunların kamusal nitelikte olup olmadığına karar verildiği görülmektedir.[199] Hakem heyetinin bu yaklaşımı, bu çalışma boyunca savunduğumuz hukuka aykırı eylemin devlete

195 Dal (n 192) 15.

196 Azaklı Köse (n 9) 120.

197 *Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000, para 83-89; *Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, para 48-83. (Italaw, 2000) <https://www.italaw.com/cases/641> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

198 *Maffezini v Kingdom of Spain* (n 197) para 75.

199 Azaklı Köse (n 9) 123.

atfedilmesinde **genel değerlendirme** kriterinin uygulanmaması gerektiği, bunun ancak yetki bakımından mümkün olabileceği tezinin uygulamadaki bir örneğidir.

Jan de Nul v Egypt ve *EDF v Romania* davalarında ise hem UHK Maddeleri'nde benimsenen md. 4, 5 ve 8 ayrımına bağlı kalınmış; hem de 5. madde ve 8. madde uygulaması bakımından "somut eylem"de kamu gücü yetkisi kullanılıp kullanılmadığı veya "eylem üzerinde" devletin kontrol sahibi olup olmadığı araştırılmıştır. *Jan de Nul v Egypt* davasında Suez Kanal Otoritesi'ne Mısır iç hukuku uyarınca bazı kamusal yetkiler tanınmış olmasına rağmen, şikayet konusu eylemler bakımından kamu otoritesinin ayrıcalıklarının kullanılmadığına karar verilmiştir.[200] 8. madde uygulaması bakımından ise Suez Kanal Otoritesi'nin eylemlerini Mısır'ın talimatları uyarınca hareket edip etmediği incelenmiş ve Mısır'ın Suez Kanal Otoritesi'ne şikayet konusu olan eylem ve ihmaller bakımından herhangi bir talimat verdiğine ilişkin kanıt bulunamamıştır.[201]

EDF v Romania davasında şirketin paylarının çoğunluğunun devlete ait olması, hatta şirket yönetiminde etkili olması devletin eylem üzerinde otomatik olarak kontrol sahibi olması olarak değerlendirilmemiştir: 5. maddeye ilişkin incelemede, hukuken bağımsız olan bir birimin eyleminin devlete atfedilebilmesi için, spesifik kamu gücü unsurlarının kullanılması konusunda yetkilendirilmiş olma aranmıştır.[202] 8. maddeye göre atfedilme için ise devletin şirketteki pay sahipliğini veya kontrol gücünü "**özel bir sonuca ulaşmak üzere**" kullanması gerektiği belirtilmiştir.[203] Deliller değerlendirildiğinde devlet şirketlerinin Romanya Ulaştırma Bakanlığı vasıtasıyla devletten birçok talimat aldığı ve yönlendirildiği tespit edilmiştir. Ayrıca "özel bir sonuca ulaşma" unsurunun da bulunduğu; somut olayda hedeflenen sonucun davacı ile olan akdi ilişkileri sonlandırmak olduğu belirlenmiştir.[204]

IV. Sonuç

AİHM genel uluslararası hukukun atfedilmeye ilişkin kurallarını tamamen reddeden ve bunun yerine *lex specialis* benimsemiş bir tavır içinde değildir. Bu nedenle uluslararası hukukun parçalanmasına ilişkin tartışmalar bakımından UHK'nin bu konudaki yorumuna uygun olarak bağımsız bir rejim değil, uluslararası hukukun genel prensipleri uyarınca işleyen bir alt uluslararası hukuk dalı olma özelliğini muhafaza etmektedir.

200 *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008, para 170. (Italaw, 2008) https://www.italaw.com/cases/587 Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

201 İbid para 173.

202 *EDF (Services) Limited v Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para 193 (Italaw, 2009) https://www.italaw.com/cases/375 Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

203 İbid para 200.

204 İbid para 201.

AİHM uygulamasında eylemin devlete atfedilmesi bakımından pozitif yükümlülükler doktrini ve "hükümet kuruluşu" olup olmama biçiminde ikili bir ayrımdan söz ediliyor olsa da; teorik bakımdan pozitif yükümlülükler AİHS'de bulunan ve ihlal edildiği öne sürülen maddi kuralın genişletilmesinden ibarettir. Bu bakımdan burada da devletin *de jure* organlarının sorumluluğu araştırıldığından, zımni olarak atfedilme işlemi gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla pozitif yükümlülükler doktrini, atfedilme işleminin bir istisnası değildir.

Çalışmada ikinci grup davalar olarak incelediğimiz davalarda ise AİHM, AİHS'nin 34. maddesinde yer alan hükümet-dışı kuruluş kavramını, *mutatis mutandis*, devlet şirketlerinin kamu otoritesi sayılıp sayılmayacağı meselesine uygulamaktadır. Bu davalarda AİHM tarafından dikkate alınan kriterler incelendiğinde - AİHM'nin hukuka aykırı olduğu öne sürülen eylem yerine şirket üzerinde devletin kontrolüne odaklanan yaklaşımı bir yana bırakılırsa - genel itibariyle UHK Maddeleri'nin atfedilmeye ilişkin kuralları ile uyumlu oldukları görülmektedir. Ancak burada AİHM'nin UHK Maddeleri'nin terminolojisini kullanmaktan kaçınması ve AİHS'ye ait bir kavram olan hükümet-dışı kuruluş kavramını *mutatis mutandis*, sorumluluk bağlamında kullanması söz konusu olduğundan, uygulamanın genel sorumluluk hukuku ile ilişkisi kapalıdır ve bu çalışmada yapmaya gayret ettiğimiz üzere ancak içtihadın detaylı biçimde incelenmesi ile ortaya çıkarılabilmektedir.

Son olarak, bağlayıcılığı tartışmalı olsa da UHK Maddeleri (devletin hukuka aykırı eylemlerinden doğan) uluslararası sorumluluğunu düzenleme iddiasında olan bir metindir. Yani eğer konu özel olarak düzenlenmemişse, başvurulacak kurallar şeklen UHK Maddeleri olmak zorunda değilse de, bu maddelerin kendisinden ilham aldığı örf ve âdet hukuku kurallarıdır. Bu bakımdan göz ardı edilmeleri mümkün değildir. Tüm bu nedenlerle genel sorumluluk hukuku kuralları uluslararası hukukun alt dalları bakımından etkisini korumakta ve tüm eksikleri ve eleştirilebilecek taraflarına rağmen uluslararası hukukun parçalanması karşısında tüm alt dalların dahil olduğu sistemi, bir arada tutan bir yapıştırıcı görevi görmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Acer Y ve Kaya İ, *Uluslararası Hukuk* (Seçkin 2020)

Akkutay Aİ, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi* (Adalet Yayınevi 2013)

Ališić and Others v Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia, App No 60642/08 (ECtHR 16 July 2014)

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro) (Judgment) [2007] ICJ Rep 43.

Azaklı Köse M, Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu (Adalet 2021)

Azaklı Köse M, 'Uluslararası Hukukta Eylemin Devlete Atfedilmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ülke Dışı Yetki Arasındaki İlişki' (2021) 41(1) Public and Private International Law Bulletin 261.

Banaszewska DM, 'Lex Specialis' in Rüdiger Wolfrum (edn), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Oxford Public International Law 2015) <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e2171?prd=MPIL> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

Bodansky D and Crook JR, 'Introduction and Overview' (2002) 96(4) American Journal of International Law 773.

Boon KE, 'Are control tests fit for the future? The slippage problem in attribution doctrines', (2014) 15(2) Melbourne Journal of International Law 1-48.

Broniowski v Poland App No 31443/96 (ECtHR, 22 June 2004)

Buzescu v Romania, App No 61302/00 (ECtHR, 24 May 2005)

Case "Relating to Certain Aspects of the Laws On the Use of Languages in Education in Belgium" v Belgium (Merits) App No 1474/62 (ECtHR, 23 July 1968)

Charney JI, 'State Responsibility' (1998) 271 Recueil des cours 237.

Chirwa DM, 'The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights' (2004) 5(1) Melbourne Journal of International Law, 1-36.

Christenson GA, 'The Doctrine of Attribution in State Responsibility' in Richard Lillich (edn) *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (University Press of Virginia 1983) 321.

Condorelli L and Kress C, 'The Rules of Attribution: General Considerations' in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 221.

Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei v Moldova, App No 39745/02 (ECtHR, 3 April 2007)

Costello-Roberts v the United Kingdom, App No 13134/87 (ECtHR, 25 March 1993)

Crawford J, 'Revising the Draft Articles on State Responsibility' (1999) 10(2) European Journal of International Law 435.

Crawford J, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th edn, Oxford University Press 2012)

Crawford J, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press 2013)

Crawford J ve Keene A, 'The Structure of State Responsibility under the European Convention on Human Rights' in Anne van Aaken and Iulia Motoc (edn) *The European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford University Press, 2018) 178.

Dal U, *Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilmesi* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019)

David E, 'Primary and Secondary Rules' in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 27.

Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, (2001) 2 (Part Two) Yearbook of the International Law Commission <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

EDF (Services) Limited v Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009 (Italaw, 2009) https://www.italaw.com/cases/375 Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000 (Italaw, 2000) <https://www.italaw.com/cases/641> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000 (Italaw, 2000) <https://www.italaw.com/cases/641> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

Erkiner HH, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, (Onikilevha Yayıncılık 2010)

Evaldsson and Others v Sweden, App No 75252/01 (ECtHR, 13 February 2007)

Evans M, 'State Responsibility and the European Convention on Human Rights' in Malgosia Fitzmaurice and Dan Sarooshi (edn) *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions* (Hart Publishing, 2004) 139.

Farrior S and Clagett B, 'State Responsibility for Human Rights Abuses by Non-State Actors' (1998) 92 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 299.

Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission , Finalized by Martti Koskenniemi. UN Doc A/CN.4/L.682

François J ve Kombe A, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No: 7* (1. Baskı, Avrupa Konseyi 2008)

Frouville OD, 'Private Individuals' in James Crawford, Allain Pellet and Simon Olleson (edn) The Law of International Responsibility (Oxford University Press 2010) 257.

Garciandia R, 'State responsibility and positive obligations in the European Court of Human Rights: The contribution of the ICJ in advancing towards more judicial integration' (2020) 33(1) Leiden Journal of International Law, 177.

Gourgourinis A, 'General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System' (2011) 22(4) European Journal of International Law 993.

Grigoryev and Kakaurova v Russia, App No 13820/04 (EctHR, 12 April 2007)

Hokkanen v Finland App No 19823/92 (ECtHR, 24 August 1994)

Impact of the ILC Articles on State Responsibility (British Institute of International and Comparative Law 2007) <https://www.biicl.org/files/3107_impactofthearticlesonstate_responsibilitypreliminarydraftfinal.pdf> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

Islamic Republic of Iran Shipping Lines v Turkey App No. 40998/98 (EctHR, 13 December 2007)

Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008 (Italaw, 2008) https://www.italaw.com/cases/587 Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

Kaya İ, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler* (Seçkin 2020)

Kaya T, 'Uluslararası Hukuk Bölünüyor mu?' (2012) 61(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149.

Kayhan AK, *Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletlerin Sorumluluğu*, (Onikilevha Yayıncılık 2017)

Kedikli U, *Uluslararası Terörizm ve Devlet Sorumluluğu* (Nobel Yayıncılık 2013)

Kees A, 'Responsibility of States for Private Actors' in Rüdiger Wolfrum (edn) Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Oxford Public International Law 2011) <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1092?prd=MPIL> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

Khachatryan v Armenia App No 31761/04 (ECtHR, 1 December 2009)

Kolb R, *The International Law of State Responsibility: An Introduction* (Edward Elgar Publishing 2017)

Koskenniemi M and Leino P, 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties' (2002) 15(3) Leiden Journal of International Law 553.

Kotov v Russia App No 54522/00 (ECtHR, 3 April 2012)

Kreutz K, *State Responsibility in the International Legal Order: A Critical Appraisal* (Cambridge University Press 2020)

Kurtdarcan BR, 'Uluslararası Sorumluluk Hukuku Kapsamında Devletin de Facto Organı Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme' (2016) 11(143-144) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57.

Lillich RB, 'The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens' (1979) 73 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 244.

Liseytseva and Maslov v Russia App No 39483/05 ve 40527/10 (ECtHR, 9 October 2014)

Lisyanskiy v Ukraine, App No 17899/02 (ECtHR, 4 April 2006)

Lopez-Ostra v Spain App No 16798/90, (ECtHR, 9 December 1994)

Loup M, 'The Content of State Responsibility under the European Convention on Human Rights - Some Reflections on the Court's Approach to General International Law on State Responsibility' in Samantha Besson and Matthieu Loup (edn) *International Responsibility: Essays in Law, History and Philosophy* (Schulthess Verlag 2017) 139.

Marks S and Azizi F, 'Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: International Mechanisms' in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 725.

McCorquodale R, 'Overlegalizing Silences: Human Rights and Nonstate Actors', (2002) 96 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 384.

McCorquodale R, 'Impact on State Responsibility' in Menno T. Kamminga and Martin Scheinin (edn)

The Impact of Human Rights Law on General International Law (Oxford University Press 2009) 235.

Meron T, 'State Responsibility for Violations of Human Rights' (1989) 83 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 372.

Metin Y, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler' (2010) 7(27) Uluslararası İlişkiler Dergisi 111.

Milanovic M, 'Special Rules of Attribution of Conduct in International Law' (2020) 96 International Law Studies 295.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep 14.

Momtaz D, 'State Organs and Entities Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority' in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 237.

Mykhaylenky and Others v Ukraine App No 35091/02 (ECtHR, 30 November 2004)

Novoseletskiy v Ukraine App No 47148/99 (ECtHR, 27 February 2005) (extracts)

O'Keeffe v Ireland App No 35810/09 (ECtHR, 28 January 2014)

Palchetti P, 'De Facto Organs of a State' in Rüdiger Wolfrum (edn) Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Oxford Public International Law 2017) <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1394> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

Pauwelyn J, 'Fragmentation of International Law' in Rüdiger Wolfrum (edn), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Oxford Public International Law 2006) <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1406> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

Pellet A, 'The ILC Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts' in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 75.

Pirim CZ, 'Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme' (2012) 32(2) Public and Private International Law Bulletin 147.

Pirim CZ, *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti*, (Turhan Kitabevi 2016)

Poroy MA 'Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük' (2006) 80(3) İstanbul Barosu Dergisi, 1005.

Prosecutor v Tadic (Judgment), ICTY-94-1-A (15 July 1999) <https://www.refworld.org/cases,ICTY,40277f504. html> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

Radio France and Others v France App No 53984/00 (ECtHR, 23 September 2003) (extracts)

Regent Company v Ukraine App No 773/03 (ECtHR, 3 April 2008)

R. Kacapor and Others v Serbia App No 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 and 3046/06 (ECtHR, 15 January 2008)

Romashov v Ukraine App No 67534/01 (ECtHR, 27 July 2004)

Rosenstock R, 'The ILC and State Responsibility' (2002) 96(4) American Journal of International Law 792.

Roucounas E, 'Non-State Actors: Areas of International Responsibility in Need of Further Exploration' in Maurizio Ragazzi (edn) *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (Martinus Nijhoff Publishers 2005) 391.

Schönsteiner J, 'Attribution of State Responsibility for Actions or Omissions of State-Owned Enterprises in Human Rights Matters' (2019) 40(4) University of Pennsylvania Journal of International Law 895.

Sheeran S, 'The relationship of international human rights law and general international law: hermeneutic constraint, or pushing the boundaries?' in Scott Sheeran and Nigel Rodley (edn) *Routledge Handbook of Human Rights Law* (Routledge 2013) 79

Simma B ve Pulkowski D, 'Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law' (2006) 17(3) European Journal of International Law 483.

Simma B ve Pulkowski D, 'Leges-Speciales and Self-Contained Regimes' in James Crawford, Allain Pellet and Simon Olleson (eds), The Law of International Responsibility (Oxford University Press 2010) 139.

Storck v Germany, App No 61603/00 (ECtHR, 16 June 2005)

Sunay R, 'İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu' (2015) 23(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9.

Šturma P, 'State Responsibility and the European Convention on Human Rights' <https://rm.coe.int/the-issues-of-state-responsibility-before-the-ecthr/1680a05736> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

Tams CJ, 'Law-making in complex processes: The World Court and the modern law of State responsibility' in Christine Chinkin and Freya Baetens (edn) *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford* (Cambridge University Press 2015) 287.

Tepe v Turkey App No 27244/95 (ECtHR, 9 May 2003)

Tezcan D, Erdem MR, Sancakdar O ve Önok RM, *İnsan Hakları El Kitabı* (8. Baskı, Seçkin 2019)

United Nations Legislative Series Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (United Nations 2012) <https://legal.un.org/legislativeseries/pdfs/volumes/book25.pdf> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

Uzun E, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2016)

VgT Verein Gegen Tierfabriken v Switzerland App No 24699/94 (ECtHR, 28 June 2001)

Wolfrum R, 'State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Relevance' in Maurizio Ragazzi (edn) *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (Martinus Nijhoff Publishers 2005) 423.

Woś v Poland, App No 22860/02, (ECtHR, 8 June 2006)

Young MA (edn) *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation* (Cambridge University Press, 2012).

Young MA, 'Fragmentation, Regime Interaction and Sovereignty' in Christine Chinkin and Freya Baetens (edn) *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford* (Cambridge University Press 2015) 71.