

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TÜRKİYE’NİN TARAF OLDUĞU ICSID ve İKİ
TARAFLI YATIRIMLARIN KORUNMASI ve TEŞVİKİ
ANLAŞMALARİ ÇERÇEVESİNDE YATIRIM
UYUŞMAZLIĞI NEDİR?**

**MEHMET AKİF TUNÇ
2501010232**

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. CEMÂL ŞANLI**

İSTANBUL-2010

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEZ ONAYI

Enstitümüz KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI 2501010232 numaralı MEHMET AKİF TUNÇ'UN hazırladığı konulu "TÜRKİYE'NİN TARAF OLDUĞU ICSİD VE İKİ TARAFLI YATIRIMLARIN KORUNMASI VE TEŞVİKİ ANLAŞMALARI ÇERÇEVESİNDE YATIRIM UYUŞMAZLIĞI" konulu YÜKSEK LİSANS/ DOKTORA TEZİ ile ilgili TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15.Maddesi uyarınca 07.07.2010 ÇARŞAMBA günü Saat: 14:00'DE yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezininne* OYBİRLİĞİ /OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF.DR. CEMAL ŞANLI	Kabul	
PROF.DR.GÜNSELİ ÖZTEKİN GEL GEL	Kabul	
PROF.DR. ZEHREDDİN ASLAN	Kabul	
DOÇ.DR. MURAT YANIK	Kabul	
DOÇ.DR. HÜSEYİN ÖZCAN	Kabul	

ÖZ

**TÜRKİYE’NİN TARAF OLDUĞU ICSID ve İKİ TARAFLI
YATIRIMLARIN KORUNMASI VE TEŞVİKİ ANLAŞMALARI
ÇERÇEVESİNDE YATIRIM UYUŞMAZLIĞI NEDİR?
MEHMET AKİF TUNÇ**

Bu tezin amacı, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde etkin ve emsallerinden farklı bir uyuşmazlık çözüm sistemi ortaya koyan ICSID Anlaşması ve Türkiye’nin akdettiği ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde “yatırım uyuşmazlığı” meselesini incelemektir.

ICSID Anlaşması, tıpkı ikili yatırım anlaşmaları gibi, yabancı yatırımlar alanında maddi ilkeleri belirleyecek çok taraflı bir uluslararası anlaşma için devletlerin uzlaşmaya varamaması sebebiyle ulaşılan bir çözümdür. Bununla, özellikle II. Dünya Savaşı sonrası yıllarda, yabancı sermaye akışına ilişkin karşıt tutumlar içerisinde olan gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin hassasiyetlerini pragmatik bir yaklaşımla dengeleme amacı güdülmüştür. Bu, yabancı yatırımcının hak ve menfaatleriyle, devletlerin egemenliği arasında uluslararası anlaşmalarla kurulan bir dengedir. “Yatırım uyuşmazlığı” meselesini ele alırken ICSID ve ikili yatırım anlaşmalarından hareket etmeyi bu yüzden gerekli gördük.

ICSID Anlaşmasında, yatırım ve yatırım uyuşmazlığı tanımlanmamakla, bunu ülkelerin kendi aralarında akdedeceği ikili yatırım anlaşmalarına bırakmak amaçlanmıştır. Böylelikle, uluslararası toplumda, yabancı yatırımın tâbi olacağı maddi ilkeler, sadece tarafları arasında geçerli olan, ikili yatırım anlaşmalarıyla tespit edilecektir.

Tezimizde, ICSID Anlaşması ve ikili anlaşmaları akdetmeyi zorunlu kılan yabancı yatırıma ilişkin yaklaşım uyuşmazlığını, tarihçe bölümünde kısaca ele alarak, ICSID ve ikili anlaşmalarda “yatırım uyuşmazlığı”nın ne olduğuna odaklanılmıştır. Bu amacı gerçekleştirmek için ICSID hakem mahkemelerine intikal

eden uyuşmazlıkları, hem Merkezin yetkisi hem de yatırım uyuşmazlığının özü noktalarından ele aldık.

Anahtar Kelimeler: Yatırım Uyuşmazlıkları, ICSID Anlaşması, İkili Yatırım Anlaşmaları

ABSTRACT

WHAT IS AN INVESTMENT DISPUTE WITHIN THE FRAMEWORK OF ICSID AND BILATERAL INVESTMENT TREATIES CONCLUDED BY TURKEY?

MEHMET AKİF TUNÇ

The aim of this thesis is to examine ICSID Treaty whose primary purpose is to establish an effective and unique conciliation and arbitration system that provides settlement to international investment disputes. Besides, it examines investment disputes from the point of view of bilateral investment treaties to which Turkey is a party.

ICSID Treaty, like other bilateral investment treaties, is a solution to the problem of disagreement between states about initiating a multilateral treaty which is expected to introduce some substantive principles for foreign investments.

The main idea underlying ICSID Treaty is to provide maintenance of equilibrium between the developed and less-developed countries with firmly pragmatic approach. This equilibrium is to be maintained between the rights and interests of foreign investor and state sovereignty through international treaties. Because of this, the investment dispute issue is examined in the thesis from the point of view of ICSID and bilateral investment treaties.

The ICSID Treaty does not give any definition of the notions of investment and investment dispute. The reason for this is to leave the issue to be determined by the states through bilateral investment treaties. Thus, in international society the substantive principles on which foreign investment subject to is determined by bilateral investment treaties which are in force only between parties.

Although the main scope of the thesis is the notion of investment disputes both in ICSID and other bilateral investment treaties, the notion of conflict between the views on foreign investment which makes bilateral treaties indispensable is also

but only briefly examined in the part of the thesis regarding historical development. So, the disputes brought to the ICSID arbitrators are examined from the point of view of both authority of ICSID and the nature of investment dispute.

Key Words: Investment Disputes, ICSID Convention, Bilateral Investment Treaties-BITs

ÖNSÖZ

Bu çalışmada ICSID Anlaşması ve Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde “yatırım uyumsuzluğu” meselesi incelenmiştir.

“Yatırım uyumsuzluğu” konusunu bu anlaşmalar çerçevesinde ele almamızın sebebi; öncelikle ICSID Anlaşması ile uyumsuzlukların çözümü için kurulan Merkez'in, sadece bir “yatırım”dan kaynaklanan uyumsuzluklar için yetkili olmasıdır. İkili yatırım anlaşmaları ise, yabancı yatırıma ilişkin çok taraflı, geniş katılımlı bir uluslararası anlaşmanın yokluğunda ve buna ulaşmanın bariz güçlüğü karşısında, devletlerin kalkınması için gerekli görülen yabancı sermaye yatırımlarının devamını sağlamakta; bu yatırımlara etkin bir koruma sağlamaktadır. Bu yüzden yatırım uyumsuzluğu konusunu ikili yatırım anlaşmalarını incelemeden ele almak mümkün değildir.

Bu çalışmamızda, ICSID Anlaşması'nın ve ikili yatırım anlaşmalarının II. Dünya Savaşı sonrasındaki oluşum sürecine kısa da olsa değinilmiştir. Yabancı yatırıma yapılacak muameleye ilişkin birbirinden farklı mülhazaların çatıştığı bir dönemin ve sonrasının ürünleri olan söz konusu anlaşmaların oluşum sürecini hesaba kattığımızda, mezkur anlaşmaların taşıdığı özellikleri daha isabetli değerlendirmek mümkün olacaktır.

“Yatırım Uyumsuzluğu” konusunu ele alırken, mümkün olduğunca somut vakalardan hareket etmeye çalıştık. Bunun, yatırım ve yatırım uyumsuzluğu hakkında, bir sınırlama getirmemek için doğrudan bir tanım getirmekten özellikle kaçınan ICSID ve ikili yatırım anlaşmalarında “yatırım uyumsuzluğu” ile neyin kastedildiğini ortaya koyabilmek bakımından önemli olacağını düşündük. Özellikle yatırıma ev sahipliği yapan devletlerin uyguladığı ne gibi tedbirlerin ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde yatırım uyumsuzluğu teşkil edebileceğinin üzerinde durduk.

Son olarak, değerli vakitlerini ayırarak, tezimin oluşma aşamalarının her birinde değerli önerileriyle yolumu bir hayli aydınlatan, güvenini ve desteğini daima hissettiğim danışmanım, hocam Prof. Dr. Cemal şanlı'ya, bana gösterdiği özveri ve anlayıştan ötürü teşekkür etmeyi borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	v
ÖNSÖZ	vii
KISALTMALAR LİSTESİ	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

I. SON YÜZYILDA YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNE ODAKLANAN GİRİŞİMLER VE SONUÇLARI

A. Yatırım Kavramı	5
B. Yatırım Uyuşmazlıklarının Doğası	7
C. Yabancı Yatırım Uyuşmazlıklarının Ulaştığı Boyutlar ve Sonuçları	10
D. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde ICSID Anlaşmasının Önemi	20
E. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde İkili Yatırım Anlaşmalarının Önemi	25

İKİNCİ BÖLÜM

II. TÜRKİYE’NİN TARAF OLDUĞU İKİLİ YATIRIM ANLAŞMALARI ÇERÇEVESİNDE YATIRIM UYUŞMAZLIĞI

A. Genel Olarak Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili Yatırım Anlaşmaları	30
1. Anlaşmaların Mahiyeti	33
2. Anlaşmaların Kurgusu	35

B. Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili Yatırım Anlaşmalarında Yatırım Uyuşmazlığı Teşkil Eden Hususlar ve Düzenleme Biçimi	37
1. Bir Âkit Tarafın Yabancı Yatırımlarla İlgili Makamının, Diğer Âkit Tarafın Vatandaş veya Şirketine Sağladığı Herhangi Bir Yatırım Müsaadesinin Uygulanması veya Yorumlanmasından Doğan Uyuşmazlıklar	40
2. Bir Âkit Tarafın Yabancı Yatırımlarla İlgili Makamı ile Diğer Âkit Tarafın Vatandaş veya Şirketi Arasındaki Herhangi Bir Yatırım Sözleşmesinin Uygulanması veya Yorumlanmasından Doğan Uyuşmazlıklar	48
a. Yatırım Sözleşmeleri	48
b. Bir Yatırım Sözleşmesinin Uygulanması veya Yorumlanmasından Doğan Uyuşmazlıklar	54
(1) Bir Yatırım Sözleşmesinin Kendisinin Yatırıma Sağlayacağı Koruma	54
(2) Bir Yatırım Sözleşmesiyle Gerçekleştirilen Yatırımlara İkili Anlaşma Çerçevesinde Sağlanacak "Genel" Koruma	55
(3) Bir Yatırım Sözleşmesiyle Gerçekleştirilen Yatırımlara İkili Anlaşma Çerçevesinde Sağlanacak "Doğrudan" Koruma	56
3. Bir İkili Anlaşma ile Verilen ya da Yaratılan Herhangi Bir Hakkın İhlali İddiasına Dayanan Uyuşmazlıklar	59
a. İkili Anlaşmalarda "Yatırım" ve "Yatırımcı"	60
b. İkili Anlaşmalar ile Verilen ya da Yaratılan Haklar	63
4. Kamulaştırma veya Millileştirmelerden Doğan Uyuşmazlıklar	64
a. Doktrinde ve Uygulamada Görülen Dolaylı Kamulaştırma Türleri	66
(1) Mal Varlığının Zorlama Sonucu Artışı	68
(2) Yerlileştirmeye Yönelik Tedbirler	69
(3) Mülkiyet Haklarına Müdahale	70

(4) Yatırımın Yönetimi Üzerinde Kontrol Kurmak	71
(5) Yatırımcıya Verilen İzin veya İmtiyazın Geri Alınması	74
(6) Yatırım Sözleşmesinden Kaynaklanan Haklara Müdahale	75
(7) İç Kargaşa Dönemlerinde Devletin Yabancı Yatırımcıya Koruma Sağlamaması	77
(8) Aşırı ve Mükerrer Vergilendirme	79

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III. ICSID ANLAŞMASI ÇERÇEVESİNDE YATIRIM UYUŞMAZLIĞI

A. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon	80
B. ICSID Uyuşmazlık Çözüm Sistemi	82
C. ICSID Anlaşmasının Kapsamı (Madde 25/1)	86
D. ICSID Anlaşması Çerçevesinde Yatırım Uyuşmazlığı	89
1. Uyuşmazlığın “Hukuki” Olması	90
2. Uyuşmazlığın “Doğrudan” Kaynaklanması	92
3. Uyuşmazlığın Bir “Yatırım”dan Kaynaklanması	96
a. Yatırım Sözleşmelerinde Yatırımın Tanımlanması	97
b. İkili Yatırım Anlaşmalarında Yatırımın Tanımlanması	99
c. Ulusal Mevzuatlarda Yatırımın Tanımlanması	102
E. ICSID Tatbikatında Yatırım Uyuşmazlığı	107
1. Holiday Inn S.A. v. Morocco Davası	107

2. Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. v. Slovak Republic Davası	109
3. Salini Costruttori S.p.A. Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco Davası	113
4. Metalclad Corporation v. United Mexican States Davası	116
5. Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic	120
E. Türkiye'nin Veya Türk Vatandaşı Yatırımcının Tarafı Olduğu Bazı ICSID Davaları	124
1. PSEG Global Inc. and Konya İlgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey Davası	124
2. Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Republic of Turkey Davası	130
3. Bayındır İnşaat turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan Davası	133
SONUÇ	138
KAYNAKÇA	145

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Age	: Adı geçen eser
Agm	: Adı geçen makale
AJIL	: Amerikan Journal of International Law
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	: Bakınız
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
Ed.	: Editör
FILJ	: Foreign Investment Law Journal
Haz.	: Hazırlayan
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Centre for the Settlement of the Investment Disputes
ILM	: International Legal Materials
m.	: Madde
Rec. Des Cours	: Recueil des Cours de l'Academie de Droit International
s. / ss.	: Sayfa / sayfalar
t. y.	: Basım tarihi yok
UN	: United Nations
Vol.	: Volume
v.b.	: Ve benzeri
v.d.	: Ve devamı
y.y.	: Yer yok

GİRİŞ

Günümüzde yabancı yatırımlar, yerel ve uluslararası ekonomik ortamda çok önemli ve etkili bir rol oynamaktadırlar. Yabancı yatırımlardan yatırımın yapıldığı ülke ve yatırımcı kadar, yatırımcının ülkesi ve uluslararası toplum da birçok kazanç sağlamaktadır. Uluslararası yatırım, tıpkı uluslararası ticaret gibi, ekonomik faaliyetler dışında, ülkeler arası siyasal, bilimsel ve kültürel ilişkileri de besleyen, etkileyip biçimleyen bir faaliyetler manzumesi ve daha da önemlisi bir kalkınma vasıtasıdır¹. Yabancı yatırım etkinliğinde amaç, bütün ticari faaliyetlerde olduğu gibi, daha çok kâr elde etmektir. Bir ülkenin daha ucuz ve elverişli iş gücü ve doğal kaynaklara sahip olması, yabancı yatırımcıların çoğunluğu için öncelikle hesaba katılan faktörlerdendir. Bununla birlikte, gelişmekte olan ülkeler gibi, sanayileşmiş yabancı ülkeler de yabancı yatırıma ev sahipliği yapabilmektedir². Bu daha çok yatırımın türü ile ilgili bir durumdur.

Gelişmekte olan ülke ekonomileri için yabancı yatırım, en önemli kalkınma vasıtalarından biri olduğu için, günümüzde gittikçe daha önemli hale gelmektedir. Bu yüzden gelişmekte olan ülkeler yabancı yatırımı çekebilmek için, teşvik ve güvence mahiyetinde birçok taahhütlerde bulunmakta ve bu taahhütlere hukuki bağlayıcılık kazandıran tek taraflı veya akdi düzenlemelere gitmektedirler³. Bununla birlikte, yabancı yatırıma ev sahipliği yapan ülkeler için, ekonomik etkinlik alanının önemli bir kısmının yabancı yatırımcıların elinde olması arzu edilen bir durum değildir; fakat gelişmekte olan birçok ülkede halihazırdaki durum bundan uzak değildir. Ayrıca, yatırımcı tarafından elde edilen kârların bütünüyle ülke dışına çıkarılması yerel personelin yönetim mevkiinde istihdam edilmemesi, çevreye zarar verilmesi

¹ Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları** (Uluslararası Ticari Akitler), 2. bs., İstanbul, Beta Yay, 2002, s. 1.

² İlginç bir şekilde, dünyada yabancı sermaye yatırımlarına baktığımızda, bu akımdan gelişmiş ülkelerin gelişmekte olan ülkelere daha fazla pay aldığını görmekteyiz. Özellikle, 2000'li yıllarda, gelişmekte olan ülkelere gelişmiş ülkeler arasında uluslararası doğrudan yatırımlardan pay almadaki oransal fark, gelişmekte olan ülkelere aleyhine açılmıştır. Bkz.: World Investment Report 2004: The Shift Toward Services, New York and Geneva 2004, s. 3 vd. İlhan Yılmaz, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID** (Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID), 1. bs, Beta Yay. İstanbul, 2004, s. 2.

³ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 383.

vb. durumlar, yatırıma ev sahipliği yapan ülkelerde rahatsızlık uyandırmaktadır. Bu yüzden, yatırıma ev sahipliği yapan ülkeler, yabancı yatırımları hem çekmek, hem de denetlemek için dengeli bir politika uygulama ihtiyacı duymaktadır⁴.

Yabancı yatırım mevhumu, uluslararası toplumun tüm fertleri tarafından aynı şekilde algılanan bir mahiyete sahip değildir. Bunun böyle olmasında, ülkelerin sınır aşan yatırım ilişkisinden istifade etme imkanlarının güçleriyle doğru orantılı olması gerçekliği etkilidir. Bununla birlikte, bu alandaki can yakıcı tecrübelerden artakalan izlerin taze olması da etkilidir. Yirminci yüzyılın ikinci yarısında, silahlı gücün kullanımına ilişkin uluslararası hukuk bir yana bırakılacak olursa, uluslararası hukukta hiçbir alanın, yatırım hukuku kadar tartışma yaratmadığı düşünülmektedir⁵. İkinci Dünya Savaşı sonrasında sömürgeciliğin ani sona erışı, milliyetçi yaklaşıma güç kazandırdı. Sömürgeciliğin zincirinden kurtularak bağımsızlığını kazanan devletler, hem kendi ülkelerinde eski sömürge güçlerinin ekonomik egemenliklerinin sona ermesi için, hem de kendi ekonomilerini kendileri düzenlemek ve dünya pazarına girmek için, kendilerine daha fazla hareket alanı bırakan yeni bir düzen arayışına girmişlerdir. Öte yandan, süper güçler arasındaki soğuk savaş yabancı yatırımı ideolojik çatışmalar için bir savaş alanı haline getirmiştir⁶.

II. Dünya Savaşı sonrasındaki mezkur manzarada, sürdürülebilir gelişme ve kalkınma ile yabancı sermaye arasındaki bağın direnilemeyen bir gerçeklik olarak tebarüz etmesi, uluslararası toplumda yabancı yatırıma karşı, giderek, **dengeli** ve **pragmatik** bir yaklaşımın uç vermesine neden olmuştur. Bu manzaranın **dengeli**⁷ kelimesiyle ifade ettiğimiz veçhesini **ICSID Anlaşması**⁸ temsil etmekte; **pragmatik**⁹

⁴ Bilgin Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması** (Doğrudan Yatırımlar), Ankara, Dayıncı Yay., 2003, s. 1.

⁵ M. Sornarajah, **International Law on Foreign Investment** (International Law), Cambridge, 1996, s. 1-2

⁶ Sornarajah, **International Law**, s. 1

⁷ Konvansiyonun hazırlık tarihçesi hakkında bkz.: Broches, A.; “**The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States**” (The Convention) Recueil de Cours, 1972/II, C. 136, Leyden 1973, 348 vd.; ayrıca bkz: <http://www.worldbank.org/icsid>.

⁸ Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon. **ICSID Anlaşması**, tezimizde, literatürdeki duruma uygun olarak, yeri geldikçe, **Konvansiyon** veya **Washington Anlaşması** şeklinde de ifade edilecektir.

⁹ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 18-21.

kelimesiyle ifade ettiğimiz veçhesini ise **iki taraflı yatırımların korunması ve teşviki anlaşmaları**¹⁰ temsil etmektedir. Her ikisi de yatırımların korunması ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümü noktasında işlev gören; devletlerin egemenlik hakları ile yabancı yatırımın korunması arasında denge unsuru olarak uluslararası topluma arz edilmiş seçeneklerdir.

Tez çalışmamız, Türkiye'nin taraf olduğu ICSID anlaşması ve ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde “yatırım uyuşmazlığı”nın ne olduğunu; işbu uluslararası metinlerde “yatırım” ve “yatırım uyuşmazlığı” ile ne kastedildiğini tespit etmeye çalışmaktır. Üç bölümden oluşan tezimizde, bu amaca şu şekilde ulaşmaya çalıştık: Birinci bölümde, öncelikle, “son yüzyılda yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne odaklanan girişimler ve sonuçlarını” ele aldık. Çünkü hem ICSID Anlaşması hem de ikili yatırım anlaşmaları, söz konusu girişimlerin başarısızlığının bir sonucudur. Bu girişimler, uluslararası ortam, yabancı yatırım mevhumuna, gelişmiş ve genellikle sermaye ihraç eden ülkeler ile geliştirmekte ve genellikle sermaye ithal eden ülkelerin nasıl yaklaştığını ortaya koymak bakımından önemlidir. Söz konusu ülkeler arasındaki tutum farkını netleştirmeden, tezimizin konusu olan anlaşmaların ve dolayısıyla yatırım uyuşmazlıklarının mahiyetini anlatabilmek mümkün değildir. Bu yüzden, tezimizin ilk bölümünde, mümkün olduğunca kısa bir biçimde, yatırım kavramını; bir tarafını devletin diğer tarafını özel girişimin oluşturduğu yatırım uyuşmazlıklarının doğasını ve son yüzyılının ikinci yarısında ulaştığı boyutları; ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde, ICSID anlaşması ve ikili anlaşmaların önemini ortaya koymaya çalıştık.

Tezimizin ikinci bölümünde, “Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde yatırım uyuşmazlığı”nın ne olduğunu ortaya koymaya çalıştık. Bölümün ilk paragrafında, bu anlaşmaların mahiyeti ve kurgusu üzerinde durduk. İkinci paragrafında ise, bu anlaşmalarda, yatırım uyuşmazlığı teşkil eden hususlar ve bunların düzenlenme biçimini ele aldık. Devletlerin kendi aralarında akdedeceği ikili yatırım anlaşmaları ile belirlemeleri amacıyla, ICSID Anlaşmasında

¹⁰ İşbu anlaşmaları, tezimizde, **ikili yatırım anlaşmaları** (bilateral investment treaties) veya **ikili anlaşmalar** şeklinde ifade edilecektir.

yatırıma ilişkin bir tanım yapılmadığından, bu anlaşmalarda nelerin yatırım olarak kabul edildiğini tespit etmeye çalıştık. Devletin kamulaştırma ve millileştirme türünden tasarruflarına ilişkin, bu anlaşmaların yabancı yatırımcıya nasıl bir koruma sağladığı; doktrinde ve uygulamada görülen dolaylı kamulaştırma türlerini ve bunlara karşı ikili anlaşmalarda ne gibi önlemler alındığı üzerinde durduk. Bazı somut örneklerden de hareketle, ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde “yatırım uyuşmazlığı”nın ne olduğunu netleştirmeye çalıştık.

Tezimizin üçüncü bölümünde ise, “ICSID Anlaşması çerçevesinde yatırım uyuşmazlığı”nın ne olduğunu ortaya koymaya çalıştık. İlk paragrafta Konvansiyon’un genel bir değerlendirmesini yapıp, ikinci paragrafta ICSID uyuşmazlık çözüm sistemine değindik. Üçüncü paragrafta, ICSID Anlaşmasının kapsamını, m. 25/1, yani Merkezin¹¹ yetkisi çerçevesinde ele aldık. Bu maddede, devletlerin hangi şartlarla Merkezin yetkisine onay vermiş olacağı; kimlerin, hangi şartlarla ICSID uyuşmazlık çözüm sisteminde taraf olabileceği ve **hangi tip uyuşmazlıkların Merkezin yetkisi kapsamında** olduğu düzenlenmektedir. Dördüncü paragrafta, konumuz itibariyle, sadece, m. 25/1’in hangi tip uyuşmazlıkları Merkezin yetkisi kapsamına aldığını; yani **ICSID Anlaşması çerçevesinde yatırım uyuşmazlığı** meselesini ele aldık. Konvansiyon’da “yatırım”ın ve “yatırım uyuşmazlığı”nın ne olduğuna ilişkin bir tanım yapılmadığından, bazı tanınmış ve özellik arz eden ICSID içtihatlarından hareketle, bu meseleyi aydınlatmaya çalıştık. Son paragrafta ise, aynı meseleyi, Türkiye’nin veya Türk vatandaşı yatırımcının taraf olduğu yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin bazı ICSID içtihatlarından hareketle ele aldık ve bu şekilde somut olaylardan hareketle ICSID anlaşması çerçevesinde yatırım uyuşmazlığı”nın ne olduğunu hususundaki tespitlerimizi muhkemleştirmeye çalıştık.

Çalışmamız, işbu tezin amacının ne şekilde gerçekleştiğini değerlendiren sonuç bölümüyle tamamlanmıştır.

¹¹ Merkez (International **Centre** for the Settlement of Investment Disputes), ICSID Anlaşması ile Dünya Bankasının bünyesinde kurulan, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için tahkim ve arabuluculuk imkanı sunan bir birimdir.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. SON YÜZYILDA YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNE ODAKLANAN GİRİŞİMLER VE SONUÇLARI

A. Yatırım Kavramı

Türk Dil Kurumu Sözlüğünde yatırım kavramı; “tecimsel bir girişime belli bir süreyle anamal veya para yatırılması” şeklinde tanımlanmıştır¹². Bu tanımdan da hareketle **yatırım** kavramının üç unsurdan oluştuğu sonucuna varabiliriz. Bu unsurlar; öncelikle kâr amaçlı (tecimsel) bir girişimin varlığı; bu girişim için belli bir sermayenin yatırılması; son olarak da, bu faaliyetin belli bir süreyi kapsamaması şeklinde ifade edilebilir. Yatırım kavramının İngilizce karşılığı olan investment terimi de değişik kaynaklarda benzer unsurları içeren bir biçimde tanımlanmıştır¹³.

Konumuzun esasını teşkil eden *yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların* çözümlendiği mercilerden biri olan ICSID hakem mahkemelerince verilen kararlarda da, **yatırım** kavramının mezkur unsurlarına değinildiği görülmektedir. Buna göre; **yatırım** kavramının kapsamında olabilmesi için, ilgili proje, faaliyet veya işlem belli bir sürece yayılmalıdır ve bu, çok kısa bir süre olmamalıdır; kâr veya yatırımın geri dönüşünde belli düzen ya da sıklık söz konusu olmalıdır; her iki taraf için de bir risk içermelidir; taraflarca yüklenilen edimler esaslı ve belli ağırlığı olan edimler olmalıdır¹⁴. ICSID hakem mahkemelerince bir faaliyetin veya işlemin yatırım olarak değerlendirilebilmesi aranan bu kıstaslar; **yatırım** kavramının “tecimsel bir girişime belli bir süreyle anamal veya para yatırılması” şeklindeki sözlük tanımından kaynaklanan unsurlar ile de paralellik arz etmektedir. Özellikle, yabancı yatırımlar, günümüzde, yatırım ilişkisinin diğer tarafında bir

¹² Bkz.: <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

¹³ Örneğin Britannica Ansiklopedisinde investment terimi şu şekilde tanımlanmıştır: “Process of exchanging income during one period of time for an asset that is expected to produce earnings in future periods. Thus, consumption in the current period is foregone in order to obtain a greater return in the future.” Bkz.: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/292475/investment>

¹⁴ Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 178.

devletin olduğu ekonomik faaliyetler olarak, kâr gibi karşılıklı menfaatlere dayalı; taraflar açısından bazı riskler içeren ve belli bir döneme yayılan bir girişim şeklinde temayüz ederler.

Varlıkların sınır ötesi akışı içinde değerlendirilen yabancı yatırımlar, yatırım faaliyetlerinin yukarıda zikrettiğimiz kendine has özellikleri sebebiyle, varlıkların sınır ötesi akışının diğer türlerinden farklıdır. Yatırım dışında kalan varlıkların sınır ötesi akışı, genellikle ihracat işlemleri vasıtasıyla gerçekleşir. Böyle bir ticarete, yapılan işlemlerin mümkün merteye risksiz olmasını teminat altına almak için ihracata dayalı ticarete hukuki teknikler geliştirilmiştir. Bu tür teknikleri uluslararası anlaşmalarla yeknesaklaştırma çalışmaları başarılı olmuştur. Yabancı yatırımlar ise, ev sahibi ülke ile yabancı yatırımcı arasında uluslararası satım ilişkisine göre daha devamlı bir ilişkiyi gerekli kılmaktadır. Yabancı yatırımın ev sahibi ülke ekonomisine entegrasyonu, onu ev sahibi ülkenin iç ekonomik ve politik faaliyetlerine kaçınılmaz şekilde dahil eder; ihracat işlemleri ise, genellikle, mahalli olaylardan soyutlanmıştır¹⁵.

Varlıkların sınır ötesi akışını içeren uluslararası ticari işlemler alanında diğer bir önemli grup olan uluslararası finans işlemleri de yabancı yatırımdan farklı bir nitelik taşımaktadır. Tarafların eşit olmadığı bu tip ilişkilerde, alacaklının daha büyük pazarlık gücü sebebiyle, ödünç işleminin hukuki vasıtalarla korunması daha kolaydır. Yabancı yatırım faaliyetinin ev sahibi devlet içinde yoğunlaşmasının aksine, bir uluslararası finans işlemi, borçlu egemen bir güç olsa bile, alacaklının devleti ile en sıkı ilişki içindedir ve böyle bir işleme alacaklı devletin ulusal hukuk sistemi vasıtasıyla verilen koruma, yatırım işlemine kıyasla daha güvenceli olabilir¹⁶.

Yatırım faaliyetinin, kazanç amacı güden ve belli bir döneme yayılmayı gerektiren yapısı, varlıkların sınır ötesi akışı içinde değerlendirilen yabancı sermaye yatırımları alanında cereyan eden tüm hadiselerde belirleyici bir etkiye sahiptir. Çünkü, ileride devşirilecek bir kazanç için ev sahibi ülkede bir girişimde bulunan

¹⁵ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 12.

¹⁶ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 12.

yabancı yatırımcı, umduğu veya makul bir kazancı elde edebileceği süreçte, ev sahibi devletin egemenlik yetkisine dayalı tasarruflarından olumsuz etkilenmeye açıktır. Yabancı yatırımcılar kazanç amacıyla girişimlerde bulunurken, ev sahibi devletler de ülkelerinin kalkınması için yabancı yatırımlara ihtiyaç duyar. Menfaat dengesinin bozulması ve bir uyuşmazlığın ortaya çıkması durumunda ise, ev sahibi devletin gücü karşısında yabancı yatırımcıya güvence sağlama ihtiyacı açıktır. Mezkur faktörler, yatırımı, çok kısa sürede gerçekleşen tüm diğer ticari işlemlerden ayırmaktadır.

B. Yatırım Uyuşmazlıklarının Doğası

Yabancı yatırım uyuşmazlıkları, genellikle, ev sahibi devletin yatırım sözleşmesini ihlal eden bir müdahalesi sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bir doğrudan yabancı yatırım¹⁷, bir yabancı ev sahibi devletin kendisi veya onun alt birimi bir kamu kuruluşuyla uzun süreli bir ilişkiye girmek niyetiyle gerçekleştirdiği muamelelerden oluşmaktadır¹⁸. Yatırım ilişkisinin diğer tarafının özel bir kuruluş olması durumunda dahi, yabancı yatırımcı tarafından gerçekleştirilen muameleler üzerinde, ev sahibi devletin düzenleyici tasarrufları ve diğer denetim yolları ile varlığını sıklıkla tebarüz ettirmesi söz konusudur. En önemli yönlerinden biri yabancı yatırımın serbestçe dolaşımı olan serbest pazar ekonomisi sisteminin dünyada genel kabul görmesi söz konusu olsaydı, ev sahibi devletlerin yabancı yatırım üzerindeki denetiminin azalması gerekirdi; fakat bu gerçekleşmiş değildir. Yabancı yatırıma ilişkin işlemler, hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerde, devletin her yerde hazır ve nazır varlığını haklı çıkaracak ölçüde düzenleyici işlemlere tâbi

¹⁷ Yabancı yatırımın korunmasına ilişkin uluslararası düzenlemeler, doğrudan yabancı yatırımların (foreign direct investment-fdi) korunmasına özel önem atfetmektedirler. Çünkü bu tip yatırımlar yüksek maliyetlerle gerçekleşen ve gelişmekte olan ülkelerin ev sahipliği yapmak istediği türde yatırımlardır.

¹⁸ Doğrudan yabancı yatırımlar ile dolaylı yatırımlar arasında farklar, yatırımın uzun bir sürece yayılması, yatırımcının girdiği risk, yatırımcının yatırımı üzerinde denetimde bulunması ve çok uluslu bir şirket olup olmadığı noktalarında belirginleşir. Dolaylı yatırımlar, doğrudan yabancı yatırımların aksine, kısa süreli, düşük riskli, yatırımcının şirket yönetimi üzerinde söz sahibi olmadığı türde yatırımlardır ve ev sahibi ülke ekonomisine katkısı düşüktür. Bkz.: Aysel Çelikel; Günseli Öztekin Gelgel; **Yabancılar Hukuku**, 16. bs. Beta Yay., İstanbul, 2010, s. 153-154. Ayrıca, yabancı yatırım türleri ve ev sahibi ülkeye geliş biçimi hakkında bkz.: Deniz Kırılı Aydemir, **Yabancı Yatırımların Korunması**, 1. bs. Legal Yay., İstanbul, 2005, s. 26-31.

tutulmaktadır. Bu, yatırım ilişkisinin bütünüyle özel taraflar arasında olduğu hallerde de, bir tarafın devlet veya uzantısı olduğu hallerde de böyledir. İşbu yatırım işlemleri, doğrudan veya dolaylı olarak, hem yatırımcının vatandaşı olduğu kaynak (home) devleti hem de yatırıma ev sahipliği yapan devleti işin içine çekmekte ve sonuç olarak uluslararası hukukun ilkelerini sürece dahil etmektedir¹⁹.

Varlıkların sınır ötesi akışını içeren uluslararası ticari işlemler, bir başka ülkenin sınırları içinde, dolayısıyla egemenlik alanında faaliyet göstermeyi gerektirmez. Örneğin bir ihracat muamelesi, ticaret konusu mal gideceği limana ulaşip alıcı tarafından çekilince sona erer. Fakat diğer uluslararası işlemlerin aksine, yabancı yatırım başka bir ülkenin içinde gerçekleştirilmektedir. Bir yabancı yatırım, üretim tesislerinin kurulmasını gerektirebilir; petrol vb. doğal kaynakların çıkarılması üzerine olabilir; bir havalimanının yapılması vb. büyük altyapı çalışmalarına ilişkin veya ev sahibi ülkede var olan sahalara teknoloji transferi veya söz konusu sahalardaki faaliyetlerin yönetimi üzerine olabilir. Tüm bu yatırım faaliyetlerini gerçekleştirmek için personel ve gerekli ekipmanın kaynak devletin dışına çıkarılması; yatırım ilişkisinin aktörlerinden birinin egemen bir güç olması; yatırım ilişkisinin uzun bir sürece yayılıyor olması, yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları diğer uluslararası ticari uyuşmazlıklardan bambaşka bir mahiyete sokmaktadır²⁰.

Ev sahibi devletlerin yaptıkları düzenleyici işlemler ve yabancı yatırım üzerindeki denetimlerinin artması eskiye oranla daha çok uyuşmazlığın ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu, uyuşmazlıkları daha karmaşık hale getiren ve daha çok sürüncemede bırakan bir durumdur. Ev sahibi devletin düzenleyici işlemler yapmaya ihtiyaç duyması sadece mahalli ekonomik nedenlerden kaynaklanmamakta, çevrenin korunması gibi nisbeten yeni kaygılara da dayanmaktadır. Ev sahibi

¹⁹ M. Sornarajah, **The Settlement of Foreign Investment Disputes** (Foreign Investment Disputes), TheHague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, s. 4.

²⁰ Sornarajah, **Foreign Investment Disputes**, s. 5.

devletlerin yaptığı düzenlemelerle yabancı yatırım üzerindeki denetimini arttırmasıyla doğru orantılı olarak, taraflar arasındaki uyuşmazlıklar da artmaktadır²¹.

Sermayenin, teknik ve yönetsel becerilerin ev sahibi ülkeye getirilmesi, istihdam yaratılması, altyapının inşası, üretilen ürünlerin ihracından elde edilecek kazanç gibi, yabancı yatırımın ekonominin tüm alanlarına sağladığı faydaların açıkça görülebildiği durumlarda, ev sahibi devletin böyle bir yatırım faaliyetini zaafa uğratacak bir müdahalede bulunması söz konusu olmayacaktır. Yatırımından beklediği kazancı elde eden yabancı da ev sahibi ekonomiye katkıda bulunmaya devam edecek ve devletle iyi ilişkilerini sürdürecektir. Ayrıca, yabancı yatırımı çekmek için kıyasıya bir rekabetin söz konusu olduğu bir ortamda hiçbir devlet uyuşmazlık üreten ve ülkesindeki yatırımcı ile kötü geçinen bir görüntü çizmek istemez²².

Öte yandan, her iki tarafın da uyuşmazlıktan kaçınmakta menfaati vardır. Yabancı yatırım sözleşmelerinin taraflar arasında daimi ve diri bir ilişkiyi ve karşılıklı hedeflere ulaşmada dayanışmayı gerektiren uzun süreli doğası, taraflar arasındaki ilişkiyi sözleşmenin yazılı maddelerinden çok daha önemli hale getirmektedir. Yatırım sözleşmeleri, yatırım ilişkisinin başlangıcında, sadece yapılacak işi ve ulaşılabilecek, başarılabilecek hedefi belirleyen bir çatı işlevi görmektedir²³; fakat gerek sözleşmenin tarafı gerek yatırım faaliyetinin bir denetleyicisi olarak egemen bir gücün varlığı, yatırım ilişkisini karmaşık bir hale getirmektedir. Özelleştirme dalgası tüm dünyayı etkisi altına almış olmasına rağmen, iş sektöründe devletlerin hâlâ son derece güçlü bir etkisi bulunmaktadır. Yabancı yatırımcının endüstrinin pekçok sektörüne girişi, hâlâ bir devlet kuruluşu ile ortak girişim yapılması halinde mümkün olabilmektedir²⁴.

Yabancı yatırımcı ev sahibi ülkede yatırımını gerçekleştirip kazanç elde etmeye başladıktan sonra, yatırımın ev sahibi devlet nezdinde yatırım öncesindeki

²¹ Sornarajah, **Foreign Investment Disputes**, s. 12.

²² Sornarajah, **Foreign Investment Disputes**, s. 12.

²³ Sornarajah, **Foreign Investment Disputes**, s. 6-7.

²⁴ Sornarajah, **Foreign Investment Disputes**, s. 6-7.

cazibesinin ve dolayısıyla ev sahibi devlet karşısında pazarlık gücünün azalması yatırım ilişkisinin doğasında vardır. Özellikle, yabancı yatırımcının elde ettiği kârı büyük ölçüde kendi ülkesine transfer edip, yatırımın ev sahibi ekonomiye ciddi bir katkısının görülmediği durumlarda, yatırımın faydası tartışma konusu haline gelecektir. Yerel üreticiler ve politikacılar, kendi ülkelerinde aynı kalitede üretilebilecek ürünlerin yabancılar tarafından üretilerek içeride kalabilecek kazancın ülke dışına çıkarılmasına neden müsaade edildiğini yüksek sesle ifade etmeye başlayacaklardır. Yabancı yatırımın ülkeye sağlayacağı katkı noktasında ev sahibi devletin başlangıçtaki lehte takdiri değişmeye başlayınca, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında muhtemel bir yatırım uyumsuzluğunun şartları olgunlaşıyor demektir. Ev sahibi ülkedeki politik ve diğer şartlar uyumsuzluğu tetikleyici bir etkiye sahip olabilir; hükümette gerçekleşen bir ideoloji değişikliği yabancı yatırıma karşı olumsuz bir yaklaşımla sonuçlanabilir. Ekonomik milliyetçilikteki bir canlanma yatırım uyumsuzluklarına elverişli bir hava yaratabilir. Keza, ev sahibi devlet, yabancı yatırımcının yaptığı hamlelerle menfaat dengesini bozduğunu düşünürse, bu dengeyi kendi lehine değiştirecek telafi edici önlemler arayışına girebilir²⁵. Pekçok sebepten kaynaklanabilecek uyumsuzluklar, yatırım faaliyetinin ev sahibi ülkenin sosyo-politik durumu ile sıkı bir ilişki içinde oluşu, birinin egemen bir güç olduğu tarafların menfaat dengeleri vb. unsurlar tarafından şekillenen bir doğaya sahiptir.

C. Yatırım Uyumsuzluklarının Ulaştığı Boyutlar ve Sonuçları

Avrupa'da yabancı yatırımın tarihçesinin çok eskiye dayandığı ve bu yatırımların Asya, Ortadoğu, Afrika ve dünyanın diğer birçok bölgesine yapıldığı bilinmektedir. Bu dönemde yabancı yatırıma ev sahipliği yapan devletlerin yabancılara yaptığı muamele, yabancı yatırım alanında daha sonraki ihtilaflara zemin teşkil etmiştir²⁶. Bir görüş, yabancılara vatandaşlarla eşit muamele yapılması gerektiğini savunurken bir başka görüş, yabancılara daha elverişli bazı dış standartlara uygun olarak muamele yapılmasını gerekli görür. İkinci görüşün harekete geçirilme sebebi, yabancı yatırıma ev sahipliği yapan bir ülkede

²⁵ Sornarajah, **Foreign Investment Disputes**, s. 12.

²⁶ M. Sornarajah, **International Law**, s. 8-9.

vatandaşlara sağlanan şartların düşük olabileceği endişesidir. Her iki görüş de, ticaretin ve yatırımın devlet sınırlarını aşarak daha serbest dolaşımı için bir hukukun yaratılması fikrinin uzantılarıdır ve ticaretini deniz aşırı genişletme imkan ve yeterliliğine sahip olan devletlerin menfaatlerine hizmet etmek üzere tasarlanmıştır²⁷.

On sekizinci ve on dokuzuncu yüzyılda, yatırımlar genel itibariyle sömürgecilik kapsamında yapılmıştır. Bu dönemde yatırımların, sömürgeci devletlerden kendi sömürge devletlerine doğru tek yanlı olduğu ve genelde doğal kaynaklara yöneldiği ve bununla birlikte, bir sömürgeci devletten diğer bir sömürgeci devlete yatırım akışının yok denecek kadar az olduğu bilinmektedir²⁸. Sömürge hukuk sistemlerinin sömürgeci güçlerin hukuk sistemlerine entegre olması ve bu sistemin sömürgelere giden yatırımlar için zaten yeterli korumayı sağlaması nedeniyle, yabancı yatırıma koruma sağlayacak ikili veya uluslararası anlaşmalara ihtiyaç yoktu. O dönemde, sömürgeci devlet menşeli yatırımlar, zaten sömürgeci devlet parlamentolarınca teminat altındaydı²⁹. Sömürgeleşmenin dışında kalan alanlara yatırım yapıldığı takdirde ise, diplomasi ve güç karışımı ile³⁰ **yatırım uyuşmazlıklarının** halli yoluna gidiliyordu.

Bu ilk dönemde “güç”, yabancı **yatırım uyuşmazlıklarının** çözümünde tek işe yarar araçtır. İkinci Dünya Savaşından sonra bile, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için gücün açık veya gizli kullanımının örnekleri mevcuttur³¹. Fakat, bu dönemde doktrin, gücün kullanımını hukuka uygun kılacak bir kurguya sahiptir. Sermaye ihraç eden devletler, kendi sömürgeleri dışında yatırımlar yapan tebasının menfaatlerini korumak ve gerektiğinde kuvvet kullanmak için bazı hukuki gerekçeler icat etme yoluna gitmişlerdir³².

²⁷ Sornarajah, **International Law**, s. 9

²⁸ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 13

²⁹ Sornarajah, **International Law**, s. 10

³⁰ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 14

³¹ İran’da “Musaddık”, Şili’de “Allende” Hükümetlerinin devrilmesi, yakın tarihte güç kullanarak iç işlere müdahalenin en dikkat çeken örnekleridir. Bkz. Sornarajah, **International Law**, s. 10

³² Sornarajah, **International Law**, s. 10

Yabancı yatırıma ilişkin bir uluslararası hukuk geliştirme ihtiyacı, İkinci Dünya Savaşı öncesinde, ilkin ABD ile Latin Amerika Devletleri arasındaki ilişkilerde bariz hale gelmiştir. ABD ile Latin Amerika Devletleri arasında, bu dönemde, yabancı yatırımın korunmasına ilişkin iki ayrı görüşün çatıştığına tanık olunmaktadır. Latin Amerika Devletleri, yabancı yatırımcıya sağlanacak korumanın ölçüsünü, vatandaşlar için mahalli hukukun getirdiği koruma ile sınırlandırmaktan yanadır. ABD ise, yabancı yatırımcıya uluslararası hukuk standartlarına uygun bir korumanın sağlanması gerektiğini savunmaktadır. Halbuki ABD, bölgesel bir ekonomik güç olarak ortaya çıkmadan önce, Avrupa ile arasındaki ticari ilişkilerde sermaye ithal eden ülke rolünü tecrübe ettiği dönemlerde, şimdiki gelişmekte olan ülkelerin sorunlarıyla yüz yüzeydi³³. ABD, buna rağmen, Latin Amerika ülkelerinin yabancı yatırımcılara uluslararası hukuk standartlarına uygun muamele yapılması gerektiğinde ısrarcı bir tutum sergilemiştir. Latin Amerika Devletleri ise, yabancı yatırımcılara, birçok sözleşmede, mahalli kanunlarında ve anayasalarında öngörülen eşit muamelenin yer almasıyla uluslararası hukukun gereklerini yerine getirdikleri hususunda ısrar etmek suretiyle tartışmayı sürdürmüştür³⁴.

ABD ve Latin Amerika Devletleri arasındaki bu çekişme, daha sonra da küresel arenada değişik biçimlerde tekrarlanması yönüyle önemlidir. Fakat, ABD ile Latin Amerika Devletleri arasındaki çekişmenin şekillendirdiği hukuk, sonradan ekonomik reform amacıyla birçok ülkede yapılan millileştirmeler³⁵ için düzenleyici veya çözüm üreten bir donanıma sahip değildi³⁶.

Bu dönemde, ev sahibi devletin yabancı mülkiyetine el atılması sonucu ortaya çıkan **yatırım uyuşmazlıkları**, genellikle halk ayaklanması veya politik husumet ile harekete geçirilen bir saldırıdan kaynaklanmıştır. Yabancı mülkiyete yapılan bu tür müdahaleler, kendilerine menfaat sağlamak isteyen cuntalar tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu ilk **yatırım uyuşmazlıkları** içinde yer alan yabancı

³³ Sornarajah, **International Law**, s. 11

³⁴ Sornarajah, **International Law**, s. 11

³⁵ İkinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan millileştirmeler için bkz. Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 190 vd.

³⁶ Meksika ve Diğer Latin Amerika Devletlerindeki toprak reformları bunun istisnasıdır. Bkz. Sornarajah, **International Law**, s. 11

mülkiyete el atma³⁷, hem Latin Amerika ülkelerinde, hem de başka ülkelerde, daha sonraki dönemlerde büyük ekonomik reformlardan kaynaklanan el atmalardan nitelik olarak tamamen farklıdır³⁸. Bu yüzden her iki tip müdahaleye aynı ilkelerin uygulanması uygun değildir³⁹.

Bununla beraber, Rusya devrimi ve komünizmin Avrupa’da yayılması, ekonomik felsefeye dayandırılan yabancı mülkiyete el atmalar ile sonuçlanmıştır. Bu durum, yabancı mülkiyete bu tür müdahalelerin uluslararası hukukta kabul edilebilir standartlarının belirlenmesi zorunluluğunu uluslararası hukukçular arasında tartışmaya açmıştır⁴⁰. Millileştirmeler sonucunda yaşanan **yatırım uyuşmazlıkları** ve bu konuda ileri sürülen talepler, yabancı mülkiyete geçerli bir müdahale için gerekli standartlar konusunda çatışan iki görüş arasında bir uzlaşmayı yansıtan “götürü tazminat (lump-sum) anlaşmaları”⁴¹ ile, sonunda karşılanabilmiştir. Götürü tazminat anlaşmaları, buna rağmen, yabancı mülkiyet haklarına yapılan müdahalenin geçerli olması için gereken dış standartların neler olduğu konusundaki tartışmalı sorunun kendisine herhangi bir çözüm sunmamıştır⁴².

İkinci Dünya Savaşı’nın hemen sonrasındaki yılların en belirgin özelliği, anahtar sanayilere yönelik çok kapsamlı millileştirme hareketleri olmuştur. Bu millileştirmeler, sadece komünist blokta değil, Fransa ve Birleşik Krallık gibi Batı Avrupa ülkelerinde de yapılmış ve yerli yabancı işletme ayrımı gözetilmemiştir⁴³. Ayrıca, bu yıllarda, sömürgeciliğin sona ermeye başlamasıyla, milliyetçi saiklerle yabancı sermaye düşmanlığından kaynaklanan **yatırım uyuşmazlıklarına** tanık

³⁷ El atma, İngilizce “taking” teriminin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Devletin mülkiyete “el atma” sı bir üst kavram olup, kamulaştırma millileştirme ve müsadere veya bunlarla aynı etkiyi doğuran bütün müdahaleler bu kavram içine girmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar** s 187 vd.

³⁸ Sornarajah, **International Law**, s. 12.

³⁹ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 15; Yabancıların mülkiyetine müdahalenin bu iki farklı türünü birbirinden ayırt etmede, ilk dönem doktrinin başarısızlığına ilişkin bkz. Sornarajah, **International Law**, s. 11 vd.

⁴⁰ Sornarajah, **International Law**, s. 11-12.

⁴¹ Götürü tazminat (lump-sum) anlaşmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 220 vd.

⁴² Sornarajah, **International Law**, s. 12.

⁴³ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 16.

olunmuştur⁴⁴. Bu yükselen milliyetçilik, dünyanın eski sömürge bölgelerine baştanbaşa sıçrayan sömürgecilik karşıtı hareketin doğal bir neticesiydi. Bağımsızlığını yeni kazanmış devletlerde, kendi ekonomilerinin hayati sektörlerinde, özellikle eski sömürgeci devletlerin vatandaşlarının hakimiyetini sona erdirmeye ve denetimi yeniden ele geçirme isteği hakimdi⁴⁵. Bu dönemdeki yabancı mal varlığının millileştirilmesi eylemleri, genel itibarıyla, bağımsızlığına yeni kavuşmuş devletlerin, eski sömürge unsurlarından ülkelerini arındırma iradesinin bir uzantısıydı. Doğrudan yatırımların, bağımsızlığının yeni kazanan ülkelere getireceği yararlar ve bu yatırımlara duyulan ihtiyacın anlaşılması, o dönemde uluslararası ve ulusal seviyede mevcut duruma bir etkide bulunmamıştır⁴⁶.

Millileştirme sağnağı, yabancı yatırımın korunmasına dair uluslararası hukukun kapsamı konusunda yoğun tartışmalara yol açmıştır⁴⁷. Sermaye ihraç eden devletler yabancı yatırımı koruyan dış (external) bir uluslararası hukuk standardını savunurken, bağımsızlığını yeni kazanan devletler yabancı yatırım süreci üzerinde, yatırımın millileştirilmesi de dahil olmak üzere, ulusal denetimi ileri sürüyorlardı. Bu politik milliyetçilik döneminde öne çıkan, hukuktan çok ateşli politik söylemlerdi. Fakat bir uyuşmazlık vuku bulduğunda, hukuki terminolojiye başvurarak çatışan ilkeleri ifade etmek için bir çaba da vardı⁴⁸. Düşmanlık duyguları, bağımsızlığını yeni kazanan devletlerin ekonomilerinin yeniden düzenlenmesiyle önemli ölçüde azalmıştır. Doğal kaynaklar sektöründe, özellikle petrol sanayiinde, büyük petrol şirketlerinin ekonomik hakimiyetlerini sona erdiren ve petrol üreten ülkeler tarafından gerçekleştirilen kollektif eylemin bir sonucu olarak dramatik değişiklikler meydana getirmiştir. Bu süreçlere, sermaye ithal eden devletlerce yeni ilkelerin ifade edilmesi suretiyle katkıda bulunulmuştur⁴⁹. Milliyetçilik, yabancı yatırımlar için hala bir tehdit teşkil etmektedir; fakat İkinci Dünya Savaşı'nın akabinde olduğu oranda bir milliyetçilik dalgasının tekrar yayılmasına ihtimal verilmemektedir⁵⁰. Yine de,

⁴⁴ Sornarajah, **International Law**, s. 12.

⁴⁵ Sornarajah, **International Law**, s. 12.

⁴⁶ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 17.

⁴⁷ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 17.

⁴⁸ Sornarajah, **International Law**, s.12.

⁴⁹ Sornarajah, **International Law**, s. 13.

⁵⁰ Sornarajah, **International Law**, s. 13; Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 17-18.

münferit olarak devletlerin veya bölgelerin, bu dönem boyunca kullanılan argümanları tekrar gündeme getirme yolunu seçmelerinin uzak bir ihtimal olmadığını göstermek açısından; İran’da Musaddık hükümetinin devrilmesinden sonra yaşanan gelişmelerin monarşinin yıkılmasından sonra da tekrarlandığını ifade etmek yerinde olacaktır. Her iki durumda da milliyetçi yaklaşımlarla yapılan millileştirmeler söz konusuydu⁵¹.

Özellikle eskiden sömürge olan gelişmekte olan ülkeler, kendi doğal kaynakları üzerinde sürekli egemenlik ilkesine dayanarak yeniden bu kaynaklar üzerinde denetimlerini artırmak istemişlerdir. 1952 yılından başlayarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda alınan bir seri karardan sonra, 1962 yılında kabul edilen Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Kararı uluslararası bir mutabakatın eseri⁵². Söz konusu karar, yabancı yatırımların millileştirilmesi ve onlar üzerinde denetim hakkı da dahil, doğal kaynaklar üzerinde kişilerin ve devletlerin haklarını tanımaktaydı. Çatışan menfaatler üzerinde kapsamlı bir uzlaşmayı yansıtan bu karar, somut bir **yatırım uyuşmazlığı** durumunda, olayın özelliğine göre uygun bir tazminat ödenmesini ve anlaşmaya saygıyı temin eden kurallar getirmekteydi. Bu dönemde başlayan ulusal kaynakların millileştirilmesi ve kamulaştırılması hareketleri 70’li yıllara kadar artarak devam etmiştir⁵³.

Kamulaştırma ve tazminata ilişkin geleneksel uluslararası hukuk kurallarının İkinci Dünya Savaşından itibaren gelişen sürekli egemenlik teorisi tarafından tehdit edilmesi ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 1962 yılında kabul eden “Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Kararı” ile de bu teorinin uluslararası düzeyde hukuki bağlayıcılık kazanması, sonuçlarını hissettirmekte gecikmemiş; **yatırım uyuşmazlıkları** son yüzyılda en yüksek boyutlara bu dönemde ulaşmış ve bunun sonucunda, hukuki istikrarı olmayan gelişmekte olan ülkelere yönelik doğrudan sermaye akışı kuruma tehlikesi ile karşı karşıya kalmıştır. **Dünya Bankasının**, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü merkezi (**ICSID**)

⁵¹ Sornarajah, **International Law**, s. 13.

⁵² “Permanent Sovereignty over Natural Sources” UNGA Resolution 1803 (XVII) of 1962: ILM., 1963 Vol.2, s. 223-226.

⁵³ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 19.

vasıtasıyla bir uzlaştırma ve tahkim sistemini uygulamaya koyma kararı vermesine, bu gelişmelerin sebep olduğu ifade edilmektedir⁵⁴.

Bu dönemseller şartlar altında, gelişmekte olan yeni bağımsız devletlerin, yabancı yatırımın ülkeye girişine ve ülkede gösterdiği faaliyetlere ilişkin koşullar koyup, bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini denetlemesi beklenmeyen bir sonuç değildi. Böylece bu devletlerde, 50'li yıllardan 70'li yılların sonuna kadar, yabancı yatırımlar üzerinde hukuk ve politikanın birlikte egemen olduğu ulusal denetimin güvence altına alınması önem kazanmıştır⁵⁵.

Bu dönemin en önemli kazancı, bir ülkede ekonomik reform amacıyla veya yeniden yapılanma için gerçekleştirilen millileştirmelerin uluslararası hukuka aykırı sayılmayacağını kabul görmesidir. Bu değişim uluslararası toplum içindeki eğilimleri daha hızlı yansıtan normların, mevcut normların yerini alması noktasında uluslararası ilişkilerdeki hareket kapasitesinin göstermektedir⁵⁶.

II. Dünya Savaşından sonra gelişmekte olan pekçok ülke, yabancı sermaye bakımından caydırıcılık teşkil eden istikrarsızlıklar ile yabancı sermaye ihtiyacı arasındaki paradoksal durumda kalmışlardır. Dünya Bankasının anlaşmalar düzeyinde ortaya koyduğu gayretlerle bu durum, aşılmaya çalışılmıştır. Dünya Bankasının himayesinde hazırlanan "Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Andlaşması" (MIGA) ile yabancı sermaye yatırımlarının maruz kalabileceği muhtemel gayri ticarî riskleri karşılamak üzere bir Garanti Fonu oluşturulmuş, böylece gelişmekte olan ülkelere yabancı sermaye akışı özendirilmiştir. Dünya Bankası tarafından hazırlanıp, yürürlüğe konan ikinci Andlaşma ise "Devletlerle Diğer Devlet Vatandaşı Kişiler Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair (Washington) Andlaşması" (ICSID) dir. Çok taraflı MIGA ve ICSID

⁵⁴ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 383-384. Hans Van Houtte, **The Law of International Trade** (International Trade), London, 1995, s. 241-242, 247.

⁵⁵ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 18.

⁵⁶ Sornarajah, **International Law**, s. 18; Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 18.

Andlaşmalarından ilham alarak, devletler artan bir ivmeyle iki taraflı yatırım anlaşmaları akdetmişlerdir⁵⁷.

Uluslararası toplumda, yabancı yatırımın milliyetçi yaklaşımlarla dışlandığı İkinci Dünya Savaşı sonrası ilk dönemi, MIGA ve ICSID Anlaşmalarının da sonrasına tekabül eden, sermaye akışındaki ürkekliğin yavaş yavaş azaldığı, yabancı yatırımın pragmatik yaklaşımlarla ele alındığı rasyonalizm dönemi takip etmiştir. Pragmatik yaklaşımlar, bu dönemin yabancı yatırıma ilişkin en belirgin özelliğiydi. Sermaye ithal eden devletler, bir yandan, gelişmiş ülkelere karşı yabancı yatırımlar da dahil olmak üzere, uluslararası ekonomik ilişkilere dair birçok meselede toplu eylemlerini devam ettirirken, diğer yandan, daha pragmatik bir yaklaşımı bariz bir biçimde yansıtan, mahalli yabancı yatırım mevzuatı kabul etmeye başlamışlardı⁵⁸. Global düzeyde normatif değişikliği destekleyen söz konusu devletlerin, “iki taraflı yatırımların korunması ve teşviki anlaşmaları” akdetmeleri ve yabancı sermayeyi cezbetmek için, vergi ve diğer teşvikleri sağlayan yabancı yatırım kanunları yapmaları, bu dönemde, gelişmekte olan ülkelerin tutumunda gözlemlenen açık bir çelişkiydi. Bu durum ancak, yabancı yatırımın rolü konusunda daha pragmatik bir yaklaşımın kabulünün bir neticesi olarak izah edilebilirdi⁵⁹.

Gelişmekte olan ülkeler ilk petrol krizinden sonra yabancı yatırımlar konusunda Birleşmiş Milletler’de gündem oluşturmuşlardır. Dünya ticaret ve finans sisteminde yapısal değişiklik istekleri “yeni bir uluslararası ekonomik düzen” başlığı altında bir dizi Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararına⁶⁰ yansımıştır. Yabancı yatırım konularında dikkat, ev sahibi devletlerin çok uluslu şirketler üzerinde denetiminin rolü, buna duyulan ihtiyaç ve ekonomik bağımsızlık talepleri üzerine yönelmiştir. Bu dönemde, özellikle, yabancı yatırımın ev sahibi ülkeye girişinin, sonra da yatırımın işleyişinin denetimi için ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır⁶¹. Bu

⁵⁷ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 383-384.

⁵⁸ Sornarajah, **International Law**, s. 14.

⁵⁹ Sornarajah, **International Law**, s. 14; Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 22.

⁶⁰ “Declaration on the Establishment of a New International Economic Order”, UNGA Resolution 3201 (s-VI) of 1.5.1974: ILM., 1974, vol., 13 s. 715-719.

⁶¹ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 19

düzenlemelerden en önemlisi “Çok Uluslu Devletlere İlişkin Birleşmiş Milletler Davranış Kodu”⁶² idi. Bu kodun çoğu hükümleri üzerinde uzun süren müzakereler sonucu uzlaşmaya varılmasına rağmen, Kod kabul edilmedi⁶³.

Bununla beraber, gelişmiş ülkelerde, yabancı yatırımın korunmasına ilişkin bir uluslararası mutabakat zemini aramaktaydılar. Çoğunluğu gelişmiş ülkelere ilişkin oluşan OECD düzeyinde de, kapsamlı bir şekilde yabancı yatırımın korunmasına yönelik çabalar başarısızlıkla sonuçlanmıştır. “Yabancı Mal Varlığının Korunmasına Dair Sözleşme Taslağı”⁶⁴, getirdiği kurallar **ikili yatırım anlaşmaları** için bir model teşkil etmesine rağmen, imzaya açılmadı. Gelişmiş ülkeler, yatırımların korunması ve tabi olması gereken diğer muameleler bakımından öne sürdükleri standartların gelişmekte olan ülkeler tarafından reddedilmesi üzerine, iki taraflı anlaşmalar yoluyla bu amaçlarına ulaşmaya yöneldiler⁶⁵.

Rasyonalizm dönemini takip eden modern dönem, yabancı yatırıma yaklaşımda pragmatizmi daha da ileri götürmüştür. Avrupa ve ABD’nin ekonomik baskınlığında önemli düşüşler söz konusuydu ve kendileri de yabancı yatırıma ev sahipliği yapmaya başlamışlardı. Avrupa ve ABD’nin hegemonyasının hükümferma olduğu dönemlerdeki hukuki düzen kalıpları, son değişiklikler karşısında aşınmaya başlamış; bu değişimlere intibaktaki güçlük, **yatırım uyuşmazlıkları** konusunda aynı devletlerin benzer olaylarda birbirinden farklı ve birbiriyle çelişen iddialara taraftar olmaya başladığı, bir karmaşa ve kuralsızlık durumu yaratmıştı⁶⁶.

Bir **yatırım uyuşmazlığının** çözümü için tatbik edilecek kuralların ne olduğu konusunda diğer güçlere kendi şartlarını dayatabilecek tek bir hakim güç yoktu. Eskiden sermaye ihracatçısı olan devletler şimdi aynı zamanda sermayenin alıcısı

⁶² Metin için bkz. UNCTC, The United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, New York, 1986.

⁶³ Kod hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 134-142.

⁶⁴ “OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property”: Metin için bkz. ILM, 1968, Vol. 7, s.117-143.

⁶⁵ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 21.

⁶⁶ Sornarajah, **International Law**, s. 15. Söz konusu karmaşa ve kuralsızlık durumu, ikili ve bölgesel anlaşmalarla nispeten bertaraf edilmişse de, uluslararası toplumun üzerinde mutabakata vardığı bir düzene hâlâ ulaşamamıştır.

konumundaydı; bu yüzden, önceden mücadele ettikleri egemenlik merkezli argümanlara şimdi kendileri başvurmak zorunda kalmaktaydı. Britanya ve Kanada'da petrol mukavelelerinin yeniden müzakeresi; ABD'de yabancı yatırım üzerinde ulusal güvenlik kaygıları ile denetim yapılmasına ilişkin mevzuat çıkarılması⁶⁷, Yeni Zelanda hükümetinin Mobil Oil ile yaptığı sözleşmeye müdahalesi, gibi örnekler geleneksel olarak sermaye ihracatçısı olan devletlerin de, kendilerinin yatırıma ev sahipliği yaptığı bir **yatırım uyuşmazlığı** durumunda, daha etkili bir denetim adına egemenlik-merkezli argümanlara başvurduklarını göstermektedir⁶⁸.

Gelişmiş ülkelerin, gelişmekte olan ülkelere benzer yabancı yatırım deneyimleri yaşamaya başlaması ile birlikte, sermaye ithal eden devletler de, geleneksel sermaye ihracatçısı olan devletlerine benzer deneyimler yaşamaya başladılar. Geleneksel sermaye ithalatçıları, şimdi yabancı yatırım olarak kendi devletlerinden ihraç ettikleri sermayenin korunması üzerinde durmaktadır⁶⁹. Bu eğilim gelişmekte olan ülkelerin kendi aralarında akdettikleri iki taraflı yatırım anlaşmaları ile hukuka yansımıştır⁷⁰.

Yatırım süresini algılama tarzı, dünya ekonomisinin yeni gerçeklerini yansıtan bir şekilde değişime uğradı. Böylece seksenli yıllar ve doksanlı yılların başı yatırım düzenlemeleri açısından giderek artan bir serbestleştirme zamanı oldu. Yabancı yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin **ikili yatırım anlaşmalarının** sayısında hızlı bir artış meydana geldi.

ICSID Anlaşmasında, yatırım ve **yatırım uyuşmazlığına** ilişkin bir tanım yapılmayarak, bunun ülkelerin kendi aralarında akdedeceği ikili yatırım

⁶⁷ The Exxon-Florio Amendment to the Omnibus Trade act. Omnibus Trade Kanununda değişiklik yapan Exxon-Florio Kanunu ile, ABD Başkanına ulusal güvenlik ile ilgili geniş takdir hakkı bırakılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sornarajah, **International Law**, s. 15.

⁶⁸ Sornarajah, **International Law**, s. 16.

⁶⁹ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 25.

⁷⁰ Gelişmekte olan ülkelerin kendi aralarında akdettikleri bazı ikili yatırım anlaşmalarındaki sorunlara ilişkin bkz. Sornarajah, **International Law**, s. 17.

anlaşmalarına bırakılması⁷¹, **yatırım uyuşmazlıklarına** yeni bir mahiyet kazandırdı. Çünkü, yabancı yatırıma devletlerin egemenlik haklarına dayanarak yaptıkları el atmalar, ikili yatırım anlaşmaları sebebiyle, uluslararası sorumluluk doğuran bir boyuta ulaştı. Daha öncesinde, bir **yatırım uyuşmazlığı**, ancak yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu devletin vatandaşına diplomatik himaye sağlaması durumunda uluslararası bir boyut kazanabilirdi.

ICSID Anlaşması ve ikili yatırım anlaşmaları ile birlikte, **yatırım uyuşmazlıklarının** çözümü konusunda yabancı yatırımcının aradığı tahkim güvencesi temin edilmiş oldu. Pekçok ikili yatırım anlaşmasında **yatırım uyuşmazlıklarının** çözüm şekli, nadiren alternatif hakem mahkemeleri yanında, genel olarak ICSID tahkimine atfen düzenlenmiştir. Son yıllarda ICSID tahkimine yapılan başvuru sayısında hızlı bir artış gözlenmektedir.

Öte yandan, **yatırım uyuşmazlıkları**, ikili yatırım anlaşmaları sebebiyle, hukuki bir mahiyet kazanmıştır. Çünkü ev sahibi devletin uyguladığı herhangi bir tedbirin, yabancı yatırımcı tarafından ikili anlaşmanın ihlali iddiasıyla, anlaşmada öngörülen uyuşmazlık çözüm mercilerinden birinin önüne götürülmesi mümkün olacaktır⁷².

D. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde ICSID Anlaşmasının Önemi

İkinci Dünya Savaşı'nın bitiminden ICSID Anlaşmasının imzaya açılmasına kadar geçen süre, **yatırım uyuşmazlıkları** bakımından en sancılı dönemleri teşkil etmektedir. Bu dönemde komünist blokta olduğu gibi, Batı Avrupa ülkelerinde de, yerli yabancı ayrımı gözetilmeden⁷³ anahtar sanayilere yönelik millileştirmeler⁷⁴ yapılmaktaydı. Sömürgecilik karşıtlığı, uluslararası toplumda milliyetçi argümanlarla tezahür etmekteydi.

⁷¹ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 385.

⁷² Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 403-404.

⁷³ Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımlar*, s. 16

⁷⁴ 1945-1970 yılları arasındaki millileştirme dalgası hakkında bkz. Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, New York, 2002, s. 405-407.

Bağımsızlığına yeni kavuşan devletlerin Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda sayısal çoğunluğu elinde bulunduruyor oluşu, bu devletlerin taleplerinin Genel Kurul kararlarına yansımalarıyla neticelenmişti: 1952 yılından başlayarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda alınan bir seri karardan sonra, 1962 yılında, Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Kararı⁷⁵ kabul edilmişti. Bu karar, ev sahibi devlete yabancı yatırım üzerinde egemenlik hakkı tanıyor değildi; fakat ev sahibi devletin, yabancı yatırımın doğal kaynaklar üzerindeki sözleşmeye dayalı imtiyazını millileştirme yoluyla sona erdirmesini uluslararası hukuka uygun hale getiriyordu⁷⁶.

Tüm bu gelişmeler neticesinde, gelişmekte olan ülkelere olan sermaye akışı kuruma tehlikesiyle karşı karşıya kalmıştı⁷⁷. Ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılara karşı yükümlülükleri konusunda uluslararası toplumda bir uzlaşmaya varılamayacağı, artık, iyice belirgin hale gelmeye başlamıştı⁷⁸. Bu süreç içerisinde, ulusların ekonomik gelişmesine destek veren bir organizasyon olarak Dünya Bankası, bir yandan, ev sahibi devletlerle kaynak devletler⁷⁹ arasında cereyan eden kamulaştırma ve benzeri eylemlere ilişkin tartışmaya müdahil olmaksızın, diğer yandan, dünyanın yoksul ülkelerinin ekonomik kalkınmasına destek verme nihai amacına doğru ilerlemek için, ev sahibi devletlerle kaynak devletler arasındaki tartışmaya nasıl bir çözüm getirilebileceğini araştırmaktaydı⁸⁰.

Ev sahibi devletlerin egemenlik konusundaki hassasiyetini ve yabancı yatırımlara ilişkin dönemsel algıyı gözetmeyen bir çözümün başarıya ulaşması mümkün değildi. Bununla birlikte, dönemsel algıya fazlasıyla odaklanan ve tarafların rızalarıyla işlerlik kazanabilecek alternatif imkanlar içermeyen bir çözüm sistemi de, uzun soluklu olamazdı. Yabancı yatırımcıyı, bir **yatırım uyuşmazlığı** söz konusu

⁷⁵ “Permanent Sovereignty over Natural Sources”, UNGA Resolution 1803 (XVII) of 1962: ILM., 1963, vol. 2, s. 223-226

⁷⁶ Van Houtte, **International Trade**, s. 242.

⁷⁷ Van Houtte, **International Trade**, s. 247.

⁷⁸ Lowenfeld, **International Economic Law**, s. 456.

⁷⁹ Dönem itibarıyla, sermaye ihraç eden kaynak devletlerin gelişmiş devletler olduğu ve sermaye ithal eden ev sahibi ülkelerin ise, genellikle bağımsızlığını yeni kazanmış ve gelişmekte olan devletler olduğu dikkate alınmalıdır.

⁸⁰ Lowenfeld, **International Economic Law**, s. 456.

olduğunda, ev sahibi devletin yargısına mutlak surette bağımlı kılan bir çözüm ise, durma noktasına gelen yabancı sermaye yatırımlarını tekrar canlandıracak bir güvence sunamazdı. Bu yüzden Dünya Bankasının **yatırım uyuşmazlıklarının** çözümü için uluslararası topluma sunacağı sistem⁸¹, tam bir “denge sistemi” olmalıydı⁸². Dünya Bankası uzun yıllar alan görüşmelerin sonucunda, devletler arası olmayan, karma, yani bir tarafını özel kişi, diğer tarafını ise, bir devletin teşkil ettiği, alışılmamış etkili bir çözüm yolu geliştirmeyi başardı⁸³. Dünya Bankası, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi⁸⁴ aracılığı ile bir uzlaştırma ve tahkim sistemini uygulamaya koyma kararı vermiş ve ICSID, 1965’de bir anlaşma ile kurulmuştur⁸⁵.

ICSID Anlaşması, bir akit devletle diğer bir akit devletin vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için uzlaştırma ve tahkim olmak üzere, iki alternatif içeren bir hukuki çerçeve⁸⁶ sunmaktadır⁸⁷. Bir **uyuşmazlığın** ICSID’in önüne götürülebilmesi için, uyuşmazlığın bir **yatırıma ilişkin olması** gerekmektedir. ICSID Anlaşması “yatırım’dan neyin anlaşılması gerektiğini tanımlama yoluna gitmeyerek, geleneksel yatırım biçimleri kadar, hizmet sözleşmesi, teknoloji transferi gibi daha yeni yatırım yöntemlerine de ICSID sistemi içinde tahkim güvencesi sağlamayı amaçlamıştır⁸⁸. Ev sahibi devletler ve yabancı yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıklar sadece kamulaştırma ve benzeri eylemlere

⁸¹ Dönem itibarıyla, uluslararası toplumda yabancı yatırım problemi ve bu problemin çözümünde Dünya Bankasının üstlendiği rol hakkında bkz. Pierro Sella, “Dealing with Investment Problems: The World Bank and The International Center for The Settlement of Investment Disputes”, International Control of Investment: The Dusseldorf Conference on Multinational Corporations, (Ed: Don Wallace, Jr.) New York- Washington- London 1973, s. 131-138.

⁸² Sornarajah, **International Law**, s. 70.

⁸³ Lowenfeld, **International Economic Law**, s. 457.

⁸⁴ International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)

⁸⁵ Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkındaki Anlaşma (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) metinde, “ICSID Anlaşması” şeklinde geçecektir.

⁸⁶ Van Houtte, **International Trade**, s. 247.

⁸⁷ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 387-388. Merkez uyuşmazlıkları doğrudan çözen bir mahkeme veya hakem heyeti niteliğinde değildir. Merkezin görevi, uyuşmazlıkların çözümüne nezaret etmek, bu konuda teknik ve idari kolaylıklar sağlamaktır. Bu amaçla, Merkez akit devletlerce bildirilmiş uzman kişilerden oluşan bir uzlaştırıcılar ve hakemler listesine sahiptir (m.12-16.). Bununla beraber, taraflar hakemlerini Merkezin hakem listesinden seçmek zorunda değildirler (m. 40/1). Listeler tamamen taraflara uzman hakem temininde kolaylıklar sağlamak ve taraflarca hakem seçiminde anlaşma sağlanamadığında atanacak hakemi kolayca belirleyebilmek için hazırlanmıştır.

⁸⁸ Van Houtte, **International Trade**, s. 247.

münhasır olmadığına göre⁸⁹, bu düzenleme tarzı, yabancı yatırımcılara uzun vadede önemli bir güvence sağlamıştır. Bir uyuşmazlığın ICSID'in önüne götürülebilmesi için uyuşmazlığın bir "yatırım" dan kaynaklanması zorunluluğu, yabancı yatırımcının ev sahibi ülkede karşılaştığı yatırımdan kaynaklanmayan sorunları ICSID'e götüremeyeceğine işaret eder; bu, aynı zamanda, ev sahibi devletin egemenlik hakkını da gözetilen bir düzenleme tarzıdır.

ICSID Anlaşması çerçevesinde, ICSID hakem mahkemesince alınabilecek herhangi bir kararın karşı tarafça uyulmaması ve uygulanmaması hali haricinde, bu sözleşme çerçevesince hakemliğe başvurmuş ve rızalarını göndermiş hiçbir akit devlet anlaşmazlığa muhatap olan kendi vatandaşlarına diplomatik koruma uygulayamaz ve uluslararası iddiada bulunamaz (m. 27/1). ICSID Anlaşması bu hükmüyle, kaynak devletin kendi vatandaşı yatırımcıya diplomatik himaye kullanma hakkını, Ev sahibi devlet hakem kararını reddedinceye kadar askıya almaktadır⁹⁰. Uluslararası hukukun devletlere tanıdığı haklardan, devletlerin kendi rızalarıyla feragat etmeleri noktasında, bu düzenleme tarzı oldukça özgündür⁹¹. Ayrıca bir uyuşmazlığın ICSID Hakemliğine tevdiinden, hakem kararının ifasına kadar olan süreci, dış müdahalelerden koruma noktasında da oldukça etkilidir.

ICSID Anlaşmasına göre, hakem heyeti, uyuşmazlığa, tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hukuk kuralları çerçevesinde çözüm getirecektir. Anlaşma sağlanmadığı takdirde, hakem heyeti anlaşmazlığa taraf akit ülkenin hukukunun ve uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları çerçevesinde uyuşmazlığı çözecektir (m. 42/1).

Yatırım uyuşmazlığının tarafları, ICSID Tahkimine başvurduklarında, hakem seçiminde bütünüyle serbesttirler. Hakemler, tarafların rızasına göre, ICSID Hakemler Panelinden seçebileceği gibi, Panel dışından da seçilebilirler (m. 40). Her iki durumda da, tek hakem veya hakemlerin çoğunluğu, karşılıklı rıza durumu hariç, uyuşmazlık taraflarının vatandaşlığına sahip olmayan kişiler arasından seçilecektir.

⁸⁹ Lowenfeld, **International Economic Law**, s. 457.

⁹⁰ Sornarajah, **International Law**, s. 247.

⁹¹ Lowenfeld, **International Economic Law**, s. 457.

Bu düzenleme neticesinde, çözüm için Merkez'in önüne gelen yatırım uyuşmazlıkları, başka başka ülkelerin vatandaşlığına sahip hakemler tarafından hükme bağlanacaktır. Bunun sonucunda, başka ülkelerin kültürleri, değer yargıları ve hukuk nosyonları ile yoğrulmuş ve dolayısıyla yatırım ilişkisinde devlet-yabancı yatırımcı menfaatlerini dengelemede dikkate alınacak içtihatlar ortaya çıkacaktır.

Akit devlet ve diğer akit devlet vatandaşı yatırımcı, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmekte serbesttirler. Böyle bir seçim olmadığında ise, ev sahibi devletin hukuku ve uluslararası hukuk birlikte uygulanacaktır. Bu düzenlemenin, ICSID Anlaşmasının en cazip ve alışılmamış yönlerinden biri olduğu ifade edilmektedir⁹². Çünkü, normal şartlar altında, bir yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında yapılan yatırım sözleşmesinde, uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere ev sahibi devletin hukuku ile birlikte uluslararası hukuk da seçilirse, mesela, yerel hukuka uygun bir kamulaştırma uluslararası hukuku ihlal ediyorsa, hakem mahkemesi tarafından reddedilecektir⁹³. Fakat, bunun için, yatırım sözleşmesinde uluslararası hukuk seçimi konusunda bir mutabakat sağlanmış olmalıdır⁹⁴. Bu ise, ev sahibi devletlerin, genellikle yanaşmayacağı bir durumdur.

ICSID Tahkiminin bir diğer avantajı da onun münhasır nitelik taşımasıdır. ICSID Tahkim şartı, ulusal mahkemelerin yetkisini bertaraf eder (m.53/1). ICSID Tahkimi seçildiği takdirde, artık ulusal mahkemeler ilgili yatırım uyuşmazlığını görme yetkisine sahip değildir⁹⁵. Ayrıca ICSID Anlaşmasına taraf olan her devlet, hakem kararını bağlayıcı olarak kabul eder ve kendi ülkesinde ICSID Hakem Kararını kendi mahkemelerinden çıkan nihai bir hüküm gibi icra eder (m.54/1). Burada taraf devletlerin serbest iradesine istinaden bir uluslararası anlaşma ile, anlaşma hükümleri çerçevesince verilen hakem kararına milli mahkeme kararı "kuvvet ve niteliği" tanınmıştır⁹⁶. Eğer ev sahibi devlet ICSID Hakem Kararını reddederse, Dünya Bankası ve uluslararası finans dünyası nezdinde itibar

⁹² Van Houtte, **International Trade**, s. 249; Sornarajah, **International Law**, s. 69.

⁹³ Van Houtte, **International Trade**, s. 249.

⁹⁴ Van Houtte, **International Trade**, s. 226.

⁹⁵ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 154.; Van Houtte, **International Trade**, s. 250.

⁹⁶ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 394.

kaybedecektir. Böyle bir tutumun, uzun vadede şüphesiz çok ağır yansımaları olacaktır⁹⁷.

ICSID Anlaşması bir yandan devletlerin egemenlik hassasiyetlerini gözetken, diğer yandan, yabancı yatırımcıya gereken etkili korumayı sağlayan, tarafların rızasıyla şekillenen bir hukuki yapıyı hefelemiş; anlaşmanın giriş bölümünde, bu anlaşmayı onaylamış olmakla, hiçbir akit devletin **yatırım uyuşmazlıklarını** ICSID Sistemi çerçevesinde çözüme kavuşturma yükümü altına girmediği, özellikle, belirtilmiştir⁹⁸. Yukarıda belirtilen özellikleriyle ICSID tahkimi yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne hasredilmiş yapısıyla özel bir önemi haizdir.

E. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde İkili Yatırım Anlaşmalarının Önemi

İkinci Dünya Savaşından sonra gelişmekte olan pekçok ülke, yabancı sermayeye karşı tutumunda ve ekonomik hayatında dengesiz, istikrarsız ve dolayısıyla yabancı yatırımcı bakımından endişe verici bir görünüm sergilemiştir; fakat, bir yandan da, kalkınma için gereken yabancı sermaye ihtiyacı karşısında yabancı yatırımı cezbedecek düzenlemeler yapma gibi bir paradoksu⁹⁹ da tecrübe etmiştir. Bu dönemde yabancı yatırımın korunmasına dair çok taraflı anlaşmalar için yapılan girişimler başarıya ulaşamamıştır¹⁰⁰. Daha önce belirtildiği gibi, birçoğu bağımsızlığını yeni kazanmış gelişmekte olan ülkelerin ulusal egemenlik konusundaki keskin tavrı, çok taraflı bir anlaşmaya ulaşma ihtimalini büsbütün imkansız hale getirmekteydi. Diğer yandan, 1970'lerde gelişmekte olan ülkelere olan

⁹⁷ Van Houtte, **International Trade**, s. 251.

⁹⁸ Buna rağmen, dönemsel algı itibarıyla, ICSID Anlaşmasının ev sahibi devletlerin egemenliğine yönelmiş bir tehdit olduğu özellikle, Latin Amerika Devletleri arasında yaygın bir kaniydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Lowenfeld, **International Economic Law**, s. 460 vd.

⁹⁹ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 383.

¹⁰⁰ Örneğin, yabancı yatırım alanında kapsamlı bir kod oluşturup, yabancı yatırıma mümkün olan en çok korumayı sağlamak isteyen Abs-Shawcross Sözleşmesi, sermaye ithal eden devletlerin muhalefeti sebebiyle başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Abs-Shawcross Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Georg Schwarzenberger, **Foreign Investments and International Law** (Foreign Investments), New York, 1969, s. 109-134.

yatırım akışının aniden kesilişi¹⁰¹, ekonomik kalkınmaları için yabancı yatırımların katkısına ihtiyaç hisseden gelişmekte olan devletler açısından da iki taraflı çözümleri zorunlu hale getirmiştir. Yabancı yatırımın korunmasına ilişkin uluslararası hukuktaki bu belirsizlik sürecinde, ev sahibi devletler bakımından yabancı yatırımı çekme için en elverişli yol, kamulaştırma veya millileştirme ihtimalini sınırlandıran ve belirli güvenceler sağlayan ikili anlaşmalar akdetmekti¹⁰². Böylelikle geleneksel sermaye ithalatçısı devletler, kabul edilmekle uluslararası hukukun bir kaynağı¹⁰³ olma kabiliyetine sahip bir çok taraflı anlaşmadan kaçınma tavrını sürdürürken, sadece tarafları arasında sorumluluk doğuran ikili anlaşmalarla amaçlarına ulaşmış oluyorlardı. Gerek sermaye ihraç eden devletler açısından, gerek sermaye ithal eden devletler açısından bu durum, şartların sürüklediği bir pragmatizmdir¹⁰⁴.

Bu dönemden itibaren, gelişmiş ülkeler geliştirmekte olan ülkelerle, yabancı yatırımın korunması ve teşviki için birçok iki taraflı anlaşma akdetti. Geleneksel sermaye ithalatçısı olan geliştirmekte olan ülkeler, belli bir ekonomik güce ulaşmış sermaye ihraç eder hale gelmeye başlayınca, kendi aralarında da ikili yatırım anlaşmaları akdetmeye başladılar. 2010'lu yıllara ulaşıldığında, 50 yıl zarfında, toplam 179 devlet, 2278 iki taraflı yatırım anlaşması akdetmiştir¹⁰⁵.

Devletlerden oluşan uluslararası toplumda¹⁰⁶ yabancı yatırımları bir bütün olarak ele alan, çok taraflı bir anlaşmanın yokluğunda, yabancı yatırımları korumak amacıyla en çok başvurulan ve en etkili araç iki taraflı yatırım anlaşmalarıdır. Çünkü bu anlaşmalar çerçevesinde ev sahibi devlete, yabancı yatırıma yapılacak muamele hususunda bazı şartlar dayatılmaktadır. Ev sahibi devlet tarafından yabancı yatırıma,

¹⁰¹ Nico Schrijver, **Sovereignty over Natural Resources** (Sovereignty), Cambridge, 1997, s. 381

¹⁰² Van Houtte, **International Trade**, s. 245.

¹⁰³ Bu konuda genel olarak bkz. Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, Birinci Kitap, 4. bs., Ankara, 1994, s. 103 vd., Edip F. Çelik, **Milletlerarası Hukuk**, C. I, İstanbul, Filiz K., 1987, s. 59 vd.

¹⁰⁴ Egemenlik, yabancı yatırım ve uluslararası hukukun rolüne ilişkin uluslararası toplumdaki değişen algı hakkında bkz. Schrijver, **Sovereignty**, s. 377-387.

¹⁰⁵ 1959-2010 yılları arasında akdedilen 2278 adet iki taraflı yatırım anlaşması için bkz.: Bilateral Investment Treaties 1959-2010, [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet\(05.01.2010\)](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet(05.01.2010))

Avrupa'dan başlayarak tüm dünyaya yayılışı hakkında bkz. Lowenfeld, **Economic Law**, s.473.

Ayrıntılı bilgi için bkz.: R. Dolzer, M. Stevens, **Bilateral Investment Treaties**, The Hague, Boston, London, 1995.

¹⁰⁶ Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk I.**, s. 163.

ikili anlaşmanın ihlali niteliği taşıyan her türlü el atma, uluslararası hukuk çerçevesinde sorumluluk doğurabilir ve bu el atmalar uluslararası yaptırımlara konu olabilir¹⁰⁷.

Günümüzde iki taraflı yatırım anlaşmalarının hemen hemen tamamında, şu üç şart birlikte bulunmaktadır: Birincisi, sadece kamu yararı amacıyla kamulaştırma yapılabileceği; ikincisi, kamulaştırma yapılırken ayırım gözetilmeyeceği; üçüncüsü, ancak makul bir tazminat ödenmesi koşuluyla kamulaştırma yapılabileceği¹⁰⁸. Ayrıca, hangi şartlar gerçekleştiğinde kamulaştırma yapılabileceği, kamulaştırma bedellerini tespit etme, başvurulacak ölçünün ne olacağı, bedelin ödenme zamanı ve transferi hususları pek çok ikili yatırım anlaşmasında düzenlenmiştir.

Söz konusu ikili anlaşmalar birbirine benzer hükümler taşımaktadır ve bu anlaşmalarda, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması çerçevesinde; kamulaştırma ve tazminata ilişkin hükümler yanında, savaş, ihtilal, olağanüstü hal vs. gibi durumlarda meydana gelebilecek zararların tazmini; yatırımdan elde edilecek kârların veya yatırımın kısmen ya da bütünüyle satılmasıyla elde edilecek meblağın transferi, yatırım uyumsuzluğu yaratabilecek hususların neler olduğu ve yatırım uyumsuzluklarının çözüm şekli, bu anlaşmaların en önemli konularını teşkil etmektedir¹⁰⁹.

İkili yatırım anlaşmalarında, her bir ikili anlaşmaya göre **yatırım uyumsuzluğu** teşkil eden hususların neler olduğu, söz konusu anlaşmaların yatırım uyumsuzluklarının çözümlenmesine hasredilen bölümleri altında ele alınmaktadır. Pek çok ikili anlaşmada, söz konusu bölümler altında, anlaşmaya göre **yatırım uyumsuzluğu** teşkil eden hususların neler olduğu çerçeve fıkralar halinde belirtilmektedir; Türkiye'nin taraf olduğu ikili anlaşmalar için de, aynı düzenleme

¹⁰⁷ Van Houtte, **International Trade**, s. 227-228.

¹⁰⁸ Van Houtte, **International Trade**, s. 245; Lowenfeld, **Economic Law**, s. 474 vd.; Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 166 vd. ; Sornarajah, **International Law**, s. 253 vd.

¹⁰⁹ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 398.

tarzı geçerlidir. Örneğin, Türkiye-ABD arasındaki İkili Yatırım Anlaşmasına göre¹¹⁰; Bir âkit tarafın yabancı yatırımlarla ilgili makamının, diğer âkit tarafın vatandaş ve şirketine sağladığı herhangi bir yatırım müsaadesinin veya yatırım sözleşmesinin uygulanması veya yorumlanması ve de bir yatırımla ilgili olarak söz konusu anlaşma ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın ihlalinin iddia edilmesi bir **yatırım uyuşmazlığı** teşkil edecektir.

Bu çerçevede fıkralar muvacehesinde; bir yatırım müsaadesinin ve bir yatırım sözleşmesinin uygulanması veya yorumlanmasına ve de anlaşma ile verilen veya yaratılan bir hakkın ihlali iddiasına dayanan uyuşmazlıklar, bu tarz bir düzenlemeye sahip olan ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde **yatırım uyuşmazlığı** olarak kabul edilecektir¹¹¹.

Görüldüğü üzere, **yatırım uyuşmazlıklarının** çözümünde tahkim usulünü öngören ikili yatırım anlaşmaları, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki yatırımdan kaynaklanan herhangi bir uyuşmazlığı, anlaşmada öngörülen usuller çerçevesinde çözüme kavuşturma noktasında yabancı yatırımcıya geniş bir imkan sağlamaktadır.

Öte yandan, gelişmekte olan ülkelerin vatandaşı olan yatırımcıların da, artık sıklıkla, bir başka ülkede yatırım yapmaya başlamasıyla yabancı yatırımın korunmasına ve ev sahibi devletlerin hassasiyetlerinin gözetilmesine ilişkin algı dünya ölçeğinde değişmeye başlamıştır. Artık, gelişmiş ülkeler de yatırıma ev sahipliği yaptığı gibi, gelişmekte olan ülkelerin kendi aralarında da sermaye akışı hızlanmaya başlamıştır. Gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin tecrübe etmeye başladığı bu rol değişimi, beraberinde empatiyi de getirerek, yabancı yaklaşım konusunda global bir tutum geliştirilmesinin zeminini hazırlamaktadır. Kanaatimizce, ikili yatırım anlaşmaları söz konusu global tutumun tezahür edeceği

¹¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., Türkiye-ABD, M. 7/1, (RG: 13.8.1889-20251); Ayrıca bkz.: Türkiye-Gürcistan, M. 7/1, (RG: 4.6.1995-22303); Türkiye-Büyük Britanya/Kuzey İrlanda, M. 8/1, (RG: 9.3.1996-22631) arasında akdedilen ikili anlaşmalar.

¹¹¹ Nomer, Ekşi, Öztekin, **Milletlerarası Tahkim**, s. 88-89.

zemin olmakla, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde daha uzun süre halihazırdaki önemini koruyacak görünmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

II. TÜRKİYE’NİN TARAF OLDUĞU İKİLİ YATIRIM ANLAŞMALARINA GÖRE YATIRIM UYUŞMAZLIĞI

A. Genel Olarak Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili Yatırım Anlaşmaları

Sermaye ile birlikte teknoloji, yönetim becerisi ve çeşitli pazarlara giriş şansını beraberinde getiren doğrudan yabancı sermaye yatırımlarını, taraf ülkeler arasında teşvik etmek ve ilgili ülkenin hukuki düzeni içinde yatırımların korunmasını sağlamak amacıyla, günümüzde, yoğun bir biçimde, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları akdetmek için müzakereler yapılmaktadır¹¹².

Ülkemiz müteşebbis ve sermayesinin dış ülkelere açılması, aynı zamanda yabancı sermaye ve ileri teknolojinin ülkemize gelmesi yolu ile ekonomimizin globalleşen dünya ekonomisi içinde etkin bir şekilde yer alması, genel ekonomik politikamızın ana hedefleri arasında zikredilmektedir¹¹³. Bu çerçevede, ülkemizde yapılan yabancı sermaye yatırımlarının korunması ve daha fazla yabancı sermaye gelişinin özendirilebilmesi için, yatırım ve ticari ilişkilerimizin yoğun olduğu veya bu ilişkilerin gelişmesine yönelik potansiyele sahip olduğu düşünülen ülkelerle, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmalarının imzalanmasına 1962 yılında başlanmıştır. Bu anlaşmaların müzakeresi ve sonuçlandırılması, Dışişleri Bakanlığı’nın 5 Mayıs 1969 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkındaki Kanunda belirtilen yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla, Hazine Müsteşarlığı’nın yetki ve sorumlulukları arasındadır.

Bu çerçevede Türkiye, yabancı sermaye yatırımlarının teşviki ve korunmasını amaçlayan Dünya Bankası Anlaşmalarına¹¹⁴ ilave olarak, pek çok ülke ile,

¹¹² Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 383.

¹¹³ Yücel Güçlü, “Yabancı Sermaye Çekimi: Yatırımlarının Karşılıklı Teşviki ve Korunmasını Anlaşmaları”, Uluslar arası Ekonomik Sorunlar Dergisi, Ankara, Dış İşleri Bakanlığı Yayınları, S. 8,

¹¹⁴ Türkiye’nin akdettiği Dünya Bankası Anlaşmaları için bkz. ICSID (Washington) Anlaşması, RG 6.12.1988-20011; Türkiye Cumhuriyeti ile Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA) Arasında

yatırımların teşviki ve korunmasına hasredilen iki ve çok taraflı anlaşmalar akdettiği gibi, birçoğu ile de müzakere halindedir.

2010 yılı itibarıyla, Türkiye ile Federal Almanya, ABD, Hollanda, Bangladeş, İsviçre, Belçika-Lüksemburg, Avusturya, Kuveyt, Danimarka, Japonya, Çin Halk Cumhuriyeti, Kore, Romanya, Türkmenistan, Kazakistan, Özbekistan, Kırgızistan, Macaristan, Arjantin, Gürcistan, Büyük Britanya-Kuzey İrlanda, Arnavutluk, Belarus, Moldova, Pakistan, Bulgaristan, Azerbaycan, Çek ve Slovak Federasyonu Cumhuriyeti, Litvanya, Makedonya, Tacikistan, İspanya Krallığı, Hırvatistan, Ukrayna, Endonezya, İsveç Krallığı, İsrail, Letonya, Estonya, Mısır, Küba, Malezya, Bosna-Hersek, Rusya Federasyonu, Yunanistan, Tunus, Hindistan, Yugoslavya Federal Cumhuriyeti, Slovak Cumhuriyeti, Yemen, Portekiz, Şili, İtalya, Fas, Malta ve İslam Konferansı Teşkilatı¹¹⁵ arasında “Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşması” bulunmaktadır.¹¹⁶

İmzalanan Yerel Paraların Kullanımı Hakkındaki Anlaşma, RG 9.26.1990-20647; Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA) Konvansiyonu Uyarınca, Ülkemizce MIGA'ya Verilecek Olan ve Adıgeçen Kuruluş Tarafından Ülkemizde Yatırım Yapacak Yatırımcılara Sağlanacak Garantilerin Türkiye Tarafından Onaylanmasına İlişkin Esasları Kapsayan Belge, (RG 1.27.1991-20768).

¹¹⁵ İslam Konferansı Teşkilatına Üye Ülkeler Arasında Yatırımların Teşviki, Korunması ve Garanti Edilmesi Anlaşması için bkz. RG: 23.8.1988-19768.

¹¹⁶ Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarının metinleri için bkz.; Engin nomer; Nuray Ekşi; Günseli Öztekin Gelgel; **Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar**, c. II, 1. bs., Beta Yay., İstanbul, 2008. Ayrıca, Resmi Gazete tarih ve sayıları için bkz.:

- Türkiye-Federal Almanya, (RG: 8.10.1963-11525),
- Türkiye-ABD, (RG: 13.8.1889-20251),
- Türkiye-Hollanda, (RG: 8.9.1989-20276),
- Türkiye-Bangladeş, (RG: 13.3.1989-20281),
- Türkiye-İsviçre, (RG: 6.10.1989-20304),
- Türkiye-Belçika/Lüksemburg, (RG: 8.10.1989-20306),
- Türkiye-Avusturya, (RG: 10.2.1991-20782),
- Türkiye-Kuveyt, (RG: 5.7.1991-20920),
- Türkiye-Danimarka, (RG: 27.5.1992-21240),
- Türkiye-Japonya, (RG: 16.1.1993-21467),
- Türkiye-Çin Halk Cumhuriyeti, (RG: 1.5.1994-21921),
- Türkiye-Kore Cumhuriyeti, (RG: 16.7.1994-21922),
- Türkiye-Romanya, (RG: 16.7.1994-21922),
- Türkiye-Türkmenistan, (RG: 15.1.1995-22172),
- Türkiye-Kazakistan, (RG: 11.2.1995-22199),
- Türkiye-Özbekistan, (RG: 12.2.1995-22200),
- Türkiye-Kırgızistan, (RG: 12.2.1995-22200),
- Türkiye-Macaristan, (RG: 22.2.1995-22210),
- Türkiye-Arjantin, (RG: 30.3.1995-22243),
- Türkiye-Gürcistan, (RG: 4.6.1995-22303),

Bu ülkelerden Şili, Yemen, Cezayir, Güney Afrika Cumhuriyeti, Oman, Bahreyn, Singapur, Avustralya, Tayland, Birleşik Arap Emirlikleri, Fransa, Nijerya ve Sudan ile müzakere edilen ikili yatırım anlaşmaları imzalanmış olmakla birlikte, henüz onaylanıp yürürlüğe girmemişlerdir.

-
- Türkiye-Büyük Britanya/Kuzey İrlanda, (RG: 9.3.1996-22631),
 - Türkiye-Arnavutluk, (RG: 27.6.1996-22679),
 - Türkiye-Belarus Cumhuriyeti, (RG: 12.1.1997-22875),
 - Türkiye-Moldova, (RG:12.1.1997-22875),
 - Türkiye-Pakistan, (RG: 12.2.1997-22903),
 - Türkiye-Bulgaristan, (RG: 4.5.1997-22970),
 - Türkiye-Azerbaycan, (RG: 26.5.1997-23000),
 - Türkiye-Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti, (RG: 13.6.1997-23018),
 - Türkiye-Litvanya, (RG: 5.7.1997-23040),
 - Türkiye-Makedonya, (RG: 7.7.1997-23042),
 - Türkiye-Tacikistan, (RG: 12.9.1997-23108),
 - Türkiye-İspanya Krallığı, (RG: 1.12.1997-23187),
 - Türkiye-Hırvatistan, (RG: 11.4.1998-23310),
 - Türkiye-Ukrayna, (RG: 17.4.1998-23316),
 - Türkiye-Endonezya, (RG: 10.3.1998-23338),
 - Türkiye-İsveç Krallığı, (RG: 15.7.1998-23403),
 - Türkiye-İsrail, (RG: 2.9.1998-23451),
 - Türkiye-Letonya, (RG: 2.2.1999-23599),
 - Türkiye-Estonya, (RG: 2.2.1999-23599),
 - Türkiye-Mısır, (RG: 10.7.1999-23751),
 - Türkiye-Küba, (RG: 15.9.1999-23817),
 - Türkiye-Malezya, (RG: 6.2.2000-23956),
 - Türkiye-Moğolistan, (RG: 28.2.2000-23978),
 - Türkiye-Bosna/Hersek, (RG: 4.5.2000-24039),
 - Türkiye-Rusya Federasyonu, (RG: 16.5.2000-24051),
 - Türkiye-Yunanistan, (RG: 1.8.2001-24480),
 - Türkiye-Tunus, (RG: 10.2.2002-24667),
 - Türkiye-Hindistan, (RG: 17.9.2003-25232),
 - Türkiye-Yugoslavya Federal Cumhuriyeti, (RG: 4.11.2003-25279),
 - Türkiye-Slovak Cumhuriyeti, (RG: 18.12.2003-25320),
 - Türkiye-Yemen Cumhuriyeti, (RG: 18.12.1003-25320),
 - Türkiye-Portekiz, (RG: 19.12.2003-25321),
 - Türkiye-Şili Cumhuriyeti, (RG: 3.1.2004-25335),
 - Türkiye-İtalya, (RG: 2.3.2004-25390),
 - Türkiye-Fas Krallığı, (RG: 4.5.2004-25452),
 - Türkiye-Malta Hükümeti, (RG: 8.7.2004-25516),
 - Türkiye-İran (RG: 25.02.2005-25738),
 - Türkiye-Etyopya (RG: 8.3.2005-25749),
 - Türkiye-Afganistan (RG: 1.4.2005-25773),
 - Türkiye-Güney Afrika Cumhuriyeti (RG: 1.4.2005-25773),
 - Türkiye-Filipinler (RG: 22.7.2005-25883),
 - Türkiye-Slovenya (RG: 4.9.2005-25926),
 - Türkiye-Ürdün (RG: 17.11.2005-25996),
 - Türkiye-Suriye (RG: 28.12.2005-26037),
 - Türkiye-Lübnan (RG: 28.12.2005-26037),
 - Türkiye-Finlandiya (RG: 26.1.2006-26061),
 - Türkiye-Katar (RG: 2.8.2007-26601),

Pekçok ülke ile yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları imzalanması için başlayan müzakereler halen devam etmektedir. Mauritius, Vietnam Norveç ve Uruguay ile ise, anlaşmaların müzakereleri tamamlanmış olup nihai metin üzerinde mutabakat sağlanmış ve imza aşamasına gelinmiştir¹¹⁷.

Sonuç olarak; Türkiye'nin kaynak eksikliğini kısa ve orta vadede giderebilmesini ve ihtiyaç duyduğu kalkınmayı gerçekleştirebilmesini sağlayacak en elverişli yolun, ülkeye büyük miktarda yabancı sermaye yatırımı çekmek olduğu görülmektedir¹¹⁸. 2004 yılından itibaren, Türkiye'nin Avrupa Birliğine girişi için müzakerelerin sürdürülüyor olması ve yabancı yatırımcıların yatırım yapacakları ülkede özellikle aradıkları ekonomik istikrar bakımından Türkiye'nin sunmaya başladığı güven ortamı, Türkiye'nin önümüzdeki yıllarda önemli ölçüde yabancı yatırıma ev sahipliği yapma şansını ve ihtimalini artırmaktadır.

Türkiye; âkit taraf ülkelerinde yapılan yabancı sermaye yatırımlarının tabi olacağı muameleyi belirleyerek ekonomik işbirliği için uygun şartların yaratılması, âkit taraf ülkelerinde özel teşebbüsle devlet arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların çözüm yollarının tespit edilmesi, daha istikrarlı bir yatırım ortamının temini ve yatırımcılara ekonomik ve yasal güvence sağlanması amacıyla şimdiye kadar 80 ülkeyle yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşması imzalamıştır¹¹⁹. Bu anlaşmaların, Türkiye'de oluşmaya başlayan ekonomik istikrar ve güven ortamının da yardımıyla, Türkiye ile üçüncü ülkeler arasındaki sermaye akışının artmasına yardımcı olmaları beklenmektedir.

1. Anlaşmaların Mahiyeti

Yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları metinlerinde genellikle yatırımcı, yatırım, gelirler ve ülke terimlerinin tanımları, milli ve en çok gözetilen ulus kaydı, kamulaştırma, kayıpların tazmini, transferler, halefiyet, bir taraf

¹¹⁷ Türkiye'nin akdettiği ve müzakere halinde olduğu ikili yatırım anlaşmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.disisleri.gov.tr/MFA_tr/.

¹¹⁸ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 383.

¹¹⁹ Güçlü, A.e.,

ile diğerk tarafın yatırımcısı arasındaki uyuşmazlıkların çözümlü, akit taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümlü, diğerk kuralların uygulanması ve özel taahhütler, anlaşmanın uygulanabilirliğı ve yürürlüğe girme, süre, yürürlükten kalkma konuları ile ilgili maddeler yer almaktadır.

Söz konusu ikili anlaşmalar birbirine benzer hükümler taşımaktadır ve bu anlaşmalarda, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması çerçevesinde; savaş, ihtilal, olağanüstü hal vs. gibi durumlarda meydana gelebilecek zararların tazmini; hangi şartlar gerçekleştiğinde kamulaştırma yapılabileceğı, kamulaştırma bedellerini tespitte başvurulacak ölçünün ne olacağı, bedelin ödenme zamanını ve transferi; yatırımdan elde edilecek kârların veya yatırımın kısmen ya da bütünüyle satılmasıyla elde edilecek meblağın transferi, ayrımcı muamelede bulunmama, yatırım uyuşmazlığı yaratabilecek hususların neler olduğu ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümlü şekli, bu anlaşmaların en önemli konularını teşkil etmektedir¹²⁰.

Kendi aralarına akdettikleri ikili yatırım anlaşmalarında devletler, birbirlerine karşı belirli yükümlülükler üstlenmektedirler. Bunlar, genel olarak, bir takım faaliyetlerde ve muamelelerde bulunmama yükümlülüğüdür. Halbuki ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılarla akdettikleri yatırım sözleşmelerinde devletin yükümlülükleri, kimi eylemlerden kaçınma yükümlülüğü değil; bilakis kimi eylemlerde bulunma, yani yapma yükümlülüğüdür¹²¹.

Ev sahibi devletin, ayrımcı muamelede bulunmama, kazancın yurt dışına transferine engel olmama nevinden politik nitelikteki mezkur yükümlülüklerinin mahiyeti, devletin yabancı yatırımcıyla akdettiğı sözleşmeden kaynaklanan ticari edimlerinden bütünüyle farklıdır. İşte bu farklılık, ikili anlaşmalardaki tahkim hükümleri ile yatırım sözleşmelerindeki tahkim hükümlerinin birbirinden farklı iki işleve yöneldiğini ortaya koymaktadır. İlkinde durağan bir ilişki varken ikincisinde değişken bir ticari ilişki söz konusudur. Bu yüzden, ikili anlaşmadaki

¹²⁰ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 398.

¹²¹ Sedat Çal, **Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi** (Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku), 1. bs, Seçkin Yay. Ankara, 2009, s. 239.

yükümlülüklerden hareketle tahkime gidilmesi ile, yatırım sözleşmesindeki yükümlülüklerden hareketle tahkime gidilmesi arasında, ihlal edilen menfaat ve korunacak kamu yararı açılarından önemli farklar vardır. İkili yatırım anlaşmalarında, devletlerin egemenlik haklarının istismarını önleyici “yapmama” borcunu doğuran bir yükümlülük varken; ev sahibi devletle yabancı yatırımcı arasında akdedilen yatırım sözleşmesinde ticari ilişkiden kaynaklanan “yapma” edimleri söz konusudur. Dolayısıyla, ev sahibi devletin yapmama borcunun varlığı için arada bir ticari ilişkinin veya yatırım sözleşmesinin varlığı gerekli değildir. Yabancı yatırımcının bir ülkedeki herhangi bir yatırımı, örneğin otomotiv sektöründeki bir yatırım, bu kapsamda devletin egemen gücünü kötüye kullanması karşısında korunurken ve uluslar arası tahkim hükmüyle de bu koruma pekiştirilirken, devlet ile yatırımcı arasında bir ticari ilişki veya sözleşme bulunmayabilmektedir¹²².

2. Anlaşmaların Kurgusu

İkili yatırım anlaşmaları, çoğunlukla birkaç sayfadan ve belirli maddelerden müteşekkil olup, oldukça basit bir kurguya sahiptir. Yukarıda izah ettiğimiz üzere, bu anlaşmalar, mahiyetlerinin gereği, yatırımcılarla devlet arasındaki ticari ilişkiden, diğer bir ifadeyle ticaretin doğasından kaynaklanan uyuşmazlıkları düzenlemek amacını taşımazlar¹²³. Başlıca amaç, yabancı yatırımcılar ile devletin ticari nitelikte bir ilişkiye girip girmediklerine bakılmaksızın, verilen izinlerin veya ruhsatların, yahut sermaye transferine ilişkin kükümlerin, kamulaştırma benzeri bir eylemle veya yerel yatırımcılarla ayrımcılık yaratacak biçimde uygulanmamasını temin etmektir. İkili yatırım anlaşmaları ile yabancı yatırım, dolaylı veya doğrudan kamulaştırma (el koyma), kârların transferinin engellenmesi, yatırım sözleşmesinin ihlali vb. politik risklere¹²⁴ karşı koruma altına alınmaktadır. Dolayısıyla, devletin münhasıran ticari ilişkiden kaynaklanan ve siyasi boyutta bir eylemi derecesine yükselmeyen

¹²² Çal, **Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku**, s. 239-240.

¹²³ Yabancı yatırımın ticari olmayan risklere karşı korunması hakkında bkz.: Çelikel; Gelgel; **Yabancılar Hukuku**, s. 163-166.

¹²⁴ Politik risk kavramı, özellikleri ve türleri hakkında bkz.: Aydemir, **Yabancı Yatırımların Korunması**, s.47-58.

muamelelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için, çoğunlukla, ikili yatırım anlaşmalarına müracaat imkanı bulunmamak gerektir¹²⁵. Nitekim söz konusu anlaşmaları müzakere ederek imza aşamasına getirmekle yükümlü idari birim olan Hazine Müsteşarlığı tarafından aynı tespitler yapılmıştır. Buna göre;

“Uluslararası yatırımcıların bir ülkeye yatırım yapma aşamasında çeşitli ticari ve ticari olmayan risklerle karşı karşıya olduğu genel kabul gören bir görüştür. Ticari riskler, yerli veya yabancı tüm yatırımcıların katlanması gereken riskler iken ticari olmayan riskler önceden öngörülemeyen ve ticari teşebbüsün faaliyeti ile ilgili olmayan risklerdir. Bunlar, kamulaştırma veya devletleştirme, savaş veya iç karışıklıklar neticesinde karşılaşılan zararlar; kâr, tasfiye ve satış bedellerinin transfer edilememesi veya transfer edilmesinin geciktirilmesi şeklinde ortaya çıkabilmektedir... Ülkemizin de bugüne kadar birçok ülke ile imzalamış olduğu ikili veya çok taraflı yatırım anlaşmaları, ülkemizde yatırım yapmış yabancı yatırımcıların ticari olmayan risklere karşı korunarak, hak ve menfaatlerinin savunulması amacına yöneliktir.”¹²⁶

Buradan da çok sarıh bir biçimde anlaşılacağı üzere, söz konusu anlaşmaların amacı, yatırımcılara siyasi risklere karşı bir koruma sağlamak ve ticari risklere karşı bu türden bir korumayı, giderek temel kurgusunun dışında bırakmaktır¹²⁷. İkili anlaşmaları kapsam maddelerinde kimi zaman sadece devletçe verilen ruhsatlar, izinler”den bahsedilirken, kimi anlaşmalarda “yatırımcılarla yapılan sözleşmeler” şeklinde geniş bir kapsama geçiş yapıldığı; yine, uyuşmazlığın kapsamı olarak genellikle “yatırımcıyla yatırım dolayısıyla çıkan uyuşmazlıklar” gibi bir ifadeye yer verildiği görülmektedir. Bununla birlikte, “verilen yatırım müsaadesinin yorumlanması veya uygulanması”, veya “işbu anlaşma ile yaratılan herhangi bir hakkın ihlali” gibi, yatırımların karşılıklı korunmasını hedefleyen bu anlaşmaların

¹²⁵ Çal, *Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku*, s.236-237.

¹²⁶ Hazine Müsteşarlığı, *Uluslararası Doğrudan Yatırımlar 2005 Yılı Raporu*, s. 77-78. Bkz.: <http://www.hazine.gov.tr>

¹²⁷ Çal, *Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku*, s. 237.

felsefesiyle daha iyi imtizaç eden sarih hükümlere¹²⁸ yer verildiği de görülmektedir¹²⁹.

B. Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili Yatırım Anlaşmalarında Yatırım Uyuşmazlığı Teşkil Eden Hususlar ve Düzenlenme Biçimi

İkili yatırım anlaşmalarında, her bir ikili anlaşmaya göre yatırım uyuşmazlığı teşkil eden hususların neler olduğu, söz konusu anlaşmaların yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenişine hasredilen bölümleri altında ele alınmaktadır. Kimi anlaşmalarda, söz konusu bölümler altında, anlaşmaya göre yatırım uyuşmazlığı teşkil eden hususların neler olduğu *şemsiye klozlar*¹³⁰ halinde belirtilmekte; kimilerinde ise, hangi hususların yatırım uyuşmazlığı teşkil edeceğine dair herhangi bir düzenleme bulunmayıp, doğrudan, yatırım uyuşmazlığının nasıl çözüleceğine geçilmektedir¹³¹. Türkiye'nin taraf olduğu ikili anlaşmalar için de, aynı düzenleme tarzına geçerlidir. Söz konusu düzenleme tarzını, üç ana grup altında ele almak mümkündür;

Birinci grup anlaşmalar¹³² bakımından mevcut düzenleme, genel itibarıyla şöyledir:

“Bu maddenin amacına uygun olarak, bir “**yatırım uyuşmazlığı**” aşağıdaki hususları kapsar.”

“a) Bir âkit tarafın yabancı yatırımlarla ilgili makamının, diğer âkit tarafın vatandaş ve şirketine sağladığı herhangi bir yatırım müsaadesinin uygulanması veya yorumlanması, veya,”

¹²⁸ Çal, **Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku**, s. 237.

¹²⁹ Bkz.: Türkiye-Belçika/Lüksemburg, (RG: 8.10.1989-20306); Türkiye-Avusturya, (RG: 10.2.1991-20782); Türkiye-Hollanda, (RG: 8.9.1989-20276); keza Türkiye-Danimarka, (RG: 27.5.1992-21240).

¹³⁰ Çal, işbu düzenleme tarzını “şemsiye hükümler” adı altında ele almıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.:

Çal, **Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku**, s. 314-346.

¹³¹ Şanlı, Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında, yatırım uyuşmazlıklarının “çözüm” usulü olarak mutad bir biçimde tahkim öngörülmeyle birlikte, uyuşmazlıkların “çözüm” usulünde üç farklı düzenleme tarzına işaret etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 397-400.

¹³² Ayrıntılı bilgi için bkz., Türkiye-ABD, M. 7/1, (RG: 13.8.1889-20251); Türkiye-Gürcistan, M. 7/1, (RG: 4.6.1995-22303); Türkiye-Büyük Britanya/Kuzey İrlanda, M. 8/1, (RG: 9.3.1996-22631) arasında akdedilen ikili anlaşmalar.

“b) Bir âkit tarafın yabancı yatırımlarla ilgili makamı ile diğer âkit tarafın bir vatandaş veya şirketi arasındaki herhangi bir yatırım sözleşmesinin uygulanması veya yorumlanması, veya;”

“c) Bir yatırımla ilgili olarak işbu anlaşma ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın ihlalinin iddia edilmesi.”

Bu şemsiye klozlar muvacehesinde; bir yatırım müsaadesinin ve bir yatırım sözleşmesinin uygulanması veya yorumlanmasına ve de ikili anlaşma ile verilen veya yaratılan bir hakkın ihlali iddiasına dayanan uyuşmazlıklar, bu tarz bir düzenlemeye sahip olan ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde **yatırım uyuşmazlığı** olarak kabul edilecektir¹³³.

İkinci grup anlaşmalar¹³⁴ bakımından mevcut düzenleme, genel itibariyle şöyledir;

“Bu maddeye göre “**yatırım uyuşmazlığı**” aşağıdakiler kapsayan bir uyuşmazlık olarak tanımlanmaktadır.”

“a) Bir âkit tarafın yabancı yatırımlarla ilgili makamının, diğer âkit tarafın vatandaş ve şirketine sağladığı herhangi bir yatırım müsaadesinin uygulanması veya yorumlanması, veya;”

“b) Bir yatırımla ilgili olarak işbu anlaşma ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın ihlalinin iddia edilmesi.”

Bu şemsiye klozlar muvacehesinde; sadece, bir yatırım müsaadesinin uygulanması veya yorumlanmasına ve de anlaşma ile verilen veya yaratılan bir hakkın ihlali iddiasına dayanan uyuşmazlıklar, bu tarz bir düzenlemeye sahip olan ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde **yatırım uyuşmazlığı** olarak kabul edilecektir. İkinci grup anlaşmalarda, birinci gruptan farklı olarak; bir âkit tarafın yabancı yatırımlarla ilgili makamı ile diğer âkit tarafın bir vatandaş veya şirketi arasındaki *yatırım sözleşmelerinin uygulanması veya yorumlanmasına* dayanan uyuşmazlıklar, ikili anlaşma çevresinde doğrudan bir yatırım uyuşmazlığı olarak ele alınamayacak;

¹³³ Nomer, Ekşi, Öztekin, **Milletlerarası Tahkim**, s. 88-89.

¹³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye-Hollanda, M. 8/1, (RG: 8.9.1989-20276); Türkiye-Bangladeş, M. 6/1, (RG: 13.3.1989-20281); Türkiye-Belçika/Lüksemburg, M. 9/1, (RG: 8.10.1989-20306); Türkiye-Avusturya, M. 9/1, (RG: 10.2.1991-20782); Türkiye-Danimarka, M. 8/1, (RG: 27.5.1992-21240); Türkiye-Kore Cumhuriyeti, M. 10/1, (RG: 16.7.1994-21922); Türkiye-Romanya, M. 6/1, (RG: 16.7.1994-21922) arasında akdedilen ikili anlaşmalar.

sözleşmeye dayanan uyuşmazlık, ancak ikili anlaşmada öngörülen noktalara taalluk ettiği ölçüde, anlaşma çerçevesinde yatırım uyuşmazlığı olarak kabul edilebilecektir. Dolayısıyla, birinci grup anlaşmalardaki düzenlemenin, yabancı yatırıma daha geniş bir koruma sağladığı söylenebilir.

İkinci gruba giren anlaşmaların bazılarında, diğerlerinden farklılık arz eden çerçeve fıkralara da rastlanmaktadır. Örneğin, Türkiye ile Malezya arasında akdedilen ikili anlaşmada¹³⁵, “*Bir âkit taraf ile diğer âkit tarafın yatırımcısı arasında, böyle bir yatırımcının bir yatırımı ile ilgili olarak yürürlüğe girebilecek herhangi bir yükümlülük*”, yatırımcı ile bir âkit taraf arasında uyuşmazlık teşkil edebilecek bir husus olarak düzenlenmiştir. Aynı maddenin b fıkrasında ise, diğer anlaşmalarda da var olan, “bir yatırımla ilgili olarak işbu anlaşma ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın ihlalinin iddia edilmesi” düzenlemesine yer verilmiştir. İkinci gruba giren anlaşmaların bazılarında da, sadece, yukarıda zikrettiğimiz, “...işbu anlaşma ile verilen veya yaratılan herhangi hakkın ihlali iddiası” çerçeve fıkrası bulunmaktadır¹³⁶.

Üç gruba giren ikili anlaşmalarda ise, bir âkit tarafla diğer âkit tarafın yatırımcısı arasında hangi hususların yatırım uyuşmazlığı teşkil edeceği, birinci ve ikinci grup anlaşmalardaki düzenleme tarzının aksine, çerçeve fıkralar halinde, ayrıca belirtilmemiştir. Bu anlaşmalarda, yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenişine hasredilen madde kapsamında, nelerin yatırım uyuşmazlığı teşkil ettiğine değil, sadece bir yatırım uyuşmazlığının hangi vasıtalarla ve ne şekilde çözüleceğine yer verilmektedir¹³⁷. Bu durumda, üçüncü grup anlaşmalarda, bir âkit tarafla diğer âkit tarafın yatırımcısı arasında bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, bu uyuşmazlığın mevcut anlaşma kapsamında bir “yatırım uyuşmazlığı” teşkil edip etmediğine, her bir ikili anlaşmanın içeriğine bakılarak karar verilebilecektir.

¹³⁵ Türkiye-Malezya, M. 7/1, (RG: 6.2.2000-23956).

¹³⁶ Örneğin, bkz. Türkiye-İsviçre, M. 8/1, (RG: 6.10.1989-20304).

¹³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Türkiye-Çin Halk Cumhuriyeti, M. 7 (RG: 1.5.1994-21921); Türkiye-Ukrayna, M. 8, (RG: 17.4.1998-23316); Türkiye-Endonezya, M. 8, (RG: 10.3.1998-23338); Türkiye-İsveç Krallığı, M. 7, (RG: 15.7.1998-23403); Türkiye-İsrail, M. 8, (RG: 2.9.1998-23451).

Türkiye'nin taraf olduğu ikili anlaşmalarda, bir âkit tarafla diğer âkit tarafın yatırımcısı arasında yatırım uyumsuzluğu teşkil edebilecek hususları ve nihai olarak, yukarıda zikrettiğimiz yatırım uyumsuzluklarına ilişkin çerçeve fıkraların kapsamına, uyumsuzluk yaratan hangi tür ev sahibi devlet tasarruflarının girdiğini sırasıyla inceleyeceğiz.

1. Bir Âkit Tarafın Yabancı Yatırımlarla İlgili Makamının, Diğer Âkit Tarafın Vatandaş veya Şirketine Sağladığı Herhangi Bir Yatırım Müsaadesinin Uygulanması veya Yorumlanmasından Doğan Uyuşmazlıklar

Bir yatırım müsaadesinin uygulanması veya yorumlanmasından doğan uyumsuzluklar, küresel düzeyde, ikili birçok yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmasında olduğu gibi, Türkiye'nin taraf olduğu ikili anlaşmaların bazılarında da yatırım uyumsuzluğu teşkil eden bir husus olarak düzenlenmiştir. Özellikle, ABD'nin akdettiği ikili anlaşmalarda bu hükme sıklıkla yer verildiği; diğer küresel güçlerin de benzeri hükümleri ikili anlaşmaların bir parçası haline getirme çabasında oldukları bilinmektedir¹³⁸.

Söz konusu düzenlemeyi ihtiva eden ikili anlaşmaların tarafları olan devletlerin, *ratio legis* olarak, böyle bir düzenlemeyle ne gibi bir yatırım ilişkisini ve ne şekilde koruma kapsamına almayı amaçladıkları önemli bir husustur. Bir yatırım uyumsuzluğunu, bu kapsamda ele alabilmek için; öncelikle, bir âkit tarafın yabancı yatırımlarla ilgili makamının âkit diğer bir tarafın yatırımcısına verdiği bir yatırım müsaadesinin varlığı; daha sonra, ev sahibi devletle yabancı yatırımcı arasında söz konusu yatırım müsaadesinin uygulanmasından veya yorumlanmasından kaynaklanan bir uyumsuzluğun varlığı gereklidir.

Yabancı yatırımcı bir ülkeye girdikten sonra hem kendisi, hem de mal varlığı ev sahibi devletin hukukuna tabi olmaktadır. Dolayısıyla, devletler, yatırımcıların

¹³⁸ Çal, *Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku*, s. 239.

faaliyetlerini yürütme şekli bakımından bazı koşullar öngörebilirler. Devletlerin, çok uluslu şirketlerin ülkeye giriş ve yerleşmesini tanzim etme, bazı sektörlerde faaliyetini sınırlama, bütünüyle yasaklama veya bir yatırım müsaadesine tabi kılma konusunda mutlak yetkili olduğu kuralını getiren BM'nin Çok Uluslu Şirketlere İlişkin Davranış Kodu Taslağının 50. maddesi, bunu teyit eder niteliktedir¹³⁹. Devletlerin söz konusu mutlak yetkisi, dayanağını, devletlerin egemenliklerine istinaden yabancıları dışlama yetkisine ilişkin bir kuralda bulur. Bu yetki, ülke içinde faaliyette bulunma müsaadesinin bazı koşullara bağlı olarak verilmesine ve koşullar yerine getirilmediği takdirde söz konusu yatırım müsaadesinin iptaline imkan vermektedir. Devletin yetkisine ilişkin bu kural, evrensel kabul görmüştür¹⁴⁰.

Devletin, ülkesindeki yatırım faaliyetlerini düzenlemesine ilişkin, kendi egemenliğine dayanan bu yetkisinin, ancak kendi iradesiyle sınırlandırılabilmesi sebebiyledir ki; devletlerin iki taraflı bir anlaşmayla yabancı yatırımın tabi olacağı muameleye ilişkin tesis ettikleri düzen, ev sahibi devletin bu alandaki mutlak düzenleme yetkisinin sınırı olacaktır. Dolayısıyla, ikili anlaşmalardaki mevcut düzenleme sebebiyle, bir âkit tarafın yatırımcısı, yatırıma ev sahipliği yapan âkit diğer tarafın mevzuatına göre yatırım müsaadesi alınması gereken bir faaliyet alanında, o ülkenin yatırımlarla ilgili makamından gereken müsaadeyi alarak ve istenen koşulları yerine getirerek yatırımını gerçekleştirdiğinde, artık, söz konusu yatırım müsaadesinin uygulanması veya yorumlanmasından kaynaklanan bir uyuşmazlık, ikili anlaşma kapsamında bir yatırım uyuşmazlığı olarak kabul edilecektir. Bunun anlamı; böyle bir ikili anlaşmanın yokluğunda, eğer yatırım

¹³⁹ UNCTC, Proposed Text of the Draft Code on Transnational Corporations, New York 1998;

¹⁴⁰ Sornarajah, devletin yabancıların yatırım faaliyetlerini düzenleme yetkisini vurgulamak bakımından; ELSI davasında, Hakim Oda tarafından verilen, yabancı devletlerde şirket kuruluşuna ilişkin muhalefet oyunu, aktarmıştır. Buna göre: "Kendi ülkesi dışında bir başka ülkede ticari bir faaliyette bulunmasına veya ticaret şirketi kurmasına müsaade edilen yabancı ülke vatandaşlarının, birçok menfaat elde edebileceklerini; yerli şirketlerin ise, o ülkeye tabi tüzel kişiler olarak, o ülkenin mevzuat ve düzenlemelerine tabi olacağını; dolayısıyla da, yabancı şirketlerin bu türlü yerli şirketlerle iş yapmak vesilesiyle sağladıkları yüksek menfaatlere mukabil olarak, birçok sınırlamayı kabul etmeleri gerekmektedir." Sornarajah, ayrıca, yabancı yatırım akışı üzerinde bir sınırlama olmaması gerektiği fikrini destek veren ve akdettiği anlaşmalarla da bu politikasını teyit eden ABD'nin bile, ABD başkanına ulusal güvenliği tehdit eden yabancı yatırım akışını önleme yetkisi veren *Omnibus Trade and Competitiveness* Kanununda yapılan *Exxon-Florio* değişikliği ile, devletlerin ülkelerindeki her türlü yatırım faaliyetini düzenleme mutlak yetkisini teyit ettiğini vurgulamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sornarajah, **International Law**, s. 83-92.

sözleşmesinde de tahkim kaydı yoksa, sadece yerel makamlar ve mahkemeler önünde hak arayabilecek olan yabancı yatırımcının, artık, ev sahibi devletin ikili anlaşma ile üstlendiği belli bir şekilde muamele etme taahhüdüne uygun davranmadığı iddiasıyla, uyuşmazlığın çözümü için ikili anlaşmada öngörülen çarelere başvurabileceğidir.

Bir yatırımı gerçekleştirmek için, ev sahibi ülke ekonomisinin müsaade veya ruhsat alınması gereken belirli sektörlerinde, verilen müsaade veya ruhsatın iptal edilmesi ya da sağlanan imtiyazın geri alınması, yabancı yatırımcının faaliyetini sürdürmesini kendi hedefleri açısından anlamsız, hatta bütünüyle imkansız hale getirebilir¹⁴¹. Çünkü, genellikle, söz konusu müsaade veya imtiyaz, yabancı yatırımcı için o ülkeyi cazip kılmaktadır. Müsaade veya imtiyazın geri alınması tasarrufunun, işlevsel olarak yabancı yatırımcının faaliyetini sürdürme yeteneğine ilişmese de veya mülkiyet haklarını rencide etmese de, yabancı yatırıma el atma (taking) mahiyetinde olduğu ileri sürülmektedir¹⁴². Ancak yabancı yatırımcıya faaliyet müsaadesi verilmesi veya imtiyaz tanınmasına ilişkin tedbirler, genel ekonomik düzenlemeler çerçevesinde alındığı takdirde, müsaade veya imtiyazın iptalinin de ekonomik düzenlemelere ilişkin tedbirler gibi değerlendirilmesi gerektiği¹⁴³ ve bu tür müdahalelerin tazminat gerektiren el atmalarla bir tutulamayacağı kabul edilmektedir¹⁴⁴. Dolayısıyla, bir yatırım müsaadesi veya imtiyazı bu şekilde bir ekonomik düzenlemeye istinaden iptal edildiğinde; bu tedbir, ikili anlaşma kapsamında, *makul olmayan ve ayrımcı müdahalelerle zarar verme* olarak değerlendirilemeyecek ve ev sahibi devletin, *kamulaştırmaya eşit etkide bulunan işlemler* (el atma) için de geçerli olan, tazminat borcu doğmayacaktır.¹⁴⁵

Ev sahibi devletin bir yatırım müsaadesini iptal ettiği birçok durumda, bir el atma tasarrufunun varlığından söz etmek kolay değildir. Fakat, ev sahibi devlet tarafından yabancı yatırımcıya verilen faaliyet müsaadesi veya imtiyazının iptal

¹⁴¹ Sornarajah, **International Law**, s. 311.

¹⁴² Sornarajah, **International Law**, s. 311.; Örneğin, bkz. *Murpyores Ltd. v. The Commonwealth*: http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/136clr1.html (19.12.2004).

¹⁴³ Sornarajah, **International Law**, s. 311.

¹⁴⁴ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 203.

¹⁴⁵ Türkiye-Büyük Britanya/Kuzey İrlanda, M. 2/2- M. 5/1, (RG: 9.3.1996-22631).

edilmesi sonucunda, yabancı yatırımcının ev sahibi ülkede faaliyetini sürdürmesinin imkansız hale gelmesi üzerine, ev sahibi devletin yabancı yatırımcının varlıklarını elde etmesi, tazminat borcu doğuran bir el atma olarak kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarla, genellikle, yabancı yatırımcının ev sahibi devletin bir kurumuyla ortak girişim (joint venture) olarak faaliyet gösterdiği örneklerde karşı karşıya gelinmektedir¹⁴⁶.

Ekonomik düzenlemeler çerçevesinde, yabancı yatırımcıya verilen faaliyet müsaadesinin veya tanınan imtiyazın iptal edilmesi, hem gelişmiş, hem de gelişmekte olan ülkelere karşılaşılan bir durumdur. İleri kapitalist ülkelerin hukuk sistemlerinde, vatandaşın veya yabancı yatırımcının malvarlığına düzenleyici tedbirler çerçevesinde el atılması, tedbir kamu yararına dayandığından, tazminatı gerektirmeyen bir el atma olarak nitelendirilmektedir. Bunun klasik örneğine, birleşen iki işletmenin rekabet üzerinde olumsuz etkiler yaratması halinde birleşmenin dağılmasını öngören antitröst yasalarında (antitrust law) rastlanabilir. Burada, dağılmayı öngören tedbirin uygulanması, mülkiyete el atma ile aynı sonucu doğurmakla beraber, böyle bir tedbir sebebiyle tazminat borcunun doğması söz konusu değildir.¹⁴⁷ Bu tür tedbirlere ilişkin kamu yararı gerekçesiyle birlikte zikredilmesi gereken bir başka gerçeklik de, yabancı yatırımcının yatırımını bu tür tedbirlere konu olabilecek bir alanda gerçekleştirmekten imtina etmemesidir. Çünkü, kamusal menfaatler kapsamında ele alınabilecek belirli faaliyet alanlarında, her zaman zımni sınırlamalar mevcuttur. Söz konusu düzenleme tedbirleri, modern yönetimlerin ve hukuk sistemlerinin en göze çarpan unsurları arasındadır. Bu tür tedbirlerin mülkiyet haklarına müdahale niteliği taşımaları gerçeğine rağmen, gerek iç mevzuatlar ve uluslar arası hukuk, gerekse de ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde, hukuka uygunluğu noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁴⁸. Bu, Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmaları için de geçerlidir.

¹⁴⁶ Sornarajah, **International Law**, s. 311.; Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 203.

¹⁴⁷ Sornarajah, **International Law**, s. 312.

¹⁴⁸ Sornarajah, **International Law**, s. 312.

Aynı şekilde, gümrük sınırlamaları ve tüketici güvenliği gibi alanlarda, cezai müeyyidelere aykırı faaliyette bulunma durumunda işletmelere uygulanan yaptırımlar; şehir planlaması sebebiyle uygulanan tedbirler, mülkiyete el atma sonucunu doğursa bile tazminatı gerektirmemektedir.

Ev sahibi ülkelerdeki bu tür düzenleyici mevzuatın uygulanması sonucunda alınan tedbirler, sadece yabancı yatırımcıya özgü değildir. Ev sahibi ülkenin kendi vatandaşları da aynı uygulamaya tabi tutulmaktadır. Fakat, son zamanlarda, sadece yabancı yatırım sürecine özgülenen yerel mevzuatlarda bir artış gözlenmektedir. Yabancı yatırım akışını düzenleyici söz konusu yerel mevzuatların bir sonucu olarak, yabancı yatırıma özgü düzenleyici tedbir niteliğindeki el atma örnekleri de artmaktadır. Bu tür mevzuat, yabancı yatırımcının ülkede faaliyette bulunmasını, kâr ve sermayenin yurt dışına transferini, ihracat yapmasını bazı koşullara bağlayabilir veya yatırımcının ülkeye girebilmesi için bazı performans koşulları getirmiş olabilir. Yabancı yatırımcının bu tür koşulları yerine getirmemesi, ev sahibi devletin verdiği yatırım müsaadesini iptal etmesiyle neticelenebilir¹⁴⁹.

Bunlara ilaveten, çevrenin korunması noktasında küresel düzeyde artan duyarlılığın neticesinde, yatırım müsaadelerinin, ev sahibi devletler tarafından, çevre güvenliğine dayalı sebeplerle iptal edilmesinde de bir artış söz konusudur. Bu sebebe dayalı bir iptal, genellikle, yatırım faaliyetinin bütünüyle durdurulmasıyla sonuçlanmaktadır. Yatırım müsaadesinin bu sebebe dayalı iptalleri de, genellikle, tazminat gerektiren bir tedbir olarak kabul edilmemektedir.¹⁵⁰ Örneğin, *Murpyores Ltd. v. The Commonwealth* davasında¹⁵¹, Avustralya hükûmeti tarafından, iki Amerikan şirketine, *Fraser* adasında kum çıkarmaları için yatırım imtiyazı verilmişti. Çıkarılan mineraller için bir iç pazar olmadığından, *Murpyores Ltd.*'nin yatırım faaliyeti, tamamen ihracat üzerine kuruluydu. Avustralya Hükümeti tarafından yaptırılan çevresel etki değerlendirmesi, kum çıkarma faaliyetinin çevreye zarar verdiğini ortaya koymasıyla, hükümet, yatırım imtiyazını iptal etmek yerine,

¹⁴⁹ Sornarajah, *International Law*, s. 312.

¹⁵⁰ Sornarajah, *International Law*, s. 313.

¹⁵¹ Bkz. http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/136clr1.html

Amerikan şirketlerine tanıdığı ihracat müsaadesini geri aldı. Bu durum, yabancı yatırımcının faaliyetini sürdürmesine görünüşte bir engel teşkil etmese de, aslında, faaliyetin devamını imkansız bir hale getiriyordu¹⁵². Avustralya Yüksek Mahkemesi, ihrac müsaadesinin iptal edilmesinin tazminat gerektiren bir el atma olmadığını belirterek, Amerikan şirketlerinin tazminat taleplerini reddetti¹⁵³.

Buna karşılık, çevreye ilişkin bir meseleden zuhur eden bir başka yatırım uyuşmazlığında; Meksika hükûmetinin, *Metalclad* şirketinin ülkesindeki yatırımına benzer türde bir tedbir uygulamasına karşı, *Metalclad* şirketi, bölgesel NAFTA Anlaşmasının kapsamlı kamulaştırma tanımına dayanarak, kendi yatırımının kamulaştırıldığını ileri sürmüştü; ICSID hakem mahkemesi de, Meksika devleti ve yerel makamlarının NAFTA'nın yabancı yatırımcıya yapılacak muameleye ilişkin hükmünü ihlal ettiğine ve bunun NAFTA'nın 1110. maddesi uyarınca kamulaştırma teşkil ettiği sonucuna varmıştır¹⁵⁴.

Bir yabancı yatırımcının vatandaşlığını taşıdığı devletle ev sahibi devlet arasında, bir ikili veya çoklu yatırım anlaşmasının var olup olmamasına göre, yabancı yatırıma sağlanan korumanın ne ölçüde değiştiğini göstermek noktasında, *Murpyores Ltd.* ve *Metalclad* örnekleri önemlidir. Bir ev sahibi devlet, yatırım müsaadesi çerçevesinde gerçekleştirilen bir yabancı yatırıma, muhtelif gerekçelerle el atma niteliği taşıyan bir tedbir uygulayabilir. Bu, yatırım müsaadesinin doğrudan iptali şeklinde olabileceği gibi, yabancı yatırımcı açısından yatırımın sürdürülmesini anlamsız veya imkansız hale getiren bir başka şekilde de gerçekleşebilir. Ev sahibi devletin uyguladığı tedbire ilişkin sunduğu gerekçe, hem ulusal yabancı yatırım mevzuatı, hem ikili yatırım anlaşması çerçevesinde hukuka uygunluk arzedebilir.

¹⁵² Hemen hemen bütün ikili yatırım anlaşmalarında yer alan, “kamulaştırmaya eşit etkide bulunan işlem” veya “dolaylı kamulaştırma” terimleriyle, âkit tarafların yabancı yatırıma sağlamayı amaçladıkları koruma, ev sahibi devletlerin bu türdeki kamulaştırmayla aynı sonuçları doğuran tedbirlerine ilişkindir. Aslında, Avustralya hükûmetinin, ihracat müsaadesini geri almak gibi dolaylı bir el atma tedbiri uygulamak yerine, çevrenin korunması amacıyla kamu yararı gerekçesine dayanarak, doğrudan doğruya yatırım imtiyazını niçin iptal etmediği de düşündürücüdür. Sonuçta, söz konusu somut uyuşmazlığın çözümü için, *Murpyores Ltd.*'nin, ev sahibi devletin yerel makamlarından başka başvurabileceği bir merci yoktur.

¹⁵³ Sornarajah, **International Law**, s. 313.

¹⁵⁴ Bkz. *Metalclad Corporation v. The United Mexican States (ICSID Additional Facility)* (30.9.2000): ILM., 2001, vol. 40, s. 50; Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 204.

Burada önemli olan nokta, yabancı yatırımcı ev sahibi devletin uyguladığı tedbiri hukuka aykırı bulduğunda, bunu neye istinaden ve hangi merci önünde iddia edebileceğidir. Eğer yabancı yatırımcının vatandaşlığını taşıdığı devletle ev sahibi devlet arasında bir ikili yatırım anlaşması yoksa; yabancı yatırımcı, bunu, kendi yatırımının da tabi olduğu, ev sahibi devletin ulusal mevzuatı çerçevesinde ve ancak söz konusu mevzuatın kabul ettiği merciler önünde iddia edebilecektir. Bir ikili yatırım anlaşmasının var olduğu bir durumda ise; yabancı yatırımcı, ulusal mevzuatın yerel hükûmete ülkedeki yatırımlar üzerinde tanıdığı tasarruf yetkisini, hükûmetin, a) söz konusu ulusal mevzuata aykırı bir şekilde kullandığını; b) ikili anlaşmaya aykırı bir şekilde kullandığını iddia edebilecektir. Üstelik, yabancı yatırımcı, bu iddiaya dayanan bir yatırım uyuşmazlığını, ikili anlaşmada belirtilen uyuşmazlık çözme prosedürünün gereklerine riayet ederek, ikili anlaşmada kabul edilmiş çözüm mercilerinden dilediğinin önüne götürebilecektir¹⁵⁵.

Türkiye'nin taraf olduğu birçok ikili yatırım anlaşmalarına baktığımızda, yatırım müsaadesine ilişkin bir uyuşmazlık, bir âkit taraf yatırımcısıyla ev sahibi devlet arasında, söz konusu müsaadenin uygulanmasına veya yorumlanmasına ilişkin olacaktır. *Yatırım müsaadesinin uygulanmasından kaynaklanan bir uyuşmazlıkla* kastedilen, müsaade çerçevesinde yatırım gerçekleştikten sonra, yabancı yatırımcının veya ev sahibi devletin, yatırım ilişkisinden doğan yükümlülüklerine riayet etmemesidir. Yatırım ilişkisinden doğan bu yükümlülüğün kaynağını ise, ulusal mevzuat ve ikili anlaşma teşkil etmektedir.

Yatırım müsaadesinin yorumlanmasından kaynaklanan bir uyuşmazlık ise, yabancı yatırımcının ve ev sahibi devletin, yatırım müsaadesinin kapsamı hususunda farklı yaklaşımlara sahip olmaları durumuna ilişkindir. Somut bir uyuşmazlık durumunda, yabancı yatırımcı, yatırım müsaadesinin kapsamını daha geniş yorumlamaya; ev sahibi devlet ise, daha dar yorumlamaya yatkın olacaktır. Böyle bir durumda, yabancı yatırımcı, ikili anlaşma çerçevesinde uyuşmazlığı götüreceği hakem mahkemesinden, yatırım müsaadesinin kapsamının yorumlanmasını ve ev

¹⁵⁵ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 401.

sahibi devletin uyguladığı tedbirin bu çerçevede hukuka aykırılığının tespit edilmesini isteyebilecektir.

Gerek yatırım müsaadesinin uygulanmasından, gerekse yorumlanmasından kaynaklanan bir uyuşmazlık olsun –ki her ikisi de birbirini tamamlar niteliktedir-; uyuşmazlık, netice itibariyle, ev sahibi devletin yabancı yatırıma el atma mahiyetinde bir tedbir uygulamasıyla ortaya çıkacaktır. Somut bir uyuşmazlığın yatırım müsaadesinin uygulanmasından kaynaklanması demek; yabancı yatırımcı veya ev sahibi devletten birinin, diğer taraf hakkında, yatırım müsaadesi, ulusal mevzuat veya ikili anlaşma kapsamında üstlendiği yükümlülükler aykırı davrandığı iddiasını taşıması demektir¹⁵⁶. Somut bir uyuşmazlığın yatırım müsaadesinin yorumlanmasından kaynaklanması demek ise; yatırımını müsaade kapsamında gerçekleştiren yabancı yatırımcının müsaade sınırları içinde olduğunu düşünerek yürüttüğü faaliyetler için, ev sahibi devletin, müsaadenin sınırlarının aşıldığı iddiasını taşıması ve yatırıma el atmasıdır.

Sonuç olarak, şunu ilave etmek gerekir ki; bir yatırım müsaadesinin uygulanması, aslında, hem yabancı yatırımcı, hem de ev sahibi devlet bakımından, tarafların söz konusu müsaadenin kapsamına getirdikleri bir yorum çerçevesinde gerçekleşecektir. İkili anlaşmalardaki bu tamamlayıcı düzenleme tarzı, yabancı yatırımcıya oldukça geniş bir koruma sağlamaktadır. Yatırım ilişkisinin taraflarının müsaadenin kapsamına ilişkin farklı yorumlara sahip olması durumu dahi, ikili anlaşma çerçevesinde yatırım uyuşmazlığı teşkil eden bir husus olarak düzenlendiğinden; aslında, bir âkit taraf yatırımcısının yatırım müsaadesi kapsamında gerçekleşen her türlü yatırımı için, herhangi bir sebepten kaynaklanan bir uyuşmazlık, böylelikle ikili anlaşma çerçevesinde bir yatırım uyuşmazlığı olarak

¹⁵⁶ Yabancı yatırımcı, yatırımının ev sahibi ülkedeki geleceğini riske atmamak için, genellikle, faaliyetini ev sahibi ülkenin mevzuatına uygun bir biçimde yürütmeye titizlik gösterir. Yabancı yatırımcı, yatırımına el atıldığında, zararını bütünüyle tazmin edebileceği geniş bir hukuki koruma çerçevesinde ülkeye girmiş olsa da, bu sancılı ve uzun süreci tecrübe etmek istemeyecektir. Üstelik yargıya intikal etmiş bir uyuşmazlığın sonrasında, ev sahibi ülkede faaliyetlerine devam etmesi de söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, yatırım uyuşmazlıkları, genellikle, yabancı yatırımcının üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmemesinden değil; ev sahibi devletin hukuka uygun ya da aykırı tedbirleri neticesinde meydana gelmektedir. Bkz. Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 200.

kabul edilebilecektir. Dolayısıyla da, söz konusu uyuşmazlık, yabancı yatırımcı tarafından ikili anlaşmayla kabul edilmiş bir hakem mahkemesinin önüne götürülebilecektir¹⁵⁷.

2. Bir Âkit Tarafın Yabancı Yatırımlarla İlgili Makamı ile Diğer Âkit Tarafın Vatandaş veya Şirketi Arasındaki Herhangi Bir Yatırım Sözleşmesinin Uygulanması veya Yorumlanmasından Doğan Uyuşmazlıklar¹⁵⁸

Bir yabancı yatırımcının ev sahibi devletle akdettiği yatırım sözleşmeleri; genellikle, imtiyaz, istisna, kira, kredi ve kefalet şeklindeki sözleşmeler olmaktadır¹⁵⁹. Bu sözleşmelerin hemen hepsinde istikrar, hukuk seçimi ve tahkim kaydına yer verilmektedir. Bazılarında mücbir sebep (force majeure)¹⁶⁰ ve yeniden müzakere (renegotiation) klozları da bulunmaktadır¹⁶¹. Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmaları¹⁶² kapsamında bir yatırım sözleşmesinin uygulanması veya yorumlanmasından doğan uyuşmazlıkları incelemeye geçmeden önce, genel olarak yatırım sözleşmelerini ve içerdikleri kayıtları incelemek yerinde olacaktır.

a. Yatırım Sözleşmeleri

Yabancı yatırımların bu şekildeki akdi vasıtalarla korunması, ilk olarak doğal kaynakları işletmeye, özellikle petrol çıkarmaya yönelik yabancı yatırımlar bakımından söz konusu olmuş ve bunun için ise sözleşme tipi olarak, imtiyaz

¹⁵⁷ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 401.

¹⁵⁸ Türkiye'nin 2004 yılı itibarıyla akdettiği 67 ikili yatırım anlaşması arasında, sadece üç anlaşmada, "...bir yatırım sözleşmesinin uygulanması veya yorumlanmasından doğan uyuşmazlıklar", ikili anlaşma çerçevesinde doğrudan bir yatırım uyuşmazlığı teşkil eden bir husus olarak düzenlenmiştir. Bunlar; Türkiye-ABD, M. 6/1-a, (RG: 13.8.1889-20251); Türkiye-Gürcistan, M. 7/1-a, (RG: 4.6.1995-22303); Türkiye-Büyük Britanya/Kuzey İrlanda, M. 8/1-b, (RG: 9.3.1996-22631) ikili anlaşmalarıdır.

¹⁵⁹ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 401.

¹⁶⁰ Sözleşmelerde hard ship klozları hakkında bkz.: Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 35-40.

¹⁶¹ Yatırım sözleşmelerindeki klotipleri için bkz.: Sornarajah, **Foreign Investment Disputes**, s. 47 vd.

¹⁶² İkili yatırım anlaşması veya ikili anlaşma derken devletler arasındaki yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmalarını; yatırım sözleşmesi derken ise, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki anlaşmayı kastettiğimizi hatırlatalım.

sözleşmeleri tercih edilmiştir¹⁶³. Sömürgecilik döneminin ürünleri¹⁶⁴ olan söz konusu imtiyaz sözleşmeleri¹⁶⁵, yerini, daha sonra yapılan ve “ekonomik kalkınma sözleşmeleri” olarak da anılan yeni yatırım sözleşmelerine bırakmıştır¹⁶⁶. Bu sözleşmeler çerçevesinde gerçekleştirilmek istenen yatırımlar, ev sahibi ülkede, hemen her zaman, sadece devletin tekelinde olan faaliyet alanlarına ilişkin olmaktadır. Doğal kaynakların işletilmesi; telekomünikasyon, yol yapımı gibi altyapının geliştirilmesine ilişkin vb. faaliyet alanları, bu sözleşmelerin konusunu teşkil etmektedir. Söz konusu alanlarda yatırım yapmak isteyen yabancı yatırımcı, ev sahibi devletle tecrübe edeceği ve uzun bir döneme yayılacak olan yatırım ilişkisine, bu sözleşmelerin sağlayacağı koruma altında girmek istemektedir. Ev sahibi devletin egemenlik hakkının üzerlerinde evleviyetle tecelli ettiği bu faaliyet alanlarında¹⁶⁷, yabancı yatırımcı, uzun soluklu yatırımı için, devletin mutlak egemenliğine belirli sınırlar getirmeye çalışmakta ve buna söz konusu yatırım sözleşmelerinin içerdiği kayıtlar aracılığıyla ulaşmayı amaçlamaktadır.

Yabancı yatırımcı, ev sahibi ülkeye girişten önceki aşamada, pazarlık gücünün en yüksek seviyesinde bulunmakta ve yatırımı için en geniş korumayı sağlayabilecek şartları öne sürebilmekte; dolayısıyla, yatırımın geleceği noktasındaki beklentilerini, bu şartlar çerçevesindeki bir akdî düzenlemeyle güvence altına almak istemektedir. Çünkü, yatırımın bir kez gerçekleşmesinden sonra, yatırımcının

¹⁶³ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 231.

¹⁶⁴ İlk yapılan imtiyaz sözleşmelerinde, yabancı yatırımcı, yatırım faaliyetinin tüm aşamalarını koruma altına alırken, ev sahibi devlet imtiyaz kapsamına giren arazi parçası üzerinde egemenlik haklarından vazgeçmekteydi. Bu şekildeki imtiyaz sözleşmelerinin yoğun olarak yapıldığı dönemde, ya ev sahibi devlet kaynak devletin sömürgeciydi veya koruması altındaydı ya da diğer nedenlerle ev sahibi devletin yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu kaynak devlete karşı koyma gücü bulunmamaktaydı. Bununla birlikte, ülkeyi yöneten diktatörlerin, iktidarlarının devamını sağlamak için yabancı sermayeye bağımlı hale geldikleri ve bu yüzden imtiyaz sözleşmeleri akdettikleri örneklerde olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sornarajah, **International Law**, s. 326-327.

¹⁶⁵ Gelişmekte olan ev sahibi devletler, üzerlerindeki yabancı kontrolünden kurtulmaya başlayınca, kendi doğal kaynakları üzerindeki mutlak egemenlik haklarına dayanarak, kendi çıkarlarını hiçe sayan bu imtiyaz sözleşmelerini, ya iptal etme yoluna gittiler, ya da kendi çıkarlarıyla yabancı yatırımcının çıkarlarını dengelemek amacıyla, söz konusu imtiyaz sözleşmelerini yeniden müzakere etmeye başladılar. İmtiyaz sözleşmelerinin değişen şartlara uyarlanması için yeniden müzakeresi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Abba Kolo-Thomas W. Walde, “Renegotiation and Contract Adaptation in International Investment Projects: Applicable Legal Principles and Industry Practises”, *The Journal of World Investment*, Vol. 1, No: 3, July 2000, s. 5-57. ‘yeniden müzakere’ klozları hakkında bkz.: Sornarajah, M.; **Foreign Investment Disputes**, s. 54 vd.

¹⁶⁶ Van Houtte, **International Trade**, s. 226.

¹⁶⁷ Van Houtte, **International Trade**, s. 227.

pazarlık gücü oldukça azalmakta ve yatırımın geleceği ev sahibi devletin ülke içindeki egemenliğe dayalı tasarruflarına fazlasıyla bağlı hale gelmektedir. Ev sahibi devletin, yatırımın ülkeye girişinden sonraki böylesi tedbirlerine karşı, yabancı yatırımcı, ev sahibi devletle akdedeceği yatırım sözleşmesinde **istikrar kaydına** yer vermek istemektedir¹⁶⁸. Bir yatırım sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirilen yatırımların, genellikle, ileri teknoloji gerektiren, geniş istihdam yaratan, yüksek maliyetli yatırımlar olduğu düşünüldüğünde; yabancı yatırımcının ev sahibi devlet karşısındaki sözleşme öncesi pazarlık gücü daha iyi anlaşılacaktır.

Yabancı yatırımcının, sözleşme öncesinde pazarlık gücü yüksek olsa da, aslında, ev sahibi devletle akdedeceği yatırım sözleşmesinde zayıf taraf konumundadır; zira ev sahibi devlet ülkesindeki mallara ilişkin hakları veya bir akdi hakkı etkileme veya değiştirme noktasında, kaynağı devletin ülkesel egemenliği olan yasama yetkisine sahiptir¹⁶⁹. İşte yatırım sözleşmesine konan **istikrar kaydı** ile, yabancı yatırımcı, yatırımın ev sahibi ülkeye girişi anındaki mevcut hukuki ve idari çerçevenin dondurulmasını arzu etmektedir. Böylelikle, yatırımın ülkeye girişinden sonra, ev sahibi devletin yapacağı yasal ve idari değişikliklerin bu yatırım sözleşmesine uygulanmaması teminat altına alınmış olmaktadır¹⁷⁰. Yatırım sözleşmelerinde yer alan istikrar kayıtları, muhtelif hakem kararlarında geçerli ve

¹⁶⁸ Sornarajah, **Foreign Investment Disputes**, s. 50.

¹⁶⁹ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 391-392.

¹⁷⁰ Van Houtte, **International Trade**, s. 227.; Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 233.; Yatırım sözleşmelerinde yer alan istikrar kayıtlarının, bir devleti gelecekte çıkaracağı mevzuatı yatırım sözleşmesine uygulamaması noktasında sınırlandırıp sınırlandırmayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüş, bir devletin egemenliğinden, yatırım sözleşmesine konulacak böyle bir kayıt ile vazgeçmesinin mümkün olmadığını öne sürmektedir. Buna göre bir devlet, yabancı yatırımcının menfaatine olmak üzere kendi yasama ve yürütme yetkilerini sınırlandıramaz. İstikrar kaydı, yabancı yatırımcının ev sahibi devletten aldığı söz nedeniyle kendini güvende hissetmesi noktasında bir işlev görür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sornarajah, **International Law**, s. 329. Diğer bir görüş ise, bir devletin belirli kişiler bakımından egemenlik yetkilerini kullanımı üzerinde kendi rızasıyla yapacağı sınırlamanın, o devletin egemenliğinin bir tezahürü olarak kabul edilebileceğini savunmaktadır. Devletin kendi rızasıyla yaptığı bu sınırlama, BM'nin Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Kararı ile de çelişki halinde değildir. Bununla birlikte, istikrar kaydı, ev sahibi ülkenin yasalarını ve idari uygulamalarını değiştirmemesi de bir sınırlama getirmemekte; sadece, böyle bir değişiklik söz konusu olduğunda, bu değişikliğin istikrar kaydına dayanan yabancı yatırımcılar aleyhine kullanılmayacağını güvence altına almaktadır. Bkz. Van Houtte, **International Trade**, s. 230.

bağlayıcı olarak kabul edilmiştir¹⁷¹. Hakem kararlarında, ev sahibi devletin kendi mevzuatını değiştirmek suretiyle, yabancı yatırımın faaliyetlerine devam edebilmesini zora sokamayacağını **istikrar kaydı** ile teminat alındığı tespit edildikten sonra, bunun, ahde vefa “pacta sunt servanda” ilkesine dayandırıldığı görülmektedir¹⁷².

Yatırım sözleşmelerinde yer verilen kayıtlardan biri olan **hukuk seçimi kaydı**, genellikle, ev sahibi ülke mevzuatının bertaraf edilmesi amacına yöneliktir. Bu sözleşmelerde, yabancı yatırımcı bir başka ülkenin mevzuatını seçmek isteyebilir; fakat bu, ev sahibi ülkelerce hiç de sıcak bakılan bir tercih değildir. Hiçbir devlet, yatırım sözleşmesini, kendi mevzuatından hiyerarşik olarak üstün olacak bir başka ülke mevzuatına tabi kılmaya, kolaylıkla, yanaşmaz. Üstelik, böyle bir seçim, yabancı yatırımcıyı beklediği sonuçlara ulaştırmayabilir; çünkü, bir başka ulusal mevzuat da, kendisine tabi olunan ülkede devletin egemenlik hakkını yabancı yatırımcı karşısında hiç indiriyor olmayacaktır¹⁷³.

Bu sözleşmelerde uluslar arası hukuk seçilebilse dahi, bunun da birtakım teorik güçlükler ihtiva ettiği ortadadır. Çünkü, günümüzde, yatırım ilişkisini düzenleyen ve bu ilişkiye doğrudan uygulanabilecek bir uluslararası hukukun varlığından söz edilemez¹⁷⁴. 1965 tarihli Washington (ICSID) Anlaşmasında da, bir âkit devletle âkit diğer bir devletin vatandaşı yatırımcının üzerinde anlaşacakları hukuka ve de uluslar arası hukuka bir gönderme yapılmaktadır:

¹⁷¹ *AGIP Company v. Popular Republic of Congo* (30.11.1979): ILM., 1982, vol. 21, s. 727; *Liberian Eastern Timber Corporation v. The Government of the Republic of Liberia* (31.3.1986): ILM., 1987, vol. 26, s. 647-679.

¹⁷² Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 234.

¹⁷³ Sornarajah, **International Law**, s. 332.

¹⁷⁴ Uluslar arası hukukun ana kaynakları, Uluslar arası Adalet Divanı Statüsü M. 38/1’de sayılmıştır. Bunlar, uluslar arası anlaşmalar, uluslar arası teamül ve hukukun genel ilkeleridir. Buna göre; birinci olarak, bir devletle yabancı yatırımcı arasındaki yatırım ilişkisini düzenleyen ve uluslar arası hukuk kaynağı olma gücüne ulaşmış bir çok taraflı anlaşma bulunmamaktadır. İkinci olarak, her ne kadar iki taraflı anlaşmalardaki benzer düzenlemeler sebebiyle bir uluslar arası teamülün varlığından söz edilse de, bu genel kabul görmüş bir yaklaşım değildir. Üçüncüsü de “medeni milletlerce kabul edilen hukukun genel ilkeleridir” ki; yatırım sözleşmelerinde, uluslar arası hukuk seçimiyle, bu ilkelere bir gönderme yapılmış olmaktadır. Ayrıca ICSID Anlaşması 42. Maddesinde de Uluslararası Hukuka bir gönderme vardır. Tarafların seçtiği hukukun yanında dengeleyici bir unsur olarak uygulanacaktır.; Uluslar arası Adalet Divanı Statüsü (metin) için bkz. Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 1994, s. 89.

“Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. Anlaşma sağlanamaması halinde Heyet anlaşmazlığa taraf Âkit ülkenin hukukunun (kanunların çatışması halinde uygulanacak kurallar da dahil olmak üzere) ve uluslar arası hukukun uygulanabilir kurallarını uygulayacaktır¹⁷⁵.”

Bu düzenlemeye göre; ev sahibi devletle yabancı yatırımcı arasında **hukuk seçimi kaydı** içeren bir yatırım sözleşmesi olduğunda, hakem heyeti, uyuşmazlığa, tarafların yatırım sözleşmesinde seçtiği hukuk çerçevesinde çözüm getirebilecektir. ICSID Anlaşmasına göre, bir hukuk seçiminin yokluğunda ise, ev sahibi devletin hukuku uygulanacaktır. Bu düzenlemeyle Dünya Bankası, devletlerle özel kişiler arasındaki akitlerde, bir hukuk seçiminin yokluğunda, “âkit devletin hukukunun uygulanacağı” yönündeki klasik anlayıştan ayrılmamaktadır¹⁷⁶. Fakat âkit devletin yerel hukukunun uygulanması, uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarıyla sınırlandırılmaktadır ki; bunlar, BM Adalet Divanı Statüsü’nün 38. maddesinde gönderme yapılan; özellikle “iyi niyet” (*bono fides*), “ahde vefa” (*pacta sunt servanda*), “kazanılmış haklara saygı”, “hakkın kötüye kullanılması yasağı”, “verilen zararın tazmini” vs. gibi “medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk ilkeleri”dir. Bir başka ifade ile, uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan âkit devletin hukuku, söz konusu genel hukuk ilkelerine aykırı düştüğü ölçüde uygulanmayacaktır¹⁷⁷. Yabancı yatırımcı, ev sahibi devletle tecrübe edeceği bir uyuşmazlık durumunda, ulusal mahkemelerin tarafsız davranamayacağı kanaatini taşıdığından, yatırım sözleşmelerinde sıklıkla yer verilen kayıtlardan biri de **tahkim kaydıdır**¹⁷⁸. Bununla birlikte, ulusal hukuk sistemlerinde yatırım sözleşmesi sonrasında gerçekleşebilecek değişiklikler, uyuşmazlıkların ev sahibi devletle sulh yolu ile çözümünün zorluğu, yıllarca süren davalar, yüksek dava ve avukatlık ücretleri ve neticede verilen kararın icrasındaki güçlükler¹⁷⁹ vb. etkenler, yabancı yatırımcı için ulusal mahkemeleri, uyuşmazlıkların çözümü için başvurabileceği bir seçenek olmaktan çıkarmaktadır.

¹⁷⁵ ICSID Anlaşması M. 42/1, (RG: 6.12.1988-19830).

¹⁷⁶ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 389.

¹⁷⁷ Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk** (Milletlerarası Ticarî Tahkim), Ankara, 1986, s. 286. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 390-391. Ayrıca, hukuk seçimi kaydı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 40-55.

¹⁷⁸ Türk hukukunda milletlerarası tahkimin kaynakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Nuray Ekşi, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 1. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2010, s.165-168.

¹⁷⁹ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 207.

Tahkim kurumunun, yabancı yatırımcılar tarafından, bağımsız ve tarafsız bir yargı mercii olarak kabul edilmesi; ulusal mahkemelere nispetle uyuşmazlıkların daha çabuk bir şekilde çözüme bağlanması; genel olarak, uyuşmazlıkların götürüleceği hakemlerin ve tahkim mahkemelerinin yatırım uyuşmazlıklarının çözümü noktasında uzman kişi ve kurumlar olmaları; hakemlerin yatırım ilişkisinin mahiyetiyle bağdaşmayan ulusal hukukların emredici ve kamu düzeni kuralları dışına çıkabilmeleri; yani hakemlerin devlet mahkemeleri anlamında bir *lex fori*lerinin bulunmaması¹⁸⁰ ve taraflar arasındaki sözleşmeyi daha etkin bir şekilde uygulayarak karar verebilmeleri; ulusal mahkeme kararlarına nispetle hakem kararlarının icrasındaki yaygınlık ve kolaylık; tahkim usulünde -hakemlerin aynı zamanda birer uzlaştırıcı olmaları nedeniyle- taraflar arasındaki ilişkilerin daha az tahrip olması gibi etkenler¹⁸¹, yabancı yatırımcı bakımından uluslararası tahkimin tercihe şayan olma sebepleri arasında sayılabilir.

Her türlü ticari uyuşmazlığın çözümü için tercih edilen tahkim yolu¹⁸², yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için de, yine aynı gerekçelerle tercih edilmektedir. Ticari ilişkilerden farklı olarak, uyuşmazlığın bir tarafında mutlaka bir devletin bulunduğu sınır aşan yatırım ilişkilerinde, yargı merciinin bağımsız ve tarafsız olması, yatırımcı taraf için önem arz etmektedir. Dolayısıyla da, ev sahibi devletle yabancı yatırımcı arasında akdedilen yatırım sözleşmelerinin hepsinde **tahkim kaydına** yer verilmektedir. Böylelikle, yatırım sözleşmesinin tarafları arasında çıkabilecek bir uyuşmazlık, sözleşmedeki kayıtlara istinaden, uluslararası hukuka göre çözülmek üzere hakem önüne götürülebilecektir. Yatırım sözleşmelerinde, genellikle ICSID tahkimine atıf yapılmaktadır¹⁸³.

¹⁸⁰ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 44.

¹⁸¹ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 207-210.

¹⁸² Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 207-218.

¹⁸³ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 235.

b. Bir Yatırım Sözleşmesinin Uygulanması veya Yorumlanmasından Doğan Uyuşmazlıklar¹⁸⁴

Bir yatırım sözleşmesinin uygulanmasından veya yorumlanmasından doğan bir uyuşmazlığın, ikili anlaşma çerçevesinde doğrudan bir yatırım uyuşmazlığı olarak ele alınabilmesi için, öncelikle, böyle bir uyuşmazlığın ikili anlaşmada yatırım uyuşmazlığı teşkil eden bir husus olarak düzenlenmiş olması; ikinci olarak da, ikili anlaşmaya taraf olan ev sahibi devletle âkit diğer tarafın vatandaşı yatırımcı arasında bir yatırım sözleşmesinin varlığı gereklidir.

Ev sahibi devletle âkit diğer tarafın vatandaşı yatırımcı arasında bir yatırım sözleşmesi olmakla birlikte, bir yatırım sözleşmesinin uygulanmasından veya yorumlanmasından doğan bir uyuşmazlık ikili anlaşma çerçevesinde doğrudan yatırım uyuşmazlığı teşkil eden bir husus olarak düzenlenmemişse, yatırım sözleşmesi çerçevesinde gerçekleşen bir yatırıma ilişkin uyuşmazlık, ancak ikili anlaşmadaki genel düzenlemeler muvacehesinde ele alınabilecektir. Bu noktada, yatırım **sözleşmesinin kendisinin yatırıma sağlayacağı koruma** ile yatırıma ikili anlaşma çerçevesinde sağlanacak **genel** ve **doğrudan** korumayı birbirlerinden ayırmak gerekir.

(1) Bir Yatırım Sözleşmesinin Kendisinin Yatırıma Sağlayacağı Koruma

Bir yatırım sözleşmesi akdederek yatırımını gerçekleştiren yatırımcının mensubu olduğu devletle ev sahibi devlet arasında bir ikili anlaşma olmayabilir. Bu durumda, yatırım ilişkisi, sadece yatırım sözleşmesindeki düzenlemeye tabi olacaktır. Yatırım sözleşmelerinin genel özelliklerini ve içerdiği kayıtları yukarıda ele almıştık. Buna göre; ev sahibi devletin yatırım sözleşmesinin ihlali niteliği taşıyan

¹⁸⁴ Türkiye'nin 2004 yılı itibariyle akdettiği 67 ikili yatırım anlaşması arasında, sadece üç anlaşmada, "...bir yatırım sözleşmesinin uygulanması veya yorumlanmasından doğan uyuşmazlıklar", ikili anlaşma çerçevesinde doğrudan bir yatırım uyuşmazlığı teşkil eden bir husus olarak düzenlenmiştir. Bunlar; Türkiye-ABD, M. 6/1-a, (RG: 13.8.1889-20251); Türkiye-Gürcistan, M. 7/1-a, (RG: 4.6.1995-22303); Türkiye-Büyük Britanya/Kuzey İrlanda, M. 8/1-b, (RG: 9.3.1996-22631) ikili anlaşmalarıdır.

müdahalelerine karşı, yabancı yatırımcı, sözleşmede seçilen hukuk ve uyuşmazlık çözüm yolları çerçevesinde tahkime başvurabilecektir.

Fakat, ev sahibi devlet için, yatırım sözleşmesi çerçevesinde gerçekleşen bir yatırıma müdahale sebebiyle, -kaynak devletin kendi vatandaşı yatırımcı için diplomatik himaye yoluna başvurması ihtimali dışında- doğrudan bir uluslararası sorumluluk doğmayacaktır. Kaynak devletin diplomatik himaye hakkı ise, devletlerin uluslararası hukukça tanınan “vatandaşına belli bir biçimde davranılmasını isteme hakkı”na dayanmaktadır¹⁸⁵.

(2) Bir Yatırım Sözleşmesiyle Gerçekleştirilen Yatırımlara İkili Anlaşma Çerçevesinde Sağlanacak “Genel” Koruma

Bir yatırım sözleşmesiyle gerçekleştirilen yatırımlara ikili anlaşma çerçevesinde sağlanacak korumanın “genel” bir koruma olması, ikili anlaşmada yatırım sözleşmelerini “doğrudan” koruma altına alan bir düzenlemenin olmaması durumuna ilişkindir. Böyle bir durumda, yabancı yatırımcı, ev sahibi devletle aralarındaki sözleşmenin yatırıma sağlayacağı korumanın yanında, mensubu olduğu devletle ev sahibi devlet arasındaki ikili anlaşmanın sağladığı korumadan da istifade edebilecektir. Fakat bu korumanın kapsamı, ev sahibi devletin yatırım sözleşmesinde yabancı yatırımcıya karşı bulunduğu taahhütleri en geniş manada güvence altına alamayacaktır. Ev sahibi devletin, yatırıma karşı, yatırım sözleşmesine aykırılık teşkil eden bir müdahalesi, ancak, ikili anlaşmayı da ihlal eder nitelikte olduğu takdirde, yabancı yatırıma doğrudan ikili anlaşma çerçevesinde bir koruma sağlanabilecektir. Bu tip bir genel koruma, devletler arasında ikili yatırım anlaşmaları akdedilmesinin genel mantığıyla da tenasüp halindedir¹⁸⁶. Çünkü söz konusu anlaşmaların amacı, yukarıda zikrettiğimiz üzere¹⁸⁷, yatırımı, herhangi bir

¹⁸⁵ Devletlerin diplomatik himaye yoluna başvurabilmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sevin Toluner, “Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi”, 4. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 1996, s. 359-372.

¹⁸⁶ Çal, **Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku**, s. 237.

¹⁸⁷ Bkz.: Yukarı s. 32. Dipnot: 114 vd.

yatırımın karşı karşıya kalabileceği ticari risklere karşı değil, devletlerin egemenlik haklarının tezahürü olan siyasi risklere karşı korumaktır.

Ev sahibi devletin yabancı yatırıma el atmasının yatırım sözleşmesiyle birlikte ikili anlaşmayı da ihlal etmesi, sonuçları bakımından önemlidir. Çünkü, böyle bir durumda ortaya çıkan uyuşmazlık, sadece yatırım sözleşmesinin tarafları arasındaki bir uyuşmazlık olmaktan çıkıp, âkit devletler arasındaki bir uyuşmazlık haline gelecek ve ev sahibi devlet için uluslararası bir sorumluluk söz konusu olabilecektir.

(3) Bir Yatırım Sözleşmesiyle Gerçekleştirilen Yatırımlara İkili Anlaşma Çerçevesinde Sağlanacak “Doğrudan” Koruma

Bir yatırım sözleşmesiyle gerçekleştirilen yatırımların ikili anlaşma çerçevesinde “doğrudan” korunabilmesi için, söz konusu ikili anlaşmada yatırım sözleşmesine ilişkin bir düzenlemenin olması gerekir. Bu düzenleme, Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında ana hatlarıyla aşağıdaki şekildedir:

“Bir Âkit Tarafın yabancı yatırımlarla ilgili makamı ile diğer Âkit Tarafın vatandaş veya şirketi arasındaki herhangi bir yatırım sözleşmesinin uygulanması veya yorumlanmasından doğan uyuşmazlıklar¹⁸⁸,”

Bu düzenlemeye göre; ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki herhangi bir yatırım sözleşmesinin uygulanması veya yorumlanmasından doğan uyuşmazlıklar, ikili anlaşma çerçevesinde bir yatırım uyuşmazlığı olarak ele alınacaktır. Fakat, ev sahibi devletle yabancı yatırımcı arasında bir yatırım sözleşmesi olduğunda, yatırım ilişkisinin tabi olacağı düzen, öncelikle taraflar arasındaki söz konusu akdî düzen olmalıdır.

Yatırım sözleşmelerinin içerdiği kayıtlar, başlangıcından sonuna kadar yatırım ilişkisinin tabi olacağı düzen noktasında belirleyici olmaktadır. Yatırım

¹⁸⁸ Bkz. Türkiye-ABD, M. 6/1-a, (RG: 13.8.1889-20251); Türkiye-Gürcistan, M. 7/1-a, (RG: 4.6.1995-22303); Türkiye-Büyük Britanya/Kuzey İrlanda, M. 8/1-b, (RG: 9.3.1996-22631).

sözleşmesinin ev sahibi devletin hukukuna tabi olacağı durumlarda, sözleşmeye konan istikrar kaydı, yatırımın ev sahibi ülkeye girişi anındaki mevcut hukuki ve idari çerçevenin dondurulmasını ve ev sahibi devletin sözleşme sonrasında yapacağı yasal ve idari değişikliklerin bu yatırım sözleşmesine uygulanmamasını sağlayacaktır¹⁸⁹. Yine, yatırım sözleşmesinde, sözleşmenin, “hukukun genel ilkeleri” ve “sanayide geçerli olan standartlar” (*lex mercatoria*) gibi ulusal hukuk dışındaki bazı ilke ve standartlara tâbi tutulacağına ilişkin bir hukuk seçimi kaydı yapılarak ev sahibi devletin hukuku ve tahkim kaydı ile de, ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık durumunda ev sahibi devletin ulusal mahkemeleri bertaraf edilebilmektedir¹⁹⁰.

Yatırım sözleşmelerinin yabancı yatırıma sağladığı bu geniş kapsamlı koruma, söz konusu ikili yatırım anlaşmalarındaki düzenleme ile daha da pekiştirilmektedir. Çünkü bu ikili anlaşmalardaki düzenlemeye göre; böyle bir “yatırım sözleşmesinin uygulanması veya yorumlanmasından doğacak uyuşmazlıklar¹⁹¹”, anlaşma çerçevesinde “doğrudan” bir yatırım uyuşmazlığı olarak kabul edilebilecektir. Bunun anlamı; ev sahibi devletin bir yatırım sözleşmesi ile yabancı yatırımcıya karşı üstlendiği yükümlülüklerin ikili anlaşma çerçevesinde “doğrudan” güvence altına alınması, dolayısıyla da, ev sahibi devletin söz konusu yükümlülüklerinin devletler arasındaki bir yükümlülük düzeyine ulaşmasıdır¹⁹².

Örneğin, Türkiye-Avusturya yatırım anlaşmasının "Diğer Yükümlülükler" başlıklı 8. maddesi tipik bir şemsiye klozu olup, ev sahibi devletin diğer akit devletin yatırımcısı ile yapmış olduğu yatırım sözleşmesinden doğan borçlarını, ev sahibi devletin ikili anlaşma kapsamında uluslararası borcuna dönüştürmektedir. Bunun sonucu olarak da, salt akdî hakların ihlali de bu hüküm sayesinde ikili anlaşmadaki uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ICSID tahkimine götürülebilecektir. İlgili hüküm aynen şöyledir:

¹⁸⁹ Sornarajah, **Foreign Investment Disputes**, s. 50 .

¹⁹⁰ Sornarajah, M.; **Foreign Investment Disputes**, s. 48-49.

¹⁹¹ İkili anlaşmalardaki; “... *uygulanmasından* ve *yorumlanmasından* doğan uyuşmazlıklar” şeklindeki birbirini tamamlayıcı düzenleme tarzına ilişkin “yatırım müsaadesi” bahsinde belirttiğimiz yaklaşım, “yatırım sözleşmeleri” için de geçerlidir. Bkz. yukarı, s.52-54.

¹⁹² Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 172.

"Akit taraflardan herbiri, ülkesinde kendisince kabul edilen yatırımlara ilişkin olarak diğer Akit Tarafın bir yatırımcısına karşı girmiş olabileceği mukavele yükümlülüklerini yerine getirecektir."

Bu hükümle aslında, ev sahibi devlet yatırım sözleşmesini ihlal ettiğinde, aynı zamanda ikili yatırım anlaşmasının ihlal edildiği de iddia edilebilecektir¹⁹³.

Öte yandan, ev sahibi devletin, yabancı yatırımı, kamu yararı gerekçesiyle, ayrımcı olmayan bir biçimde ve tazminat eşliğinde kamulaştırması, bütün ikili anlaşmalarda hukuka uygun kabul edilmektedir. Fakat, mezkur şartlar altında hukuka uygun olan bu tedbirin, ev sahibi devletle yabancı yatırımcı arasında bir yatırım sözleşmesi varsa ve bu tedbir sözleşmeyi ihlal ediyorsa, hukuka aykırı olduğu savunulmaktadır¹⁹⁴.

Ev sahibi devlet yatırım sözleşmesini iki türlü ihlal edebilir: Ya ayrımcı olmayan bir şekilde, genel olarak başvurduğu el atma eylemi, yatırım sözleşmesinin ihlali sonucunu doğurur ki, burada zaten açık bir kamulaştırma veya millileştirme tedbiri vardır ve tedbirlerin uygulanması yatırım sözleşmesini de ihlal eder; ya da devlet yatırım sözleşmesindeki yükümlülüklerini yerine getirmez ki, burada amaç, ev sahibi devlet tarafında açıkça kabul edilmese de, yatırımcının işletmesine ve varlıklarına el atmaktır. İkinci ihtimalde, yatırım sözleşmesinin ev sahibi devlet tarafından ihlal edilmesi, somut uyuşmazlığın özelliğine göre kamulaştırma veya millileştirme olarak kabul edilmektedir¹⁹⁵.

Şunu ifade etmek gerekir ki; ikili anlaşmalarda bu tip şemsiye klozlara yer vermekle, aslında ikili anlaşmaların koruma kapsamı dışında olması gereken ticari nitelikteki uyuşmazlıklara uluslararası hukukun himayesini temin etme gayesi güdülmektedir. İkili anlaşmalarda bu tip hükümlere yer verme gayretindeki gelişmiş

¹⁹³ Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, dipnot 428, s. 172.

¹⁹⁴ Sornarajah, böyle tedbirlerin hukuka aykırı olduğunu savunanların, hukuka aykırılık noktasında aşırı vurgu yapmamakla birlikte, bir yatırım sözleşmesinin ihlal edilmesi sebebiyle, daha yüksek standartlarda bir tazminat arayışında olduklarını ifade etmektedir. Bkz. Sornarajah, **International Law**, s. 323. Tiryakioğlu, daha yüksek standartlarda bir tazminat hedefinin, hem mevcut zararı, hem de yoksun kalınan kârı kapsadığını ifade etmektedir. Bkz.: Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 236.

¹⁹⁵ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 236-237.

devletlerin eğilimi bu yöndedir. Türkiye'nin sermaye ihraç eden ülkelerle akdettiği anlaşmaların önemli bir kısmında da anılan türde şemsiye klozlara¹⁹⁶ yer verildiği göze çarpmaktadır. Şemsiye klozlara yer verilen anlaşmaların hemen hepsinin 2000 yılı öncesinde imzalanıp yürürlüğe girmiş olması da dikkat çeken bir diğer husustur. Türkiye'nin son dönemde akdettiği anlaşmalarda bu tip şemsiye klozlara yer verilmediğinden hareketle, bu dönem müzakereleri sırasında anılan hükümlerin mahsurlarının farkına varıldığı sonucuna varabiliriz¹⁹⁷.

3. Bir İkili Anlaşma ile Verilen ya da Yaratılan Herhangi Bir Hakkın İhlali İddiasına Dayanan Uyuşmazlıklar

Türkiye'nin taraf oldukları da dahil, birçok ikili yatırım anlaşmasında, yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne hasredilen madde altında, yatırım uyuşmazlığı teşkil eden bir husus olarak, söz konusu hükme yer verilmektedir¹⁹⁸. Bu düzenlemeye göre; âkit ev sahibi devletle âkit diğer devletin vatandaşı yatırımcı arasında, bir yatırımla ilgili olarak, ikili anlaşma ile verilen ya da yaratılan herhangi bir hakkın ihlali iddiasına dayanan bir uyuşmazlık, söz konusu ikili anlaşma çerçevesinde bir yatırım uyuşmazlığı olarak ele alınacaktır.

Bu düzenleme tarzının daha geniş bir yabancı yatırımcı grubuna etkin bir koruma sağladığı kanaatindeyiz; çünkü yatırım uyuşmazlıklarının tamamı taraflar arasındaki akdî ilişkiden kaynaklanmaz. Bu sebeple, çok defa önceden bir sözleşme yaparak yatırımlardan doğan uyuşmazlıklarla ilgili özel bir usul öngörmek fiilen ve hukuken mümkün olmaz. Meselâ ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya millî şirketlere nispetle farklı muamele yapmasından yabancı yatırımcının yatırım müsaadesini iptal etmesinden, gerçek bir tazminat veya bedel ödemediğinden mallarını kamulaştırmasından, el koymadan, ihtilal veya isyan gibi olaylardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konusunda önceden yapılacak sözleşmelerle bir ihtilaf

¹⁹⁶ Şemsiye klozlar (hükümler) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Çal, **Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku**, s. 314-354.

¹⁹⁷ Çal, **Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku**, s. 238-239, 338-339.

¹⁹⁸ Örneğin bkz. "Bir yatırımla ilgili olarak, işbu anlaşma ile verilen ya da yaratılan herhangi bir hakkın ihlali iddiası", Türkiye-Belçika/Lüksemburg, m. 9/1 (b) (RG: 8.10.1989-20306).

çözme usulünün kararlaştırılması fiilen mümkün olmaz. Bu itibarla taraflar arasındaki yatırım sözleşmesinde ihtilafların halline dair özel bir usul öngörülmemiş ise veya somut ihtilaf bu sözleşmenin dışında kalmakta ise, yatırım uyuşmazlıkları ev sahibi devletle yatırımcıların mensup olduğu devlet arasında akdedilen ikili yatırım anlaşmasında yer alan ihtilaf çözme usulüne te'ab'an karara bağlanacaktır¹⁹⁹.

Bu kapsamda değerlendirilebilecek yatırım uyuşmazlıklarını incelemeye geçmeden önce, ikili anlaşmalarda “yatırım”ın ne olduğuna ilişkin genel düzenlemeyi; lehine hak yaratılan “yatırımcı”nın ne şekilde âkit devlet vatandaşı olarak kabul edileceğini; ikili anlaşmalarda verilen ya da yaratılan hakların neler olduğunu; dolayısıyla devletin ne gibi tasarruflarının ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde yatırım uyuşmazlığı teşkil edeceğini incelemek yerinde olacaktır.

a. İkili Anlaşmalarda “Yatırım” ve “Yatırımcı”

Yatırım uyuşmazlıklarının çözüm şeklini de içeren Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında, ‘yatırım’dan neyin kastedildiği tanımlanmıştır²⁰⁰. “yatırım” terimi karşılığı olarak; “...her türlü varlığı ve sınırlayıcı olmamakla beraber özellikle aşağıdakileri kapsar²⁰¹” şeklinde standart formüller kullanılmaktadır. Korunacak yatırımların sınırlayıcı olmayan listesi ise, genellikle, aşağıdakileri ihtiva etmektedir:

- Hisseler, tahviller ya da şirketlere iştirakin diğer şekilleri,
- Yeniden yatırımda kullanılan gelirler²⁰², para alacakları veya bir yatırımla ilgili mali değer taşıyan ve yasalara uygun olarak kabul edilen diğer haklar²⁰³,

¹⁹⁹ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 402.

²⁰⁰ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 400.

²⁰¹ Örneğin bkz. Türkiye-Arnavutluk, m. 1/2 (a), (RG: 27.6.1996-22679).

²⁰² Gelirler Kavramı, bir yatırımdan elde edilen, kar, faiz, temettü gibi hasılatları ifade etmektedir. Bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin, **Milletlerarası Tahkim**, s. 89.

²⁰³ Örneğin, ICSID hakem mahkemesi, *Fedax v Venezuela* davasında bononun bir ödünç veya bir kredi aracı olduğunu; bu yüzden ikili anlaşmalardaki ‘her türlü değer’, ‘para alacakları’ şeklindeki yatırım tanımlarına girdiklerinden bahisle, taraflar arasındaki uyuşmazlığın bir yatırımdan

- Taşınır ve taşınmaz mallar ile ipotek, tedbir ve rehin gibi mal varlığına ilişkin haklar ve malın bulunduğu ülkedeki âkit tarafın kanunlarına göre tanımlanan benzeri diğer haklar²⁰⁴,
- Patent, lisans, sınai tasarım, telif hakları, teknik işlemler, ticari markalar gibi sınai ve fikri haklar; peştemaliye, *know-how* ve benzeri haklar,
- Doğal kaynaklar, araştırma, işleme, çıkarma veya kullanma gibi konularda yasalara uygun olarak akdedilmiş sözleşmeler uyarınca sağlanan imtiyazlar.

Listede görüleceği üzere, fikri ve sınai mülkiyet hakları, imtiyaz sözleşmeleri ve benzer haklar “yatırım” tanımı içine sokulmaktadır. Bu yüzden, gayri maddi hakların ev sahibi devletin kanunlarına tabi olması sebebiyle uluslararası hukuk tarafından korunmayacağına dair eski yaklaşımın, yeni yatırım anlaşmalarıyla bertaraf edildiği ifade edilmektedir²⁰⁵.

Türkiye’nin taraf oldukları da dahil, hemen hemen tüm ikili anlaşmalarda “**yatırımcı**” olarak ilk sırada gerçek kişiler gösterilmekte ve gerçek kişiler bakımından, genellikle, tek bir tanım yapılmaktadır: “Âkit taraflardan birinin yürürlükteki kanunlarına göre vatandaş sayılanlar”ın ikili anlaşma çerçevesinde “**yatırımcı**” olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir²⁰⁶. Nadiren de olsa, bazı ikili anlaşmalarda, her bir âkit devlet için ayrı olmak üzere, iki tanıma yer verilmiştir²⁰⁷.

İkili anlaşmalarda, gerçek kişiler dışındaki **yatırımcılar**, âkit taraflardan birinin mevzuatına uygun olarak kurulan ve genel idare merkezi söz konusu âkit ülkede bulunan şirketler, firmalar ve iş ortaklıklarıdır.

kaynaklandığına ve Merkezin yetkisine hükmetmişlerdir. Bkz.: Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s.158.

²⁰⁴ Örneğin bkz. Türkiye-Danimarka, m. 1/1 (a) (RG: 27.5.1992-21240).

²⁰⁵ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 168.

²⁰⁶ Örneğin bkz. Türkiye-Bulgaristan, m. 1/2 (a), (RG: 4.5.1997-22970).

²⁰⁷ Örneğin bkz. Türkiye-Federal Almanya, m. 8, (RG: 8.10.1963-11525); Türkiye-Büyük Britanya/Kuzey İrlanda, m. 1/c, (RG: 9.3.1996-22631); Türkiye-Küba, m. I/1 (a), (RG: 15.9.1999-23817); Türkiye-İsrail, m. 1/3, (RG: 2.9.1998-23451).

Âkit taraflar, bir şirketin tabiiyeti konusunda aynı ölçüyü benimsediklerinde, tek bir tanım; diğer durumlarda, her bir âkit taraf için ayrı ayrı şirket tanımları verilmektedir. Gerçek kişilerin vatandaşlığı noktasındaki belirginliğin aksine, şirketlerin bir devlete aidiyeti²⁰⁸ hususunda, ekonomik ve hukuki mülahazaların etkin bir rol oynadığı değişik yaklaşımlar söz konusudur²⁰⁹. Bu yüzden, hangi şartları taşıyan şirketlerin bir ikili anlaşma çerçevesinde “yatırımcı” sıfatını haiz olacağı âkit taraflarca belirlenmekte ve bunu belirlemede de, genellikle, üç temel ölçü kullanılmaktadır: Kuruluş yeri, merkez yeri ve şirketlerin kontrolü sistemi.

Türkiye'nin taraf olduğu ikili anlaşmalarda da, anlaşmanın kapsamını sınırlamak için²¹⁰, bazen bu ölçülerden ikisi (kuruluş yeri ve merkez yeri) bir arada kullanılmakta²¹¹, bazen de kuruluş yeri²¹² ya da merkez yerinden²¹³ biri kabul edilmekte ve kontrol sistemi²¹⁴ de alternatif olacak şekilde kullanılmaktadır. Böyle bir durumda ise, “yatırımcı”ya ilişkin düzenleme noktasında anlaşmanın kapsamı genişlemektedir²¹⁵. Çünkü, şirketin tabiiyetini belirleme de kontrol sistemine de yer verilen ikili anlaşmalarda, anlaşmanın tarafı olan devletlerden birinin vatandaşı olan şirketler, aslında, diğer taraf devletin vatandaşları veya şirketlerince kontrol ediliyorsa, bir yatırım uyuşmazlığı ortaya çıktığında yabancı gibi muamele göreceklendir²¹⁶.

²⁰⁸ Vatandaşlık kavramı ve tüzel kişilerin vatandaşlığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: B. Bahadır Erdem, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 1. bs., Beta Yay., İstanbul, 2007 s. 3-12; s.25 vd.

²⁰⁹ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 169.

²¹⁰ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 170.

²¹¹ Örneğin, Türkiye'nin Gürcistan, Pakistan, Arnavutluk,, Hırvatistan ve Küba ile yaptığı ikili anlaşmaların 1. maddelerinde, “yatırımcı” başlığı altında tanım verilirken kuruluş yeri ve merkez yeri sistemi birlikte kabul edilmiş ve “Taraflardan her birinin yürürlükteki mevzuatı çerçevesinde kurulmuş ve merkezi o Tarafın ülkesinde bulunan şirketler, firmalar ve iş ortaklıkları” yatırımcı olarak tanımlanmıştır.

²¹² Sadece kuruluş yerini benimseyen anlaşmalara örnek olarak; Türkiye-Çin Halk Cumhuriyeti, m. 1/a, (RG: 1.5.1994-21921); Türkiye-Kore Cumhuriyeti, m. 1/4, (RG: 16.7.1994-21922), Türkiye-Romanya, m. 1/a, (RG: 16.7.1994-21922), anlaşmaları gösterilebilir.

²¹³ Türkiye-Federal Almanya, m. 8/4 (a-b), (RG: 8.10.1963-11525).

²¹⁴ Kontrol sistemini benimseyen anlaşmalara örnek olarak; Türkiye-ABD, m. VI/6, (RG: 13.8.1989-20251); Türkiye-Japonya, m. 11/3, (RG: 16.1.1993-21467); Türkiye-Hollanda, m. 8/4, (RG: 8.9.1989-20276); Türkiye-İsviçre, m. 8/4, (RG: 6.10.1989-20304) anlaşmaları gösterilebilir. Türkiye'nin Hollanda ve İsviçre ile akdettiği ikili anlaşmalarda, ICSID Anlaşmasının kontrol sistemine ilişkin 25/2 (b) maddesine doğrudan gönderme yapılmaktadır.

²¹⁵ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 170.

²¹⁶ Nomer, Ekşi, Öztekin, **Milletlerarası Tahkim**, s. 87-88.

b. İkili Anlaşmalar ile Verilen ya da Yaratılan Haklar

İkili anlaşmalar, ‘yatırım’ a getirdikleri tanımlarla, diğer bir ifadeyle, tüketici olmayan bir biçimde nelerin yatırım olduğunu ifade etmekle, ikili anlaşma tarafları arasında bu husustaki muhtemel bir belirsizliğe mahal bırakmayan bir düzenlemeye sahiptir. Her bir ikili anlaşmada belirtilen ‘yatırım’lardan doğan uyumsuzluklar, ikili anlaşma çerçevesinde ‘yatırım uyumsuzluğu’ olarak kabul edilecektir²¹⁷. Fakat, eğer ev sahibi ülke, ikili anlaşmada yer almayan başka bir kıymeti “yatırım” sınıfına dahil ederse, söz konusu yatırımdan kaynaklanan uyumsuzluk da ikili anlaşma hükümlerinde öngörülen usul çerçevesinde karara bağlanacaktır²¹⁸.

Devletler, ikili anlaşmalarda, kendi vatandaşlarının yatırımlarına sağlayacakları işlem standardı üzerinde anlaşmayı amaçlamaktadırlar. Bu açıdan, ikili anlaşmaların yatırımlara sağlanacak muamele konusunda uluslararası teamül hukukunda mevcut olan belirsizliğin izalesine katkıda bulunduğu da söylenebilir. Çünkü ikili anlaşmayla yatırımlara sağlanan muamele ev sahibi devlet ile kaynak devlet arasında uluslararası sorumluluk doğuran bir anlaşma borcu haline gelir. Bu anlaşmalarda, yatırımlara yapılacak muamele konusunda üç ayrı kıstas kullanıldığı görülmektedir. Adil ve hakkaniyete uygun işlem standardı²¹⁹, ulusal işlem standardı ve en çok gözetilen ulus kaydı²²⁰. Bunlar alternatif olarak kullanılabilirdiği gibi, aynı anlaşmada bir arada da kullanılabilir²²¹.

²¹⁷ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 400-401.

²¹⁸ Nomer, Ekşi, Öztekin, **Milletlerarası Tahkim**, s. 89.

²¹⁹ Adil işlem standardının ev sahibi devlet tarafından sağlanmış olması ulusal işlem standardından sapmaya izin verebilir. Örneğin bütün yabancı yatırımcılara aynı şekilde muamele edilmesi ev sahibi devletçe yeterli görülebilir. Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 174.

²²⁰ En çok gözetilen Ulus Kaydı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Aysel Çelikel; Günseli Öztekin Gelgel; **Yabancılar Hukuku**, 16. bs. Beta Yay., İstanbul, 2010, s. 60-62.

²²¹ Örneğin, Türkiye'nin İsrail (m. 3) ile yaptığı yatırım anlaşmasında en çok gözetilen ulus kaydı ve ulusal işlem standardı tüm yatırım sürecini kapsayacak biçimde birlikte kullanılmıştır. Buna karşılık, bazı anlaşmalarda yatırımın girişi için sadece en çok gözetilen ulus kaydına atıf yapılırken, yatırımın girişinden sonra tâbi olacağı muamele bakımından ise, ulusal işlem ve en çok gözetilen ulus kaydı alternatif olarak kullanılmıştır. Bu durumda, yatırım için bu standartlarda hangisi daha avantajlı ise, o kullanılacaktır. Örneğin bkz.: Türkiye'nin Küba (m. II/1 ve 2) ve Makedonya (m. II/2 ve 3) ile yaptığı yatırım anlaşmaları. Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 173.

Günümüzde, ekonomik ayrıcalıkların çoğuna vatandaşlarına hasreden özellikle gelişmekte olan devletlerin ev sahibi ülke olarak anlaşmanın tarafı olması halinde ulusal işlem standardı yabancı yatırımcılar için avantajlar sağlayabilir. Zira ulusal işlem standardı, yabancı yatırımcılara yerli yatırımcıların sahip olabileceği ayrıcalıkları talep etme imkanını tanımaktadır. Yine, en çok gözetilen ulus kaydı, âkit devletlerden biri tarafından üçüncü devletlerin vatandaşlarına sunulabilecek tercihe şayan bir muameleden taraf devletlerin vatandaşlarının yararlanmasını mümkün kılar. Bir ikili anlaşma bu iki kaydı birlikte içerdiğinde, ulusal işlem kaydı yabancı yatırımcılar ile yerli yatırımcılar arasında eşitliği sağlarken, en çok gözetilen ulus kaydı yabancı yatırımcılar arasında eşitliği sağlamaktadır²²².

4. Kamulaştırma veya Millileştirmelerden Doğan Uyuşmazlıklar

Türkiye'nin akdetmiş oldukları da dahil, bütün ikili yatırım anlaşmalarında kamulaştırma ve tazminata ilişkin hükümler bulunmaktadır. İkili yatırım anlaşmalarında genellikle, kamulaştırma²²³, millileştirme ve benzer sonuçlar doğuran tedbirler tanımlanmamaktadır. Bu anlaşmalarda bir tanım yapılmamasının sebebi, ev sahibi devletlerin kamulaştırma ve millileştirme²²⁴ ile aynı etkiyi doğuran birçok tedbiri aldıktan sonra, bunların kamulaştırma olmadığını iddia etmesi ihtimalidir. Bu tür tedbirler, 'dolaylı', 'sürüngen'²²⁵ kamulaştırma olarak adlandırılmaktadır. Bu nedenle ikili yatırım anlaşmalarındaki kamulaştırma ile ilgili hükümler genellikle

²²² Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 174.

²²³ Anayasanın 46. Maddesine göre, kamulaştırma, devlet ve kamu tüzel kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılığını peşin ödemek şartıyla özel mülkiyette bulunan taşınmaz bir malın tamamına veya bir kısmına, kanunda gösterilen esas ve usullere göre zorla el atmasıdır.

²²⁴ Genel olarak kamulaştırma, kamu yararı amacıyla alınan münferit tedbirleri, millileştirme ise mal varlığı veya menfaatlerin kamu alanına transferi amacıyla idari veya yasal bir eyleme dayanılarak ortaya konan geniş kapsamlı tedbirleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bkz.: Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, dipnot 673, s. 177.

²²⁵ 'creeping expropriation' olgusunun ve 'any measure or series of measures the effect of which would be tantamount to expropriation or nationalisation' ifadelerinin ABD'nin akdettiği ikili anlaşmalarda bulunmasının gözetildiği ifade edilmektedir. Sornarajah, *International Law*, s. 254. Örneğin bkz.: Türkiye-ABD Yatırım anlaşmasında, " Yatırımlar, kamu yararı amacı ile yapılacaklar dışında ve ayrım gözetmeyecek biçimde ve yeterli ve etkin tazminatın zamanında ödendiği ve yürürlükteki mevzuata ve madde II (2) de konu edilen genel prensiplere uygun olarak hareket edildiği haller dışında dolaylı veya doğrudan doğruya kamulaştırılmayacak veya devletleştirilmeyecek veya kamulaştırma veya devletleştirilmeye eşit işlemlere tabi tutulmayacaktır." Bkz.: m.3/1, (RG 13.8.1989-20251)

millileştirme ile aynı etkiyi doğuracak dolaylı tedbirleri de içermekte ve hepsi için aynı hukuki koruma sağlanmaktadır²²⁶.

İkili yatırım anlaşmalarına göre, yabancıların mal varlığını kamulaştırmanın (ikili anlaşmalarda yatırıma her türlü el atma bu terim ile karşılanmaktadır) niteliğine göre hukuka uygun olup olmadığı da değişmektedir. Ev sahibi devletin yaptığı kamulaştırmanın ayrımcı olmaması ve kamu yararı gerekçesine dayanması hususunda, bütün ikili yatırım anlaşmalarında²²⁷, mutabakat vardır. Kamulaştırmanın hukuka uygunluğu bakımından aranan kamu yararı sınırlaması ev sahibi devletin takdirine bağlıdır. Bir millileştirme, kapsayıcı değil de ayrımcı bir tarzda uygulanıyorsa hukuka aykırıdır; fakat ayrımcı olmadığında ve görünür ekonomik bir sebebin olması durumunda, ev sahibi devlet ekonomik gerekçeye dayanacağından, ayrımcılığın ileri sürülmesi zor olacaktır. Kamu yararı bakımından bu açık belirsizliğe rağmen, bütün ikili anlaşmalarda bu koşul, “kamu menfaati lehine”, “ulusal amaç”, “kamusal amaç”, “kamunun kullanımı”, “ulusal savunma” gibi değişik adlar altında da olsa yer almaktadır. Ayrımcı olmama şartı ise tüm ikili anlaşmalarda yer almaktadır. Bazı anlaşmalar, kamulaştırmanın ayrımcı olamayacağını belirtmekle yetinirken²²⁸, bazıları²²⁹ da en çok gözetilen ulus kaydına bu hususta ayrıca yer vermektedirler²³⁰.

İkili anlaşmaların ezici çoğunluğunda, kamulaştırmaların usul kurallarına uygun olarak yapılması hususunda da hükümler bulunmaktadır²³¹. Bir ikili

²²⁶ Örneğin, Türkiye ile Büyük Britanya ve zey İrlanda Birleşik Krallığı arasındaki Yatırım Anlaşmasının 5. Maddesinde, yatırımlar “dolaylı veya doğrudan doğruya millileştirilmeyecek veya kamulaştırılmayacak ya da millileştirme veya kamulaştırmaya eşit etkide bulunan işlemlere tabi tutulmayacaktır,” hükmü yer almaktadır. Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 178.

²²⁷ Bu anlaşmalarda uluslararası teamül hukukunun yaratıldığı iddiası yerinde değildir; fakat devletin kamulaştırma vb. tedbirlerine ilişkin bu anlaşmalarda getirilen sınırlamalar, bu konuda mevcut olan teamül hukukunu güçlendirmektedir. Bkz.: Sornarajah, **International Law**, s. 253. Ayrıca Milletlerarası örf ve adet hukukunda ülkede bulunan yabancıya yapılması gereken muamelenini hukuki esasıyla ilgili başlıca görüşler hakkında bkz.: Toluner, **Dış Politika Sorunları**, s. 256-259.

²²⁸ Örneğin, bkz.: Türkiye-Büyük Britanya/Kuzey İrlanda, m. 5/1, (RG: 9.3.1996-22631)

²²⁹ Örneğin, bkz.: Türkiye-Avusturya, m. 4/3 (RG: 10.2.1991-20782), Türkiye-ABD m. 3/1 (RG 13.8.1989-20251)

²³⁰ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 178-179.

²³¹ Bu şart, Türkiye'nin akdettiği anlaşmalarda değişik terimlerle ifade edilmektedir. Türkiye-Hollanda anlaşmasının 5/a maddesinde “hukuki usullere uygun olarak”; Türkiye-Litvanya

anlaşmada bu koşul, yatırımcıya önceden bilgi verilmesini, kamulaştırma yapılmadan önce adil bir duruşma yapılmasını ve kamulaştırma kararının tarafsız makamlar tarafından alınmasını, makul bir sürenin tanınmasını ve benzeri güvenceleri temin amacına matuftur. Usul kurallarına uygunluk standardının, kamulaştırma kararının yargısal veya idari denetimi koşulunu da içerdiği bazı ikili anlaşmalarda belirtilmiştir²³².

Türkiye'nin akdetmiş oldukları da dahil, birçok ikili yatırım anlaşmalarında kamulaştırma durumunda ödenecek tazminatın niteliği için “anında, yeterli ve etkin²³³” ibarelerine yer verilmektedir. Bunun açıklayıcısı olarak da, tazminatın, kamulaştırmanın kamu bilgisi haline gelmesinden evvelki piyasa değerine eşit, kamulaştırma tarihinden itibaren faiz işleyecek ve serbestçe transfer edilebilecek olmasına değinilmektedir²³⁴. Dolayısıyla ikili anlaşmaya diğer yönleriyle uygun olan bir kamulaştırma tedbiri, yabancı yatırımcının tazminata ilişkin şartların gerçekleşmediği iddiasıyla, ikili anlaşma çerçevesinde bir “yatırım uyumsuzluğu” olarak kabul edilecek ve ikili anlaşmadaki uyumsuzluk çözüm yollarına teb'an karara bağlanacaktır²³⁵.

a. Doktrinde ve Uygulamada Görülen Dolaylı Kamulaştırma Türleri

İkili anlaşmalarda tüketici olmayan bir biçimde sayılan, yukarıda belirttiğimiz ‘yatırım’lardan doğan uyumsuzluklar, ikili anlaşma çerçevesinde ‘yatırım uyumsuzluğu’ olarak kabul edilecektir²³⁶. Yabancı yatırıma el atma türlerinin, devletin sorumluluğunu doğurması ve tazmin edilebilir olmasının ön koşulu, el atma eyleminin doğrudan ya da dolaylı olarak devlete isnat edilebilmesidir. Bu koşullar

anlaşmasının III. Maddesinde ise, “yürürlükteki mevzuata ve bu anlaşmasının II. Maddesinde belirtilen genel prensiplere uygun olarak” ibarelerine yer verilmiştir.

²³² Örneğin bkz.: Türkiye-ABD Anlaşması m. III/3, Türkiye-Çin Anlaşması m.3/3; Türkiye-Romanya Anlaşması m.4/3; Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 180.

²³³ Özellikle ABD'nin akdettiği tüm ikili yatırım anlaşmalarında, ödenecek tazminata ilişkin “prompt, adequate and effective” ibarelerine yer verildiği ifade edilmektedir. Bkz.: Sornarajah, **International Law**, s. 254.

²³⁴ Örneğin bkz.: Türkiye-Arjantin, m. 4/1, (RG:30.3.1995/22243)

²³⁵ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 402.

²³⁶ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 400-401.

gerçekleştikten sonra her bir el atma eyleminin ikili anlaşma çerçevesinde sorumluluk doğurup doğurmayacağını tespiti için ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Kamulaştırma kavramının yabancı yatırımların mülkiyetinin hak sahiplerinin elinden alınması ile sınırlı olmadığı, hem uygulamada hem doktrinde kabul edilmektedir. Mülkiyete dokunmaksızın işletme yönetimine el konulması; mal ve hizmet satışını engellemeye yönelik ayrımcı veya cezai mahiyette vergilendirmeye gidilmesi; mal ve hizmet sunumunun geçici veya sürekli yasaklanması, kâr veya tasfiye bedelleri üzerine cezai mahiyette vergi konulması; verilen izin veya imtiyazın geri alınması; yatırımdan elde edilen kârın paylaşılmasının yasaklanması; yatırım kredi sözleşmelerine yüksek faiz uygulanması; yabancı yatırımcının çalıştırdığı personel maaşlarına fahiş ve zorunlu artış yapılması veya gereksiz personelin işten çıkarılmasının engellenmesi; yabancı yatırımcının hammaddelere ulaşımının engellenmesi; ihracat veya ithalat lisanslarının reddedilmesi²³⁷ ve genel olarak devletin üstlendiği taahhütleri yerine getirmemesi gibi tasarruflar da kamulaştırma benzeri sonuç doğurabilir.

Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarının bazılarında doğrudan ve dolaylı kamulaştırma kavramlarından bahsedilmiştir. Diğer bazı anlaşmalarda ise, kamulaştırma veya devletleştirme benzeri etkiler doğuran uygulamaların kamulaştırma niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Dolaylı kamulaştırma ikili anlaşmalarla mevzuatımıza girmiştir; fakat bu anlaşmalarda dolaylı kamulaştırma sayılan hallerin neler olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır²³⁸. Burada, bu işlemlerin kamulaştırma benzeri kabul edilebilmesi için, ortaya çıkan zararlı işlem arasında sebep-sonuç ilişkisinin kurulabilmesi önem kazanmaktadır. Bu noktada, belli başlı dolaylı kamulaştırma türlerine değinmek yerinde olacaktır.

²³⁷ Ekşi, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s. 476-477.

²³⁸ Ekşi, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s. 478.

(1) Mal Varlığının Zorlama Sonucu Satışı

Yabancı yatırımcı, yatırım yaptığı ülkedeki mal varlığını rızası dışında elden çıkarma durumunda kalabilir. Bunun değişik sebepleri ve görünümleri olabilir. Ev sahibi devletteki iç kargaşa sonucu ortaya çıkan satışa zorlama olayları ile ekonomiyi yerleştirme tedbirleri gibi bazı ekonomik programlar kapsamında yapılan satışa zorlama olayları arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir²³⁹.

İç kargaşa çıktığında, yabancı yatırımcı bütün varlıklarını ucuza satarak ülkeyi terk etmek isteyebilir ya da bütünüyle malvarlığını terk etmek durumunda kalabilir. Devlet, belli bir grup yabancıya derhal ülkeyi terk etmesine yol açacak şartları bizzat yaratmadığı müddetçe, devletin yabancı yatırımcıyı ülkeyi terk etme kararı vermeye zorladığı iddia edilemez²⁴⁰. Yabancıya, ev sahibi devlet makamlarının meydana verdiği fiziki şiddet tehlikesinin bir sonucu olarak mal varlığını satmak zorunda kaldığı birçok olayda, devletin sorumluluğunu doğuran bir el atmanın olduğu kabul edilmiştir. Olayların çoğunda zorlama unsuru genellikle ırk ayrımcılığı ile birlikte bulunmaktadır; dolayısıyla, el atmanın zorlayıcı nitelik taşıdığı için mi, yoksa ırkçı ve ayrımcı amaçlarla yapılması nedeniyle mi hukuka aykırı olduğunu tespit etmek kolay değildir²⁴¹. Satışa zorlama ile sonuçlanan el atmaların, ev sahibi devletin uyguladığı ırk ayrımcılığının bir tezahürü olarak ortaya çıkması durumunda, bunun hukuka aykırı olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, yerel mevzuat, iflasa sürüklenen yabancı bir şirketin, ortaya çıkaracağı işsizlik sorunu gibi ekonomik ve sosyal sebeplerle devralınması yönünde bir tedbir öngörmüş ve bunun sonucunda el atma gerçekleşmişse bu tazminatı gerektiren bir el atma olarak kabul edilmemiştir²⁴².

²³⁹ Sornarajah, **International Law**, s. 284.

²⁴⁰ Sornarajah, **International Law**, s. 285.

²⁴¹ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 198.

²⁴² Sornarajah, **International Law**, s. 285. Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 198. Örneğin ELSI davasına konu olan olayda, yabancı şirketin başarısızlığının, ev sahibi ülkenin zaten az gelişmiş olan bölgesinde istihdam sorunu yaratarak kargaşaya yol açacağı ortaya çıkmış ve ev sahibi devletin başarısız şirketlere müdahale etmesini öngören mevzuatın varlığı da göz önünde tutularak, ev sahibi devletin müdahalesi tazminatı gerektiren bir müdahale olarak kabul edilmemiştir. ILM., 1989, vol. 28, s. 1142.

Bütün ikili yatırım anlaşmalarında ayrımcılık unsur taşıyan el atmalar hukuka aykırı olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu tür tedbirler, ikili anlaşmalarda doğrudan kamulaştırma olarak düzenlenmese de, kamulaştırma ile aynı sonuçları doğurduğundan, yabancı yatırımcı için bir tazminat hakkı yaratacaktır²⁴³.

(2) Yerlileştirmeye Yönelik Tedbirler

Yerlileştirme yönelik tedbirler, yabancı yatırımcının mülkiyete ilişkin haklarını zaman içinde tedrici olarak yerli hissedarlara geçirmeye yönelik bir uygulamadır. Bu yöntem, bazı Asya ve Afrika ülkelerinde, bağımsızlığın kazanılmasının ardından ekonomi üzerindeki yabancı kontrolüne son vererek, hakimiyeti yerli girişimcilere geçirmek üzere kullanılmıştır²⁴⁴. Yabancıların ev sahibi ülke ekonomisi üzerindeki kontrolü sona erince politik hakimiyetin de sona ereceği düşünülmüştür²⁴⁵.

Yerlileştirmeye yönelik tedbirleri doğrudan el atmalardan şu unsur ayırmaktadır: Bu tedbirlerin sonucunda devletin doğrudan veya dolaylı olarak bir zenginleşmesinin söz konusu olmamasıdır. Dolayısıyla, yerlileştirmeye yönelik tedbirlerde söz konusu olan, devletin yabancılara ait bir girişimi devralıp işletmesi değildir. Halbuki klasik millileştirme tedbirlerinde, yabancı girişimlerin mülkiyeti ve hakimiyeti yerel girişimcilere değil, ev sahibi devletin kendisine geçmektedir²⁴⁶. Bununla beraber, ev sahibi devletin yabancı yatırımın mülkiyetini kazanmadığı durumlarda bile, devlet tarafından gerçekleştirilen bir el atmanın söz konusu olabileceğini gösteren hakem mahkemesi kararları mevcuttur²⁴⁷.

²⁴³ Örneğin bkz. Türkiye-ABD, m. 2/3, (RG: 13.8.1889-20251); Türkiye-Hollanda, m.3/1-2, (RG: 8.9.1989-20276); Türkiye-Bangladeş, m. 2/2, (RG: 13.3.1989-20281); Türkiye-İsviçre, m. 3/1, (RG: 6.10.1989-20304); Türkiye-Belçika/Lüksemburg, m. 3/2, (RG: 8.10.1989-20306); Türkiye-Avusturya, m. 3/2, (RG: 10.2.1991-20782) ikili anlaşmaları.

²⁴⁴ Sornarajah, **International Law**, s. 291.

²⁴⁵ Sornarajah, **International Law**, s. 291; Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 199.

²⁴⁶ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 199.

²⁴⁷ Örnek olarak bkz. *Amco Asia Corp. and Others v. The Republic of Indonesia- Award on Jurisdiction-* 25.9.1983: ILM., 1984, vol. 23, s. 376.

Yerlileştirmeye yönelik tedbirler sebebiyle uygulamada çok fazla uyuşmazlık ortaya çıkmamıştır²⁴⁸. Bunda, yabancı yatırımcıların kaybeden taraf olacakları ve ev sahibi devletteki iş fırsatlarının engelleneceği bilinciyle hareket etmeleri etkili olmuştur. Bu yüzden, yabancı yatırımcılar, ev sahibi devletle aralarında çıkan ve uzama potansiyeli taşıyan bir uyuşmazlıkla uğraşmak yerine yerlileştirmeye yönelik ortaya çıkan tedbirlere rıza gösterme yoluna gitmişlerdir. Yabancı yatırımcıların tercihlerini bu yönde kullanmalarının bir başka sebebi, yerlileştirmeye yönelik tedbirlerin arkasında self-determinasyon amacının bulunmasıdır. Yerlileştirmeye yönelik tedbirler, bu yüzden, tazminat ödeme yükümlülüğü doğuran diğer el atma türlerinden birine ait sayılmaktan ziyade, devletin ekonomi üzerindeki egemenlik haklarının icrası çerçevesinde yapılan düzenleyici tedbirler olarak nitelendirilmektedir²⁴⁹.

Yerlileştirmeye yönelik tedbirler, ikili anlaşmalarda doğrudan kamulaştırma olarak düzenlenmemiş olsalar da, bazı durumlarda, kamulaştırma ile aynı sonuçları doğurabilmektedir. Bu tür tedbirlerin yabancı yatırımcı için bir tazminat hakkı doğurup doğurmadığına, el atmanın haksız ve ayrımcı bir nitelikte olup olmamasına göre karar verilecektir²⁵⁰.

(3) Mülkiyet Haklarına Müdahale

İkili anlaşmalar çerçevesinde, ev sahibi devlet tarafından mal varlığının kullanımına veya mülkiyet haklarına diğer biçimlerde yapılan müdahalenin tazminatı gerektiren el atmalardan sayılarak, tazminat konusunun gündeme gelmesi söz konusu olabilir. Devletin ekonomi alanında müdahaleci bir rol oynamadığı dönemde mülkiyet haklarına müdahale, genellikle toprak reformu nedeniyle yapılmış ve bunların tazmin edilebilir olduğuna karar verilmiştir²⁵¹.

²⁴⁸ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 200.

²⁴⁹ Sornarajah, **International Law**, s. 293; Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 200.

²⁵⁰ Bkz. Türkiye-Belçika/Lüksemburg, m. 3/2, (RG: 8.10.1989-20306).

²⁵¹ Örnek olarak bkz.: De Sabla v. The Republic of Panama (29.6.1933) davası: AJIL., 1934, vol. 28, s. 602-614. Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, dipnot 791, s. 200.

Buna karşılık, günümüzde, rekabet hukuku, şirketler hukuku, şirket birleşmelerinin denetimi, imar hukuku, çevre hukuku ve ihracatın denetlenmesi gibi alanlarda, devletin düzenleyici rolünün bir gereği olarak, müdahaleci mevzuat çıkarılması durumuna sıkça rastlanmaktadır. Bu tür mevzuatın uygulanması, bireylerin mülkiyet haklarının ihlal edilmesiyle sonuçlanabilir²⁵². Örneğin rekabet hukuku alanında, tekel durumundaki bir işletmenin hakim durumunu kötüye kullanmasına devletin müdahale etmesi veya iki işletme arasındaki mevcut birleşmeyi, pazara giriş engeli oluşturması nedeniyle dağıtması halinde, aynı haklara müdahale söz konusu olmaktadır. Bu müdahaleyi gerçekleştiren devletin vatandaşları, bu tür bir düzenleyici müdahale söz konusu olduğu zaman tazminat talep edemeyecekleri gibi, tekeli olarak faaliyet gösteren veya pazarda yoğunlaşmaya yol açacak şekilde şirket birleşmesine giden yabancı yatırımcılar da kendilerine ayrımcı muamele yapıldığı iddiasıyla tazminat talep edemezler. Burada, yabancı yatırımcının mülkiyet haklarına, ev sahibi devlet müdahale etmektedir; fakat böyle bir müdahalenin bir el atma olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Çünkü yabancı yatırımcının ev sahibi devlete giriş yapmadan önce böyle bir müdahaleyi peşinen onayladığı kabul edilmektedir. Bu tip müdahaleler sonucunda aynı hakların ihlal edilmesi, tazminatı gerektirmeyen düzenleyici el atmalar olarak nitelendirilmektedir²⁵³. Bu konuda, tazminatı gerektiren el atmalar ile düzenleyici el atmalar arasında ayırım yapılması gerektiği doktrinde kabul edilmekle beraber, ayırımın dayanacağı esas üzerinde henüz durulmadığı ifade edilmektedir²⁵⁴. İkili anlaşma çerçevesinde yatırım uyumsuzluğu doğuracak bu tür müdahaleler sonrasında, müdahalenin tazminat gerektirip gerektirmediği somut olayın özelliğine göre belirlenecektir.

(4) Yatırımın Yönetimi Üzerinde Kontrol Kurmak

Son zamanlarda, ev sahibi devletin yabancı yatırıma idari müdahalesinden kaynaklanan uyumsuzluklarda artış görülmektedir. Yabancı yatırıma ilişkin yerel

²⁵² Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 200.

²⁵³ Sornarajah, **International Law**, s. 298-299.

²⁵⁴ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 201.

hukuki düzenlemelerde, ev sahibi devlete daha fazla alanda idari takdir hakkı tanınmaktadır. Bu, serbest piyasa ekonomisinin ve yabancı yatırıma karşı daha açık bir politikanın genel bir kabul görmesine rağmen böyledir. Ev sahibi devletlerin yabancı yatırıma ilişkin düzenlemeler getiren birimleri, yatırımın ülkeye girişi, faaliyetlerini gerçekleştirmesi ve sona erdirmesi; yani tüm bir yatırım ilişkisi boyunca yatırımın gidişatı ve akıbeti konusunda etkin bir rol oynamaktadırlar²⁵⁵.

Ev sahibi devletin idari kurumları, yatırımın ülkeye sağlayabileceği faydaları tespit için bir fizibilite çalışmasını gerekli görebilirler. Yabancı yatırımcının ev sahibi ülkeye girebilmek için kasten yanıltıcı bilgiler sunması, ev sahibi ülkenin yabancı yatırım anlaşmasına müdahale etmesi için haklı bir gerekçe sağlayabilir. Ancak bu durumda bile, idarenin bir karar vermeden önce yatırımcıyı dinlemesi, onun savunmasını alması gerektiği ileri sürülmektedir²⁵⁶. Aksi takdirde devletin adaletten kaçındığı²⁵⁷ iddia edilebilir²⁵⁸. Bu görüş tartışmalı kaynaklara dayanmakla beraber, devletleri, herhangi bir müdahale öncesinde yabancı yatırımcıya adil bir savunma imkanı tanınması gibi ihtiyatlı bir tutuma sevk etmesi bakımından yararlı bir görüşdür²⁵⁹.

Ev sahibi devletin, yabancı yatırımcının faaliyetlerini denetleme ve yatırımın yönetimini ele geçirme yönünde yaptığı müdahale, kural olarak, tazminat borcu doğuran bir el atma türüdür²⁶⁰. Ancak, bu kuralın istisnaları vardır. Ev sahibi devletin bu şekilde müdahale etmesi konusunda meşru çıkarlarının olması halinde, söz konusu müdahale tazminatı gerektiren bir el atma olarak nitelendirilmemektedir. Her şeyden önce, yabancı şirket, ev sahibi devletin şirketler ve menkul kıymetler mevzuatına uygun olarak faaliyette bulunmalıdır. Öte yandan, yabancı yatırımcının aldığı kararlar ile faaliyet gösterdiği iş sahasının veya bölge ekonomisinin olumsuz

²⁵⁵ Sornarajah, *Investment Disputes*, s. 69.

²⁵⁶ *Amco v. Indonesia* davasında, mahkeme, bir idari karar alınmadan önce yatırımcının dinlenmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. ILM., 1988, vol. 27, s.1281.

²⁵⁷ Adaletten kaçınma, geniş anlamında, her türlü devlet organının yabancıların haklarının korunması konusundaki yükümlülüklerine aykırı davranışlarını ifade etmektedir. Bkz. Pazarıcı H., **Uluslararası Hukuk 2**, s. 241.

²⁵⁸ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 81.

²⁵⁹ Sornarajah, **International Law**, s. 101-102. Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 81.

²⁶⁰ Sornarajah, **International Law**, s. 305.

etkilenmesine, örneğin istihdam sorunu yaratmaması gibi, sebep olmaması gerekir. Ev sahibi devletin, yabancı yatırımcının bu şekilde davranmasını sağlama konusunda haklı menfaati vardır ve bunu korumak için yatırımın idaresine müdahale edebilir²⁶¹.

ELSI davasında, ABD ve İtalya arasında bir uyuşmazlık konusu olan ve İtalya'da faaliyet gösteren bir ABD şirketinin iflasa sürüklenmesi İtalyan hukukuna göre bazı sonuçlar doğurmuştur. Yabancı şirket çalıştırdığı işçilerin bir kısmını işten çıkarma kararı almıştır. Şirketin aldığı bu kararın, o bölgede işsizlik sorunu yaratma ihtimali yüksekti. İtalyan Devletin, yabancı yatırımcının başarısızlığının ülke ekonomisine etkisini azaltma veya bertaraf etme konusunda menfaati vardı. Ev sahibi devletin bu amacına ulaşması için şirketin idaresine yapacağı müdahale kamu yararını gözettiğinden, tazmin edilebilir bir el atma olarak kabul edilemezdi²⁶².

İran Devriminden sonra, İran Yönetimi, idarecileri ülkeden kaçan Amerikan şirketleriyle ilgili olarak çıkardığı mevzuatta, idarî personeli ülkeyi terk eden şirketlere idareci atanmasına izin verdi. İran-ABD Tazminat Talepleri Mahkemesinin önüne gelen şirket yönetimine müdahale ile ilgili uyuşmazlıklarda, İran Yönetiminin yaptığı müdahalenin geçici olması kaydıyla, özü itibarıyla bir el atma olmadığı kabul edilmiştir²⁶³.

Başarısız bir şirkete veya devrim kargaşası sırasında idarecileri tarafından terk edilen bir şirkete müdahale kamu yararı sebebiyle haklı görülebilir; fakat bu durumda bile devletin müdahalesi, başarısız olan veya idarecileri tarafından terk edilen şirketi canlandırdıktan sonra sona ermelidir. 'Geçici' olma, bu tür müdahaleleri tazmin edilmesi gereken el atmalardan ayıran aslî özelliğidir²⁶⁴. Aksi takdirde, bu tür tedbirler, ikili anlaşmalar çerçevesinde tazminat gerektiren bir el atmaya dönüşebilir.

²⁶¹ Sornarajah, *International Law*, s. 307; Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımlar*, s. 201.

²⁶² Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımlar*, s. 201.; *ELSI* davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ILM., 1989, vol.28, s. 1135.

²⁶³ Sornarajah, *International Law*, s. 307-308.

²⁶⁴ Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımlar*, s. 202.

Çünkü böyle bir durumda, ev sahibi devletin, şirketin yönetimini elinde bulundurmasında, tedbiri hukuka uygun hale getiren *kamu yararı* kalmamıştır.

(5) Yatırımcıya Verilen İzin ve İmtiyazın Geri Alınması

Bir iznin veya imtiyazın bir yatırımı gerçekleştirmek veya sürdürmek için mutlak surette gerekli olduğu belirli alanlarda, bu iznin veya imtiyazın geri alınması yabancı yatırımcının faaliyetini sürdürmesini imkansız hale getirebilir²⁶⁵. Ev sahibi devletin böyle bir tasarrufta bulunması durumunda, bunun bir el atma olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak, yabancı yatırımcıya faaliyet izni verilmesi veya imtiyaz tanınması ile ilgili tedbirler ekonomik düzenlemeler çerçevesinde alındığı takdirde, bu tür bir müdahalenin tazminat gerektiren bir el atma sonucunu doğurmayacağı kabul edilmektedir²⁶⁶. Ev sahibi devletin verdiği izin veya imtiyazı geri almakla birlikte yabancı yatırımcının varlıklarını da elde etmesi durumunda, bu tazminatı gerektiren bir el atma olarak değerlendirilecektir. Bu durumla, özellikle, yabancı yatırımcının ev sahibi devletin bir kurumuyla ortak girişim olarak faaliyet gösterdiği örneklerde karşılaşılmaktadır²⁶⁷.

Pekçok ülkede, yabancı yatırım akışını denetleyici mevzuat giderek artmakta ve yabancı yatırıma özgü düzenleyici nitelikteki el atma örnekleri çoğalmaktadır. Bu tür mevzuat yabancı yatırımcının ihracat yapmasını, kâr ve sermayenin ülke dışına transferini izne bağlayabilir. Yabancı yatırımcı bu tür koşulları yerine getirmediğinde, ev sahibi devlet tarafından iznin iptal edilmesi söz konusu olabilir²⁶⁸.

Verilen iznin iptal edilmesi, çevrenin korunmasına ilişkin bir gerekçeye de dayanabilir. Bu tür bir tedbirin, genellikle, tazmin gerektirmeyen bir el atma olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık, ICSID hakem mahkemesi, *Metalclad* tahkiminde yatırımcı lehine tazminata hükmetmiştir. Çünkü Meksika Federal Hükümetinin *Metalclad* Şirketi tarafından kontrol edilen bir şirkete (COTERİN), zararlı atıkların

²⁶⁵ Sornarajah, *International Law*, s. 311.

²⁶⁶ Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımlar*, s. 203; Sornarajah, *International Law*, s. 311.

²⁶⁷ Sornarajah, *International Law*, s. 311.

²⁶⁸ Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımlar*, s. 203

dönüşümü istasyonu kurma ve işletme konusunda verdiği izni, yerel yönetim, bölge sakinleri ve çevrecilerle birlikte hareket ederek, değişik yöntemlerle uygulanamaz hâle getirmiştir²⁶⁹.

Yabancı yatırımcıya verilen yatırım izninin uygulanmasından veya yorumlanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar, Türkiye'nin taraf olduğu bazı ikili yatırım anlaşmalarında²⁷⁰, doğrudan bir yatırım uyuşmazlığı olarak düzenlenmiştir. Böyle bir koruma kapsamında yatırımını gerçekleştiren yabancı yatırımcı, ev sahibi devletçe verilen iznin iptal edilmesi durumunda, uyuşmazlığı ikili anlaşmanın ihlaline dayanarak hakem mahkemesinin önüne götürebilecektir.

(6) Yatırım Sözleşmesinden Kaynaklanan Haklara Müdahale

Yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, genellikle, maden veya diğer doğal kaynakların çıkarılması için akdedilen imtiyaz sözleşmelerine ilişkin olagelmıştır²⁷¹. Bu sözleşmeler, fiziki mülkiyetin kullanım haklarının yabancı yatırımcıya devrine ilişkindir; fakat bu sözleşmelerde hukuki çatı mülkiyete dair haklar üzerine değil, akdî yükümlülükler ve haklar üzerine kurulmuştur²⁷².

Ekonomi üzerine devletin mutlak hakimiyetini savunan milliyetçi yaklaşımlar, ev sahibi devletlerin yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan haklara müdahale etmesinin arkasındaki önemli nedenlerden biri olmuştur. Bu sebeple

²⁶⁹ Süleyman Dost, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi (Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları)*, 1. bs., Asil Yay. Dağ., Ankara, 2006, s.184.

²⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., Türkiye-ABD, M. 7/1, (RG: 13.8.1889-20251); Türkiye-Gürcistan, M. 7/1, (RG: 4.6.1995-22303); Türkiye-Büyük Britanya/Kuzey İrlanda, M. 8/1, (RG: 9.3.1996-22631) arasında akdedilen ikili anlaşmalar.

²⁷¹ Sornarajah, *Investment Disputes*, s. 65.

²⁷² Sornarajah, *Investment Disputes*, s. 65. Sornarajah, gelişmiş ülkelerin sözleşmeye ilişkin haklar üzerinde yoğunlaşırken, doğal kaynakların sahibi gelişmekte olan ülkelerin mülkiyet hakları üzerine yoğunlaştığını; taraflar arasındaki bu gerilimin Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda alınan bir dizi karardan sonra alınan Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Kararı ile sonuçladığını ifade etmektedir. Bkz. "Permanent Sovereignty over Natural Sources" UNGA Resolution 1803 (XVII) of 1962: ILM., 1963 Vol.2, s. 223-226. Bu durumun ikili yatırım anlaşmalarının artışıyla nasıl bir rol oynadığı hakkında bkz. Schrijver, *Sovereignty*, s.381; Schwarzenberger, *Foreign Investments*, s. 103-104.

gerçekleşen müdahalelerle, sadece maden veya diğer doğal kaynakların çıkarılması alanında değil üretim sektöründe de karşılaşılmaktadır²⁷³.

Yabancı yatırımcı beklenenin çok üzerinde kâr elde edip bunu ev sahibi devletle paylaşma yoluna gitmediğinde de yatırım sözleşmeleri ihlâl edilebilmektedir. Kuzey Denizi petrol endüstrisini teşkil eden petrol sözleşmeleri, yabancı yatırımcının elde ettiği yüksek ve öngörülmemiş kârı ev sahibi devletle adil ölçüde paylaşmasını güvence altına almak için iptal edildikten sonra, yeniden düzenlenmiştir²⁷⁴. Aminoil Davasında²⁷⁵, petrol kartelinin petrol fiyatını tırmandırması sonucunda Aminoil şirketi çok büyük kârlar elde etmiş ve sözleşmeye sadık kalınması gerektiğini iddia ederek ev sahibi devlete hiçbir pay ödemeye yanaşmamış, bu da uyuşmazlığı tırmandırmıştır. Çünkü, bu imtiyaz sözleşmesi 60 yıllığına akdedilmiş; fakat petrolün sözleşmede sabitlenen varil başına fiyatı ile petrolün güncel fiyatı arasında çok derin bir uçurum meydana gelmiştir. Yatırımcının bu beklenmedik kârında yönetsel başarısının herhangi bir katkısı yoktu; bilakis bu kâr bütünüyle dış etmenler sebebiyle elde edilmişti. Bu yüzden ev sahibi devlet, sözleşmeye müdahale etti ve taraflar arasında ciddi bir yatırım uyuşmazlığı meydana geldi. Bu gibi durumlarda, yabancı yatırımcının sözleşmeyi yeniden görüşmeyi (renegotiation) kabul ve tercih etmesinin, kendi çıkarlarına sözleşmenin ilk halinde ısrar etmekten (contractual sanctity) daha uygun düşeceği ifade edilmektedir²⁷⁶.

Bazı durumlarda, güçlükler, tarafların yatırımın performansına ilişkin yaklaşımlarından kaynaklanmaktadır. Klockner v. Cameroon davasında, sözleşme, bir suni gübre fabrikasının yapımına ilişkindi. Bu güvene dayalı bir sözleşmeydi ve fabrikanın yapımına ilişkin her türlü takdir hakkı sözleşmenin yabancı tarafına bırakılmıştı. Yabancı taraf fabrikanın yapımında petrol türevi ürünlerin kullanılmasını tavsiye etti ve bu tavsiye devlet tarafından kabul edildi; fakat petrol krizinde fiyatlar öyle bir noktaya yükseldi ki, yapımın bu şekilde devam etmesi

²⁷³ Sornarajah, **Investment Disputes**, s. 66.

²⁷⁴ Sornarajah, **Investment Disputes**, s. 66.

²⁷⁵ The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company-24.03.1982, ILM, 1982, vol. 21, s. 976-1053.

²⁷⁶ Sornarajah, **Investment Disputes**, s. 67.

projeyi ekonomik olmaktan büsbütün çıkaracaktı. Yabancı taraf bu durum değişikliğini dikkate almadan yapımı sürdürdü; proje tamamlandığında devlet öngörülmemiş bu maliyeti karşılamayı reddetti. Mesele, yabancı tarafın bu durum değişikliğinden devleti haberdar etmesi ya da sözleşmeye ilk hali ile sadık kalarak edimini ifa etmesi tercihlerinden hangisini seçeceğine ilişkindi. Mahkeme de bu konuda ikiye bölündü. Halbuki böyle bir durumda uyuşmazlığın ortaya çıkmasını engelleyecek hamleleri yapmak mümkündür. Uyuşmazlık, esas olarak, sözleşmenin ilk haline sadık kalmak ile yatırım ilişkisinin devamı bağlamında değişen durumlardan tarafların birbirini haberdar etme nosyonu arasında idi ve sözleşmenin daha esnek bir tarzda düzenlenmesi durumunda, taraflar arasında değişen durumlar karşısında daha açık olmak bir gereklilik, daha da ötesinde bir sorumluluk haline gelebilirdi²⁷⁷.

Yabancı yatırımcı ile akdedilen bir yatırım sözleşmesine müdahaleden kaynaklanan uyuşmazlıklar, Türkiye'nin taraf olduğu bazı ikili yatırım anlaşmalarında²⁷⁸, doğrudan bir yatırım uyuşmazlığı olarak düzenlenmiştir. Böyle bir koruma kapsamında yatırımını gerçekleştiren yabancı yatırımcı, ev sahibi devletçe yatırım sözleşmesine müdahale edilemesi durumunda, uyuşmazlığı ikili anlaşmanın ihlaline dayanarak hakem mahkemesinin önüne götürebilecektir.

(7) İç Kargaşa Dönemlerinde Ev Sahibi Devletin Yabancı Yatırıma Koruma Sağlamaması

Ülkede bir iç kargaşa olması durumunda, ev sahibi devlet mümkün olduğu müddetçe yabancı yatırımcıyı korumakla yükümlüdür. Ev sahibi devlet bu konudaki ihmalden sorumludur. Yabancı yatırımcıya karşı gerçekleşen halk hareketleri veya kendi kurumlarının yaptığı zarara yol açan eylemler karşısında, ev sahibi devlet sessiz kalarak yabancı yatırımı korumaması bir el atma türü olarak kabul

²⁷⁷ Klockner v. Cameroon (1984) ICSID Rev. 89. Sornarajah, **Investment Disputes**, s. 67.

²⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., Türkiye-ABD, M. 7/1, (RG: 13.8.1889-20251); Türkiye-Gürcistan, M. 7/1, (RG: 4.6.1995-22303); Türkiye-Büyük Britanya/Kuzey İrlanda, M. 8/1, (RG: 9.3.1996-22631) arasında akdedilen ikili anlaşmalar.

görmektedir. Fakat bu tür bir el atma ekonomik saiklerle yapılanlar sınıfında değil, ‘el koyma’ ile aynı sonucu doğuran bir el atma olarak değerlendirilmektedir²⁷⁹.

Ev sahibi devlet, iç kargaşa müddetince yabancı yatırımcının mal varlığını tahrip eden eylemleri durdurmamış, zarar veren kişileri desteklemiş veya tahrik etmişse, devletin sorumluluğu tartışmasızdır. Kusurun devlete isnat edilebilmesi için zarar veren kişiler ile devlet arasındaki bağlantının kesin olarak ortaya konması gerekeceği açıktır²⁸⁰.

Devletin sorumluluğunu bu şekilde ele alan pekçok içtihat bulunmaktadır. Örneğin, İran-ABD Tazminat Talepleri Mahkemesi, İran’da bazı grupların yabancıların mallarını tahrip etmesi sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, işbu gruplarla hükümet arasında bir bağlantının olup olmadığı üzerinde yoğunlaşmıştır. Devrimin ilk dönemlerinde, yeni yönetimle bağlantısı olmayan değişik grupların yaptıkları nedeniyle İran’ın sorumlu olduğu iddiaları Mahkeme tarafından reddedilirken, devrimin oturmasından sonra bu tür eylemlerde bulunan grupların yönetimle bağlantısı ortaya çıkmış ve İran’ın bu eylemlerden sorumlu olduğuna hükmedilmiştir²⁸¹.

Yabancılara ait malvarlıklarına el atılması olayına bir devletin silahlı kuvvetlerinin katılması durumunda, eylemin devlete isnat edileceği hususu açıktır. Örneğin, Amco v. Indonesia davasında el atma olayına devletin etkisi söz konusu olmuştur; AAPL davasında ise yabancı yatırımcının malvarlığına bizzat ordu tarafından zarar verilmesi söz konusuydu. Her iki davada da sorumluluğun mesnedi olarak ev sahibi devletin yabancılara ait malvarlığına koruma sağlamaması gösterilmiştir²⁸².

²⁷⁹ Sornarajah, **International Law**, s. 313.

²⁸⁰ Sornarajah, **International Law**, s. 313.

²⁸¹ Sornarajah, **International Law**, s. 313-314.

²⁸² Sornarajah, **International Law**, s. 314.

(8) Aşırı ve Mükerrer Vergilendirme

Vergilendirme bir devletin egemenlik hakları içerisindedir ve uluslararası hukukta devletin bu egemenlik hakkına getirilen herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır; fakat aşırı veya mükerrer vergilendirme tedbirleri, yabancı yatırıma ‘el koyma’ ile aynı etkileri doğuran ‘dolaylı bir kamulaştırmaya’²⁸³ neden olabilir²⁸⁴.

Vergilendirmede genel bir artışın kendi başına böyle bir sonuç doğurması söz konusu değildir; fakat sadece bir yabancı yatırımı hedef alan standart dışı bir vergilendirme varsa ve bu yabancı yatırımcının faaliyetlerini sürdürmesini güçleştiriyor veya büsbütün engelliyorsa, bu durumda açık bir kamulaştırmanın varlığından söz edilebilir²⁸⁵. Bununla birlikte, yabancı yatırım üzerine salıverilen fazla verginin haklı veya makul gerekçeleri varsa dolaylı bir kamulaştırmanın söz konusu olmadığı sonucuna varılmalıdır. Örneğin, ABD, ham petrol sanayiinde, yükselen petrol fiyatları sebebiyle beklenmedik ölçüde yüksek kâr elde eden petrol şirketlerine, işbu beklenmedik kâr nispetinde vergi salıvermiştir²⁸⁶.

İkili yatırım anlaşmaları çerçevesinde böyle bir tedbirin yabancı yatırımcının haklarını ihlal ettiğini söyleyebilmek için, bu tedbirin ayrımcı²⁸⁷ bir tarzda belli bir yabancı yatırımcı için uygulanması ve makul hiçbir gerekçeye dayanmaması gerekir.

²⁸³ Sornarajah, **International Law**, s. 314.

²⁸⁴ Devletin idari faaliyetleri sonucunda birtakım kişilerin haklarının zarara uğraması mümkündür. Hukuk devleti anlayışı devletin verdiği haksız zararlardan sorumlu tutulmasını gerektirir. Devletin mali sorumluluğu hakkında bkz.: Zehreddin Aslan, **İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması**, 2. bs., Alfa Yay., İstanbul, 2001, s. 6.

²⁸⁵ Sornarajah, **International Law**, s. 315.

²⁸⁶ Sornarajah, **International Law**, s. 315.

²⁸⁷ Tüm ikili yatırım anlaşmalarında ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya ayrımcı muamelede bulunmayacağı güvence altına alınmıştır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III. ICSID ANLAŞMASI ÇERÇEVESİNDE YATIRIM UYUŞMAZLIĞI

A. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon²⁸⁸

Konvansiyonun hazırlanması için ilk girişim Dünya Bankası tarafından başlatılmıştır. Dünya Bankasının esas faaliyet konusu gelişmekte olan ülkelere finansman sağlamak ise de, Banka bu görevini bir geliştirme kurumu olarak yapmaktadır. Bu yüzden Banka gelişmiş ülkelere gelişmekte olan ülkelere doğrudan sermaye akımlarına önem vermektedir. Sermaye akımının önündeki politik risklerin yabancı yatırımların gelişmekte olan ülkelere gidişini erteleme sebebiyle Dünya Bankası, hem yatırımı kabul eden ev sahibi devlet hem de yatırımcının vatandaşı olduğu devletin kabul edebileceği ve yabancı yatırımcılarla ev sahibi devletler arasındaki uyuşmazlıkların en aza indirgenebileceği bir sistem oluşturmayı hedeflemiştir. 18 Eylül 1962 yılında Washington'da yapılan Bankanın Governörler Kurulunun Onyedinci Yıllık Toplantısında, 174 numaralı karar ile Banka, bu konuda çalışmaya başlanması için İcra Direktörleri görevlendirmiştir. İcra Direktörleri tarafından hazırlanan Konvansiyon metni, 68/2. Madde gereğince 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Konvansiyon, Dünya Bankası üyesi ülkeler için imzaya açılmıştır. Ancak, Dünya Bankası üyesi olmayan ülkeler de Uluslararası Adalet Divanı Statüsüne taraf olmaları durumunda, Merkezin İdari Konseyinin 2/3 çoğunlukla olan daveti üzerine Konvansiyona taraf olabilirler (Konvansiyon madde 67). Konvansiyonu yaklaşık 45 yıl içinde, Şubat 2010 itibariyle 155 ülke imzalamış olup, 144 ülke onay belgelerini

²⁸⁸ Konvansiyona ilişkin tarihçe hakkında bkz.: Broches, A.; "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States" (The Convention) Recuel de Cours, 1972/II, C. 136, Leyden 1973, 330 vd.; ayrıca bkz: <http://www.worldbank.org/icsid>.

sunmuştur²⁸⁹. Türkiye de Konvansiyonu 24 Haziran 1987 tarihinde imzalamış ve onay belgesini 3 Mart 1989'da sunmuş olup, ICSID Anlaşması (Konvansiyon) Türkiye bakımından 2 Nisan 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁹⁰.

Konvansiyon iki tip uyuşmazlık çözüm yöntemi öngörmektedir: Uzlaştırma (Madde 28-35) ve tahkim (Madde 36-55). Uzlaştırmada uzlaştırmacıların bir çözüm önermesi yeterli iken, tahkimde hakemler karar vermek zorundadırlar. Konvansiyonun 34. maddesine göre, uzlaştırma usulüne taraf olanlar uzlaştırma komisyonunun önerilerine en ciddi dikkat ve ilgiyi göstermek durumundadırlar; fakat işbu öneriler taraflar arasında bağlayıcı değildir (Madde 35). Öte yandan, taraflar, madde 53/1 hükmüne göre, hakem mahkemesinin verdiği kararlarla bağlı olup, söz konusu karara uymak zorundadırlar.

Konvansiyonun ilk kısım hükümleri (Madde 1-24) Merkezin kuruluşu, idari yapısı ve fonksiyonlarını düzenlemektedir. Ayrıca, Merkezin statüsü, dokunulmazlıklar ve imtiyazlar da bu kısımda yer almaktadır. İkinci Kısım ise, merkezin yargılama yetkisine ilişkin (Madde 25-27) hükümler içermektedir. Üçüncü Kısımda uzlaştırma yöntemi ile ilgili hükümler (Madde 32-35) yer alırken, dördüncü Kısım tahkime (Madde 36-55) ayrılmıştır. Beş ila Onuncu Kısım hükümleri ise,

²⁸⁹ Afganistan, Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Arnavutluk, Arjantin, Australya, Avusturya, Azerbaycan, Bahamalar, Bahreyn, Bangladeş, Barbados, Belarus, Belçika, Benin, Birleşik Arap Emirlikleri, Birleşik Krallık, Bolivya, Bosna-Hersek, Botswana, Brunei Darussalam, Bulgaristan, Burkma Faso, Burundi, Cezayir, Çad, Çin, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ekvator, Endonesya, Ermenistan, El Salvador, Estonya, Fas, Fiji, Fildişi Sahili, Filipinler, Finlandiya, Fransa, Gabon, Gambia, Gana, Grenada, Guatemala, Gine, Guyana, Güney Kore, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, Honduras, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Jamaica, Japonya, Kamerun, Kazakistan, Kenya, Kolombiya, Komoros, Kongo, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Kosta Rika, Kuveyt, Latviya, Lesotho, Liberiya, Litvanya, Lübnan, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Madagaskar, Malawi, Malezya, Mali, Malta, Mauritius, Merkezi Afrika Cumhuriyeti, Mısır, Micronesia, Moğolistan, Moritanya, Mozambik, Nepal, Nijer, Nijerya, Nikaragua, Norveç, Özbekistan, Pakistan, Panama, Papua Yeni Gine, Paraguay, Peru, Portekiz, Romanya, Ruanda, Saint Vincent - Granada, Samoa, Senegal, Seychelles, Sierra Leone, Singapur, Slovak Cumhuriyeti, Slovenya, Solomon Adaları, Somali, Sri Lanka, St. Kitts & Nevis, St. Lucia, Sudan, Suudi Arabistan, Swa- ziland, Şili, Tanzanya, Timor, Togo, Tonga, Trinidad - Tobago, Tunus, Türkiye, Türkmenistan, Uganda, Ukrayna, Umman, Uruguay, Ürdün, Venezüella, Yeni Zelanda, Yunanistan, Zambiya, Zimbabwe. Bu ülkeler listesi için bakınız <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm>.

²⁹⁰ Konvansiyon metni için bkz: RG. 06.12.1988-20011.

uzlaştırıcı ve hakemlerin değiştirilmesi, yargılama giderleri, davanın yeri, akit devletler arasındaki uyuşmazlıklar, değişiklik ve son hükümleri düzenlemektedir.

Konvansiyon'un ana amacı, uluslararası ekonomik işbirliği çerçevesinde sınır aşan yatırım hareketlerini teşvik etmek ve bunu yaparken de yatırıma ev sahipliği yapan devletlerle yatırımcılar arasındaki dengeyi korumaktır. Konvansiyon bu dengeyi sağlarken, gerek ev sahibi devletlere gerek yatırımcılara Konvansiyon kapsamındaki uyuşmazlık çözme prosedürlerini başlatmada eşit imkanlar sunmakta ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü depolitize²⁹¹ ederek her iki taraf için de hukuki güvenliği arttırmayı amaçlamaktadır²⁹².

B. ICSID Uyuşmazlık Çözüm Sistemi

Konvansiyon, Madde 1 hükmü ile, âkit devletlerle diğer âkit devlet vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için özerk uluslararası (m. 18-24) bir Merkez (ICSID: International **Centre** for the Settlement of Investment Disputes) oluşturmaktadır. Merkezin amacı, söz konusu yatırım uyuşmazlıklarının uzlaşma ya da tahkim yolları ile çözümü için taraflara Konvansiyon kapsamındaki olanakları sunmaktır²⁹³ (m. 1/2).

Merkez, Dünya Bankasının bir organı olmakla beraber bağımsız bir statüdedir. Esas itibariyle bir Sekreterlik olan Merkez, İdari Konsey tarafından idare edilir. İdari Konseyin temel görevleri, Genel Sekreterin ve Genel Sekreter yardımcısının seçimi, Merkezin bütçesinin kabulü, idari ve mali tüzüklerin kabulü, uzlaştırma usulü ve

²⁹¹ I. Shihata, "Towards a Greater Depolitization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA", ICSID Rev. FILJ, 1986/1, s. 4.

²⁹² Broches, The Convention, s. 348. İlhan Yılmaz, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID** (Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID), 1. bs, Beta Yay. İstanbul, 2004, s. 38.

²⁹³ Merkez, uyuşmazlıkları doğrudan çözen bir mahkeme veya hakem heyeti niteliğinde değildir. Merkezin görevi uyuşmazlıkların çözümüne nezaret etmek, bu konuda teknik ve idari kolaylıklar sağlamaktır. Bu amaçla Merkez akit devletlerce bildirilmiş uzman kişilerden oluşan bir uzlaştırıcılar ve hakemler listesine sahiptir (Madde 12-16). Bkz.: Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 387.

tahkim yargılamasının başlangıç prosedürüne ilişkin kurallar (Institution Rules)²⁹⁴ ile uzlaştırma usulü kuralları (Conciliation Rules)²⁹⁵ ve tahkim usulü kurallarının (Arbitration Rules)²⁹⁶ kabulüdür. Bu konularda karar, üyelerin 2/3 çoğunluğu ile alınır. Uzlaştırma veya tahkim usulüne ilişkin kurallar, uyuşmazlık taraflarınca aksi kararlaştırılmadıkça Konvansiyon kapsamında uzlaştırma ve tahkim usulünü idare edecektir. İdari Konsey tarafından seçilen Genel Sekreter, Merkezin hukuki temsilcisi ve kayıt amiri olarak çeşitli idari görevler yürütür. Genel Sekreterin Merkeze yapılmış olan uzlaştırma ve tahkim başvurularını, şartları varsa, reddetme (m. 28/3 ve m. 36/3) gibi, çok önemli yetkileri de bulunmaktadır²⁹⁷.

ICSID sistemi, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için uzlaştırma ve tahkim olmak üzere uyuşmazlık taraflarına her iki alternatifi de sunmakla birlikte, Merkeze yapılan başvuruların ezici çoğunluğu tahkim için olmaktadır²⁹⁸. Nedeni, uzlaştırmanın bağlayıcı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmamasıdır. Her iki olanağın da yatırımcıya sunulduğu düşünüldüğünde, yatırımcı haklı olarak gerek zaman gerek masraf bakımından ilgili prosedür sonucunda bağlayıcı bir karar elde etmek isteyecektir²⁹⁹.

Uzlaştırma ve tahkim prosedürleri, Konvansiyon hükümlerine göre oluşturulan uzlaştırıcılar ve hakemler tarafından yürütülür. Konvansiyon, bu kişileri atamada ve kurulları oluşturmada uyuşmazlık taraflarına serbestlik tanımıştır. Buna rağmen, tarafların bu konudaki ihmali ya da anlaşamaması, kurulların oluşmasını engellemez (m. 29/2/b). Uzlaştırma konusunda, kuruldaki üye sayısının tek sayı

²⁹⁴ Bu kuralların uygulama alanı zaman bakımından başvurunun yapılmasından tescil ihbarının yapılmasına kadar olan süreyi kapsar. Bu zamandan itibaren yapılma tüm işlemler, talebe göre uzlaştırma ya da tahkim kurallarına göre yürütülecektir. Başvuru Kuralları için bkz: ICSID Convention Regulations and Rules, Washington, 2009, s.73; <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-archive/57.htm>

²⁹⁵ Uzlaştırma Kuralları için bakınız ICSID Convention Regulations and Rules, Washington, 2009, s. 81; <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-archive/93.htm>.

²⁹⁶ Tahkim Kuralları için bakınız ICSID Convention Regulations and Rules, Washington, 2009, s. 99; <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-archive/63.htm>.

²⁹⁷ Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 34-39.

²⁹⁸ Merkeze Şubat 2010 itibariyle yapılmış toplam 307 başvurudan sadece 4'ü uzlaştırma talebini içermektedir.

²⁹⁹ Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 41.

olması dışında bir zorunluluk yoktur (m. 29/2/a). Tahkim mahkemesinin oluşumunda ise buna ilaveten; tahkim mahkemesini oluşturan hakemlerin çoğunluğunun uyuşmazlığa taraf devlet ile yatırımcının tabi olduğu devlet vatandaşı olmaması aranmaktadır. Ancak taraflar aksini kararlaştırabilirler (m. 39).

Hakemler, tarafların rızasına göre, ICSID Hakemler Panelinden seçebileceği gibi, Panel dışından da seçilebilirler (m. 40). Her iki durumda da, tek hakem veya hakemlerin çoğunluğu, karşılıklı rıza durumu hariç, uyuşmazlık taraflarının vatandaşlığına sahip olmayan kişiler arasından seçilecektir. Bu düzenleme neticesinde, çözüm için Merkez'in önüne gelen yatırım uyuşmazlıkları, başka başka ülkelerin vatandaşlığına sahip hakemler tarafından hükme bağlanacaktır³⁰⁰.

ICSID uyuşmazlık çözüm sisteminde, ICSID hakem mahkemesince alınabilecek herhangi bir karara karşı tarafça uyulmaması hali haricinde, bu sözleşme çerçevesince hakemliğe başvurmuş ve rızalarını göndermiş hiçbir âkit devlet, anlaşmazlığa muhatap olan kendi vatandaşlarına diplomatik koruma uygulayamaz ve uluslararası iddiada bulunamaz (m. 27/1). ICSID Anlaşması bu hükmüyle, kaynak devletin kendi vatandaşı yatırımcıya diplomatik himaye³⁰¹ kullanma hakkını, ev sahibi devlet hakem kararını reddedinceye kadar askıya almaktadır³⁰². Ancak belirtilmelidir ki, diplomatik koruma yasağı, uyuşmazlığın sulhen çözümü için yapılan gayri resmi görüşmeleri kapsamaz³⁰³(m. 27/2).

³⁰⁰ Bunun sonucunda da, başka ülkelerin kültürleri, değer yargıları ve hukuk nosyonları ile yoğrulmuş ve dolayısıyla yatırım ilişkisinde devlet-yabancı yatırımcı menfaatlerini dengelemede dikkate alınacak içtihatlar ortaya çıkacaktır.

³⁰¹ Devletin vatandaşına sağlayacağı diplomatik himaye hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk Dersleri**, 5. bs, İstanbul, Beta Yay., 1996, s. 359 vd. Vatandaşlığı tayin eden hukuk nizamı ve diplomatik himaye arasındaki ilişki hakkında bkz.: Çelikel, Aysel, Nomer, Engin; **Devletler Hususi Hukuku: Örnek Olaylar – Mahkeme Kararları**, 6. bs., İstanbul, Beta Yay., 1997, s.3-7. Ayrıca, uluslararası ticari uyuşmazlıkların diplomatik yolla çözümü hakkında bkz.: Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 379 vd.

³⁰² Sornarajah, **International Law**, s. 247.

³⁰³ Bu, özellikle gelişmekte olan ülkelerin gelişmiş ülkelerin yatırımcılarıyla olan uyuşmazlıklarında, bir devletin iç işlerine diplomatik müdahale görüntüsünün önüne geçilmiş olmakla, gelişmekte olan ülkeler lehine işleyen bir hüküm olarak değerlendirilmektedir. Bkz.: Moshe Hirsch, **The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes**, (Arbitration Mechanism of ICSID), Hebrew Uni.,1993, s.20. Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 43.

ICSID sistemine göre, hakem heyeti, uyuşmazlığa, tarafların üzerinde anlaştıkları hukuk kuralları çerçevesinde çözüm getirecektir (m. 42/1). Tarafların bu konuda anlaşmaları yoksa³⁰⁴, ihtilafa taraf olan devletin hukukunu (onun kanunlar ihtilafına ilişkin kuralları da dahil) ve ilgili Milletlerarası Hukuk Kurallarını uygular. Görüldüğü üzere ICSID Anlaşması tarafların herhangi bir hukuk seçiminin yokluğunda, devletlerle özel şahıslar arasındaki akitlerde; "âkit devletin hukukunun uygulanacağı" yönündeki klasik anlayıştan esas itibarıyla ayrılmamıştır³⁰⁵.

ICSID Tahkiminin bir diğer yönü de onun münhasır nitelik taşımasıdır. ICSID tahkim şartı, ulusal mahkemelerin yetkisini bertaraf eder (m.53/1). ICSID tahkimi seçildiği takdirde, artık ulusal mahkemeler ilgili yatırım uyuşmazlığını görme yetkisine sahip değildir³⁰⁶. Ayrıca ICSID Anlaşmasına taraf olan her devlet, hakem kararını bağlayıcı olarak kabul eder ve kendi ülkesinde ICSID Hakem Kararını kendi mahkemelerinden çıkan nihai bir hüküm gibi icra eder (m.54/1). Hakem kararının mali hükümlerinin Konvansiyon tarafı ülkelerde herhangi bir ek usule gerek kalmadan icra edilebilir olması ICSID uyuşmazlık çözüm sisteminin önemli bir özelliğidir³⁰⁷. Kararda kaybeden tarafın devlet olduğu durumlarda, devletler cebri icradan masuniyet itirazına sığınabilseler de, âkit bir devletin aleyhindeki bir kararı icra etmemesinin Konvansiyon kapsamındaki uluslararası prosedürleri başlatacağı (m. 64) açıktır³⁰⁸.

ICSID Anlaşması bir yandan devletlerin egemenlik hassasiyetlerini gözetken, diğer yandan, yabancı yatırımcıya gereken etkili korumayı sağlayan ve tarafların rızasıyla şekillenen bir sistemi hefelemiş; bu anlaşmayı onaylamış olmakla, hiçbir

³⁰⁴ Tarafların herhangi bir hukuk seçimi yokluğunda, taraf devletin mahalli hukukunun uygulanması, Milletlerarası hukuk prensipleri ile sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama ile yabancı yatırımcıların ev sahibi ülke hukukundaki istikrarsızlıklara bu hukukta meydana gelecek milletlerarası hukuka aykırı gelişmelere karşı korunması amaçlanmıştır. Bkz.: Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 391 vd.

³⁰⁵ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 389.

³⁰⁶ Tiryakioğlu, **Doğrudan Yatırımlar**, s. 154.; Van Houtte, **International Trade**, s. 250.

³⁰⁷ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, 2. bs., Seçkin Yay., İstanbul, 2007, s. 47. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 396. ICSID tahkim kararlarının icrası bakımından yaşanan güçlükler, devletlerin icra muafiyeti, cebri icra masuniyeti gibi itirazları hakkında bkz.: M. Sornarajah, **Foreign Investment Disputes**, s. 304 vd.

³⁰⁸ ICSID sisteminde verilen hakem kararına karşı yerel mahkemelerde iptal davası açılmaz; bu karar temyiz de edilemez. Yalnızca, ICSID'in kendi iç sistemi içinde kararının yorumu, revizyonu ve iptali (m. 50-52) söz konusu olabilir.

âkit devletin **yatırım uyuşmazlıklarını** ICSID Sistemi çerçevesinde çözüme kavuşturma yükümü altına girmediği, özellikle, belirtilmiştir. Mezkur özellikleriyle ICSID sistemi yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde özel bir önemi haizdir.

C. ICSID Anlaşmasının Kapsamı (Madde 25/1)

ICSID Konvansiyonunun II. Kısımının başlığı "Merkezin Yargılama Yetkisi"dir. Konvansiyon hazırlayıcıları Konvansiyonun kapsamını belirtmek ve Merkezin görev yapacağı sınırları tespit etmek amacıyla bunu "yetki" olarak tanımlamayı uygun görmüşler ve Konvansiyonun dibacesinde sözü edilen, yatırımcılarla ev sahibi devletler arasındaki hassas dengeyi, yetki hükümleriyle sağlamaya çalışmışlardır³⁰⁹.

‘Merkezin Yargılama Yetkisi’ başlığı altında üç madde (unsur) düzenlenmiştir. İlki ve en önemlisi yetkinin maddi çerçevesini oluşturan 25. maddedir. Bu maddede, Merkez ve Konvansiyon kapsamında *yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için başvurunun ön şartları* düzenlenmiştir. **Bu şartlar tahkim için olduğu gibi uzlaştırma için de geçerlidir** (m. 25/2/a). Diğer iki madde olan 26. ve 27. maddeler ise, Merkeze başvurunun diğer çözüm yöntemlerine göre münhasırlığı ile diplomatik koruma unsurlarına ilişkindir.

ICSID Anlaşması çerçevesinde yabancı yatırımcı ve ev sahibi akit devlet arasındaki temel uyuşmazlık konusu olan Merkezin yetkisi, neredeyse bütünüyle 25. Maddede ele alınan hususlara ilişkindir. 25. Madde;

“Merkezin yargılama yetkisi, âkit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından Merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer âkit devlet vatandaşları arasında **yatırımlardan**

³⁰⁹ Broches, The Convention, s. 351. Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 45.

kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları³¹⁰ kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz.” şeklindedir.

Görülebileceği üzere, 25. maddede, Merkezin yargılama yetkisinin söz konusu olabilmesi için öngörülen şartlar, **a.** Uyuşmazlık taraflarının rızası ya da onayı³¹¹, **b.** Merkezin kişi bakımından yetkili olması³¹²: *ratione personae*, **c.** Merkezin konu bakımından yetkili olması: *ratione materiae*, olmak üzere, üç grupta toplanabilir³¹³. Biz, bu çalışmamızda, konumuz itibarıyla, sadece Merkezin konu bakımından yetkili olması hususunu ele alacağız.

Merkezin yetkisinin maddi çerçevesini oluşturan 25. maddenin yanısıra, tahkim bakımından Merkezin yetkisinin tespitindeki usulü öngören, Konvansiyonun 36/3. maddesine de değinmek gerekir. Bu usul, yetkinin tahkimden önceki başvuru aşamasında tespitine ilişkindir. Hakem mahkemesi kurulduktan sonraki aşamada ise, yetki konusu bir ön sorun olarak ya da esasla birlikte hakem mahkemesi önünde tartışmaya açılabilecektir. 25. maddenin ihlali, diğer bir ifadeyle, hakem mahkemesinin Merkezin yetkisinde olmayan bir uyuşmazlığı ele alması veya karara bağlaması, kararın iptali (*annulment*) ile sonuçlanabilecektir.

Konvansiyonun 36. Maddesi ICSID tahkiminin başlangıç prosedürünü düzenler. Hükme göre, tahkim davasını başlatmak isteyen taraf, anlaşmazlık konularını, tarafların tanıtımını ve tarafların tahkime onaylarını da içeren yazılı istemini Genel Sekreterliğe bildirecektir. İstemi alan Genel Sekreter, istemin içeriğine dayanarak uyuşmazlığın açıkça Merkezin yetkisi dışında olduğunu tespit

³¹⁰ Tezimizin konusunun bir yönü “ICSID Anlaşması çerçevesinde yatırım uyuşmazlığı” olduğu için belirtmemiz gerekir ki; m. 25/1’in orijinal metninde “...any legal disputes arising directly out of an investment” ibaresi kullanılmıştır. Bu düzenleme tarzı ile, Merkezin yetkisi, sadece **bir yatırımdan doğrudan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklara** münhasır kılınmak istenmiştir.

³¹¹ Merkezin yetkisinin en önemli şartlarından bir olan, “uyuşmazlık taraflarının rızası ya da onayı” hususu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 45-78.

³¹² Yine, Merkezin yetkisinin en önemli şartlarından bir diğeri olan, “Merkezin kişi bakımından yetkili olması” hususu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s.84-127.

³¹³ Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 45.

ederse, tahkim istemini reddedecek³¹⁴ ve durumu taraflara bildirecektir (m. 36/3). Genel Sekreter bu kararını verirken incelemeyi yalnızca davacının istemine dayanarak yapacaktır. Bu konuda, karşı tarafın görüşüne başvurmayacaktır³¹⁵. Merkezin yetkisinin bulunmadığı açık durumlar, ev sahibi devletin yada yabancı yatırımcının tâbi olduğu devletin Konvansiyon tarafı olmaması, Merkezin yetkisi konusunda yazılı bir onayın olmadığı veya **bir yatırımdan doğrudan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlığın** olmadığı hallerdir (25/1). İnceleme sırasında, yetkinin varlığı konusunda tam anlamıyla bir belirginlik olmazsa, Genel Sekreter, istemi tescil ederek tahkim prosedürünü başlatacaktır. Uygulamada Genel Sekreterin resmi olarak reddetmiş olduğu başvurular oldukça azdır³¹⁶.

Yetki incelemesinde, tarafların yetkiye itiraz etmeyerek Merkezin yetkisine zımni bir onay vermeleri yetkinin tespiti bakımından yeterli değildir. Merkezin konu ve kişi bakımından yetkisi objektiftir. Örneğin, uyuşmazlık tarafı olan yatırımcı, Konvansiyon tarafı bir devlet vatandaşı değilse, hakem mahkemesi bu şartın mevcut olup olmadığını re'sen gözetip, yetkisiz ve görevsizliğine karar vermek durumundadır³¹⁷. Merkezin ve hakemlerin yetkili olmadığından bahisle kararın iptali söz konusu olabileceğinden, taraflar itiraz etmemiş olsa dahi yetki sorununu re'sen inceledikten sonra mahkemenin davanın esasına girmesi, kararın etkinliği bakımından önemlidir. Konvansiyon kapsamında verilmiş bir hakem kararının iptali sebeplerinden en önemlisi, madde 52/1/b bendinde yer alan hakem mahkemesinin yetkilerini açıkça ya da esaslı derecede aşması halidir (Ayrıca Tahkim Kuralları m. 50/3/b/i). Yetki şartları gerçekleşmeden verilmiş bir karar da, hakemlerin yetkilerini aşması olarak değerlendirilir. Yetkisini aşımı mutlak yetki şartları konusunda olabileceği gibi, mahkemenin 25. Madde anlamında yetkisi olmakla beraber, **bir yatırımla doğrudan ilgili olmayan bir uyuşmazlık** hakkında karar vermesi şeklinde de olabilir. Son olarak belirtmek gerekir ki, iki taraflı ya da çok taraflı bir

³¹⁴ ICSID Convention Regulations and Rules/ Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings: Institution Rules (Başvuru Kuralları), Registration of the Request: Rule 6. Ayrıntılı bilgi için bkz: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>.

³¹⁵ Hirsch, *Arbitration Mechanism of ICSID*, s. 44.

³¹⁶ Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 46. Hirsch, *Arbitration Mechanism of ICSID*, s. 44. Broches, *The Convention*, s. 365-366.

³¹⁷ Broches, *The Convention*, s. 367-368. Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 45.

yatırım anlaşması olduğunda, Merkezin yetkisi ve hakem mahkemesinin görevi, gerek ICSID Konvansiyonu gerek ilgili anlaşmalar kapsamında tesis edilmiş olmalıdır³¹⁸.

D. ICSID Anlaşması Çerçevesinde Yatırım Uyuşmazlığı

Konvansiyonun Merkezin yargılama yetkisini düzenleyen 25. Maddesine göre "*Merkezin yargılama yetkisi... bir yatırımdan doğrudan kaynaklanan herhangi bir hukuki uyuşmazlığı kapsayacaktır...*". İlgili maddede Merkezin konu bakımından yetkisini işaret eden bu tanımlama **üç unsur**dan oluşmaktadır. Öncelikle, ortada bir uyuşmazlık bulunmalı ve bu **hukuki bir uyuşmazlık** olmalıdır, ikincisi, söz konusu hukuki uyuşmazlık ilgili işlemde **doğrudan** kaynaklanmalıdır. Üçüncü olarak, söz konusu uyuşmazlığın doğrudan kaynaklandığı işlem bir **yatırım** olmalıdır³¹⁹.

Bu başlık altında, Merkezin konu bakımından yargılama yetkisinin tayini için bu üç unsura ayrı ayrı değineceğiz. Daha sonra, ICSID hakem mahkemelerinin içtihatlarından örnekler vererek, ev sahibi âkit devletlerle yatırımcılar arasında, Merkezin yetkisi noktasındaki, mezkur unsurlara taalluk eden yaklaşım farklarının (uyuşmazlık) üzerinde durulacaktır. Konvansiyonun hazırlık çalışmalarında bu unsurların tanımı konusunda yoğun tartışmalar yaşanmasına rağmen, kabul edilen nihai metin ne yatırımı ne de hukuki uyuşmazlığı tanımlamaktadır. Tanımın Konvansiyonda yer almaması gerek taraflar gerek Merkezin yetkisini tayin bakımından inceleme yapacak olan hakem mahkemelerine, Konvansiyonun amaçları ile çatıştığı ölçüde sınırlandırmaya tâbi olacak geniş bir takdir yetkisi bırakmıştır. Taraflar hukuki olmayan ve doğrudan bir yatırımdan kaynaklanmayan uyuşmazlığı ICSID tahkimine tabi kılsalar da, Merkezin yetkisi, tarafların bu anlaşmalarından değil Konvansiyondan doğmaktadır³²⁰.

³¹⁸ Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 49-50.

³¹⁹ Bkz.: Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 133.

³²⁰ Broches, *The Convention*, s. 362. Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 133.

1. Uyuşmazlığın “Hukuki” Olması

Konvansiyonun konu bakımından yetkisi için taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık olması yeterli değildir. Bu uyuşmazlığın "hukuki" bir uyuşmazlık olması gerekmektedir. Bu Merkezin yetkisi için kesin bir şarttır. Konvansiyona eklenen İcra Direktörleri Raporunda "hukuki uyuşmazlık" terimi tanımlanmıştır. Rapora göre “hukuki uyuşmazlık” ifadesi, Merkezin yargılama yetkisine menfaat uyuşmazlıklarının değil hak uyuşmazlıklarının dahil olduğunu belirtmek amacıyla kullanılmıştır. Uyuşmazlık hukuki bir hakkın ya da borcun varlığına ya da kapsamına ilişkin olmalıdır. Merkezin yetkisinin politik ya da ticari uyuşmazlıklar için tesis edilmemesi gereği, Konvansiyon hazırlayıcılarının üzerinde anlaştıkları noktadır³²¹.

Bir uyuşmazlık ancak, eski hale iade ya da tazmin gibi talepler yapıldığında ve bu taleplerin kaynaklandığı hakların, taraflar arasındaki sözleşmelere, ikili anlaşmalara veya mevzuata dayanarak talep edilebilmesi halinde hukuki bir uyuşmazlıktır. Sonuçta, uyuşmazlığın hukuki olup olmadığı, davacı tarafından hukuki olarak ortaya konulabilmesine de bağlıdır. Nitekim bu sebeple, Başvuru Kurallarının 2/1/e maddesine göre, tahkim talebi, taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin sorunların **bir yatırımdan doğrudan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık** olduğuna dair bilgiyi de içermelidir.

Şanlı, ICSID Andlaşması'nda "Yatırım Uyuşmazlığı"nın ne olduğunun açık olarak düzenlenmediğini; 25. maddesinin 1. bendindeki; "...yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar" ifadelerini taşıyan tanımın oldukça geniş ve genel olduğunu; 25/1'deki bu ifade ile neyin kastedildiğinin sonraki tarihli ikili anlaşmalar esas alınarak ortaya konabileceğini ifade etmiştir³²².

Gerçekten de ikili yatırım anlaşmalarında uyuşmazlığın niteliğine ilişkin hükümler bulunmakta; fakat bu hükümlerde, daha ziyade uyuşmazlığın bağlantılı olabileceği hukuki işlemler ya da dayanaklar listelenmektedir. Örneğin, Türkiye-

³²¹ Executive Directors Report, paragraf 26.

³²² Bkz.: Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 384-385.

Birleşik Krallık Anlaşmasının "Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde Başvurulacak Uluslararası Merkez" başlıklı 8. maddesinin 1. paragrafına göre, maddenin amacına uygun olarak bir "hukuki uyuşmazlık"ın şu konulan kapsamı gerektiği belirtilmiştir: Bir yatırım izninin uygulanması veya yorumlanması; bir akit taraf yatırımcısının diğer akit tarafla yaptığı yatırım anlaşmasının yorumlanması veya uygulanması ve son olarak bir yatırımla ilgili olarak Anlaşmada verilen veya yaratılan hakkın ihlal edilmesi. Bu hallerden birinin varlığı halinde, ilgili iki taraflı anlaşma ve Konvansiyon anlamında hukuki bir uyuşmazlık söz konusu olacaktır³²³. Bu ve buna benzer anlaşmalarda, hukuki bir yatırım uyuşmazlığı terim olarak tanımlanmamıştır. Uyuşmazlığın ilgili kategorilere dahil olması onun Merkez tahkimine sunulabilmesi bakımından ehil bir yatırım uyuşmazlığı olduğunu göstermektedir³²⁴.

ICSID hakem mahkemelerinin kararlarında, yatırım uyuşmazlığının hukuki olmadığına ilişkin itiraz sık görülmektedir. Ancak bazı kararlarda hakem mahkemeleri bu hususa değinmektedirler. Örneğin, *SPP v Egypt* davasında yabancı yatırımcı ile Mısır arasında belli turist alanlarının geliştirilmesine ilişkin bir anlaşma imzalanmıştı. Ancak, anlaşmadan 4 yıl kadar sonra ve inşaatın başlamasını takip eden devrede, Mısır hükümeti kabul etmiş olduğu bazı mevzuat hükümleriyle, ilgili turist alanlarını kamu alanı ilan etmiştir. Taraflar arasında bu konuda çıkan uyuşmazlık üzerine, ICSID hakem mahkemesi, bunu Konvansiyonun 25/1. Maddesi kapsamında hukuki bir uyuşmazlık olarak nitelendirmiştir³²⁵. *CSOB v Slovakia* davasında ise, uyuşmazlık, Çek ve Slovak Cumhuriyetlerinin ayrılması sebebiyle bir devlet bankası olan CSOB'un tasfiyesi kapsamındaki belli düzenlemelerden kaynaklanmaktaydı. Davada Slovakya, uyuşmazlığın söz konusu iki Cumhuriyetin ayrılması ile sıkı bağlantılı olduğunu ileri sürerek politik boyutuna dikkat çekmiştir. Ancak, öte yandan uyuşmazlığın hukuki karakterini de inkar etmemiştir. Hakem mahkemesine göre, bir devletin taraf olduğu yatırım uyuşmazlıkları politik unsurlar

³²³ Bu konu ileride III/B/1, 2 ve 3 bölümlerinde ele alınacaktır.

³²⁴ Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 135.

³²⁵ Decision on Objections to Jurisdiction 24 May 1999, 14 ICSID Rev. FILJ 1999, s. 272 paragraf 61; ayrıca bkz.: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob-decision.pdf>.

ve hükümet tasarrufları içerse de, bu uyuşmazlıklar hukuki hakları ve borçları veya bunların ihlalini ilgilendirdiği sürece hukuki niteliğini kaybetmezler³²⁶.

2. Uyuşmazlığın “Doğrudan” Kaynaklanması

ICSID Anlaşması çerçevesinde bir uyuşmazlığın **yatırım uyuşmazlığı** olarak kabul edilebilmesi, diğer bir ifadeyle Merkezin konu bakımından yetkisinin tesis edilebilmesi için, ikinci unsur mevcut hukuki uyuşmazlığın ilgili alt işlemde **doğrudan kaynaklanmasıdır**. Söz konusu alt işlem Konvansiyon anlamında bir yatırımdır. Yatırımla dolaylı bir ilişkisi olan uyuşmazlıklar konusunda Merkezin yetkisi bulunmamaktadır. Uyuşmazlığın doğrudan yatırımdan kaynaklanması³²⁷ konu bakımından yetkinin objektif şartıdır. Bu sebeple, taraflar arasında bu konudaki bir anlaşma, uyuşmazlığın Merkeze sunumu için bir yeterliliğe işaret etse de, ilgili hakem mahkemesi yetki ve görevini tayin ederken tarafların bu konudaki anlaşması ile kendisini bağlı kılmayacaktır.

Konvansiyon Madde 25/1’deki uyuşmazlığın doğrudan yatırımdan kaynaklanması olgusu ile kastedilen, uyuşmazlığın doğrudan bir yabancı yatırımdan³²⁸ değil, bir yatırımdan doğrudan kaynaklanmasıdır. Diğer bir deyişle, doğrudan terimi, yatırımın doğrudan bir yabancı sermaye yatırımı olması gerektiğine işaret etmez. Örneğin, Venezüella, IMVD adlı bir şirket lehine daha önce imzalanmış

³²⁶ Decision on Objections to Jurisdiction 24 May 1999, 14 ICSID Rev. FILJ 1999, s.272 paragraf 61; Karar için ayrıca bkz.: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob.decision.pdf>. Uyuşmazlık baskın bir şekilde politik, ticari veya çevresel bir niteliği haiz ise hukukiliği konusunda şüphe olabilir. Ancak, bir ICSID hakem mahkemesi bu hallerde dahi uyuşmazlığı, 42/2. madde kapsamında kendi yaratacağı kurallar da dahil olmak üzere hukuk kurallarını uygulayarak çözebilecekse, Merkezin yetkisini kabul edebilecektir. Bkz.: K.V.S.K. NATHAN, **ICSID Convention, the Law of the International Centre for Settlement of Investment Disputes** (The Law of ICSID), New York, Juris Pub., 2000, s. 105. Bkz.: Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 136-137.

³²⁷ Burada kastedilen, uyuşmazlığın ‘doğrudan yabancı yatırım’ (foreign direct investment-FDI) dan kaynaklanması değil; bir yatırımdan doğrudan kaynaklanmasıdır. ICSID Hakem Mahkemesinin bu konuda, *Fedax v Venezuela* davasında verdiği bir karar için bkz Decision on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997, YCAVol. XXIV (1999) s. 23, paragraf 10. Bkz.: Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 136-137.

³²⁸ Literatürde, Foreign Direct Investment-FDI ifadesiyle, genellikle geniş çaplı, büyük ve uzun vadeli yatırımlar kastedilmektedir.

olan sözleşmeden doğan borçları için 6 adet bono keşide etmişti. Bonoların lehdarı şirket ise bonoları Fedax'a ciro edip devretmişti. Bonoların Venezüella tarafından ödenmesinin reddedilmesi üzerine çıkan uyuşmazlıkta, Fedax ICSID tahkimine başvurmuştur. *Fedax v Venezuela* davasında, diğerlerinin yanında, Venezüella söz konusu işlemin "doğrudan yabancı yatırım" olmaması sebebiyle Konvansiyon anlamında bir yatırım olmadığını iddia etmiştir. ICSID hakem mahkemesi ise, maddedeki "doğrudan" teriminin "yatırım"a değil "uyuşmazlığa" atıf yaptığını; böylece, uyuşmazlığa konu yatırım doğrudan bir yatırım olmasa da, **uyuşmazlığın doğrudan ilgili yatırım işleminden kaynaklanması şartıyla**, Merkezin yetkisinin söz konusu olacağını ifade etmiştir³²⁹.

Merkezin yetkisine uyuşmazlığın doğrudan yatırımdan kaynaklanmadığı iddiasıyla itiraz edildiği *AMCO u Indonesia* davasında, davaya konu olan olayda, yabancı yatırımcı Endonezya ordusu tarafından dolaylı olarak kontrol edilen bir şirketle, bir otelin kiralanması ve yönetimi için bir anlaşma yapmış ve yatırım izni almıştır. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlık üzerine, ilgili devlet şirketi sözleşmeyi fesh etmiş, polis ve ordunun yardımı ile fiziken otelin kontrolünü eline almıştır. Bu olayları takiben yabancı yatırımcının yatırım izni iptal edilmiştir. Yabancı yatırımcı, haklarının takibi için ICSID'de açmış olduğu tahkim davasında, sözleşmelere değil, Endonezya tarafından gerçekleştirildiğini ileri sürdüğü devletleştirme veya kamulaştırmaya dayanmıştır. Endonezya ise cevabında, uyuşmazlığın kira sözleşmesinin feshinden kaynaklandığını ve sözleşme tarafının da devlet değil bir özel şirket olduğunu ileri sürerek Merkezin yetkisinin olmadığını iddia etmiştir. Ancak hakem mahkemesi, tüm davanın yalnızca bu kira sözleşmesinden kaynaklandığı ve bu sebeple Merkezin yetkisinin dışında olduğu fikrine katılmayarak, Merkezin yetkili olabileceğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, davanın sözleşmelerden değil de kamulaştırmadan kaynaklanmış olması onun bir yatırımdan doğrudan kaynaklanmadığı anlamına gelmemektedir³³⁰.

³²⁹ Decision on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997, YCA Vol. XXIV (1999) s. 23, paragraf 10.

³³⁰ Arbitral Award on Jurisdiction of 25 September 1983, YCA Vol. X (1985), s. 61. Hakem mahkemesi, *Tradex v Albania* davasında da benzer şekilde, yabancı yatırımcı ile davalı Arnavutluk devlet şirketi ile yapılmış olan ortak girişim sözleşmesi temelindeki yatırımla ilgili olarak, Ar-

AMCO olayında, mevcut davanın daha sonra ICSID iptal prosedürü sonucu iptal edilmesinden sonra aynı taraflar arasında tekrar açılan davada, Endonezya devleti karşı dava olarak, yabancı yatırımcının vergi hilesinden sorumlu olduğunu iddia ederek, kurumlar vergisini talep etmiştir. Gerek Amco gerek Endonezya vergi konularının Merkezin yetkisi dahilinde olduğunu kabul etmişlerdir. Ancak Amco'ya göre, olaydaki vergi konusu yatırımla **doğrudan** ilgili değildir ve dolayısıyla Merkezin konu bakımından yetkisine girmemektedir. Endonezya ise, yatırımdaki vergi teşvikinin işin esasını oluşturduğunu ve uyuşmazlığın yatırımdan **doğrudan** kaynaklandığını iddia etmiştir. Hakem mahkemesi, davacı Amco'nun görüşünü kabul ederek, Merkezin yetkisini tayin bakımından, genel bir hukuk konusu olarak ev sahibi devletin yetkisinin kapsamı dahilinde olan gerçek ve tüzel kişilere ilişkin yükümlülükler ile ev sahibi devletle yatırımcı arasında akdedilmiş bir yatırım sözleşmesinin sonucu olarak uygulanacak haklar ve borçlar arasında bir ayırım yapmak gerektiğine işaret etmiştir. Mahkemeye göre, bu son gruba ilişkin hukuki uyuşmazlıklar madde 25/1 anlamında Merkezin yetkisine girer. İlk gruba ilişkin hukuki uyuşmazlıklar ise, şayet genel hukukta bunun Konvansiyon anlamında bir yatırım uyuşmazlığı olduğuna dair bir kural yoksa, prensip olarak ilgili devletin sunmuş olduğu uyuşmazlık çözüm yöntemlerine tabidir. Vergi hilesine başvurmama borcu bir ülkede faaliyet gösteren yerli yabancı her yatırımcı için genel bir yükümdür. Bu sebeple, yatırım sözleşmesinde özel olarak kararlaştırılmamış olup, yatırımdan **doğrudan** kaynaklanan bir uyuşmazlık değildir. Dolayısıyla, bu davadaki vergi hilesine ilişkin talepler, konu bakımından mahkemenin görevi dışındadır³³¹.

PSEG v Turkey davasında da, Türkiye tarafından hakem mahkemesi önünde uyuşmazlığın yatırımdan doğrudan kaynaklanmadığı ileri sürülmüştür³³². Türkiye'ye

navutluğun davanın Merkezin yetkisinde olmadığı ve uyuşmazlığın ilgili ortak girişim sözleşmesine göre oradaki uyuşmazlık çözüm yöntemine tabi olduğu iddiası karşısında; davanın yabancı yatırımcı tarafından Arnavutluğa karşı ve yatırımın kamulaştırılması nedeniyle açılmış olduğunu söyleyerek konu bakımından yetkiyi tesis etmiştir. Bkz.: Decision on Jurisdiction 24 December 1996, 14 ICSID Rev. FILJ 1999/1 s. 161.; http://www.worldbank.org/icsid/cases/tradex_decision.pdf.

³³¹ *Amco v Indonesia*, Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction, 10 May 1988 YCA Vol.XIV s. 92. Yılmaz, Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID, s. 140-141.

³³² *PSEG v Turkey*, Decision on Jurisdiction 4 June 2004. Karar yayınlanmamıştır.

göre, uyuşmazlığa konu bir yatırım yoktur. Var kabul edilse bile, uyuşmazlık bu yatırımdan **doğrudan** kaynaklanmamaktadır. Türkiye bu iddiasına dayanak olarak Türkiye-ABD ikili yatırım antlaşmasının³³³ yatırım uyuşmazlığını tanımlayan VI. maddesini göstermektedir. Maddeye göre:

"... yatırım anlaşmazlığı (a) bir Taraf ile karşı Tarafın vatandaşı veya şirketi arasındaki bir yatırım sözleşmesinin uygulanması veya yorumlanması; (b) bir Tarafın yabancı yatırımlarla ilgili makamının, söz konusu vatandaş veya şirkete sağladığı herhangi bir yatırım müsaadesinin uygulanması veya yorumlanması; veya (c) bir yatırım ile ilgili olarak ve işbu Anlaşma ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın çiğnendiğinin iddia edilmesi ile ortaya çıkan anlaşmazlıklar ifade eder."

Türkiye'ye göre olayda bu üç halden hiçbiri mevcut değildir. Ne bir yatırım sözleşmesi veya izni, ne de bir yatırımla ilgili antlaşmaya dayalı haklar vardır. Türkiye'ye göre, yabancı yatırımcının Yap-İşlet-Devret modeli ile elektrik santrali kurmak için Enerji Bakanlığı ile imzalamış olduğu imtiyaz sözleşmesi geçerli olmadığı gibi, proje şirketinin kuruluşu için alınmış olan yabancı yatırım izin belgesi de aslında nitelik olarak fiziki yatırımlar için gerekli olan yatırım izin belgesi değildir. Hakem mahkemesi incelemesinde öncelikle imzalanmış olan imtiyaz sözleşmesinin geçerli olduğunu ve bu sözleşmenin de ilgili ikili antlaşma kapsamında bir yatırım sözleşmesi olduğunu ifade etmiştir. Daha sonra, proje şirketi olarak kurulan şube ve bir limited şirketin yabancı sermaye makamlarından şirketin kuruluşu için gerekli izinleri aldığını tespit etmiştir. Kaldı ki, yabancı sermaye izni olmasaydı imtiyaz sözleşmesi Danıştay tarafından onaylanmazdı. Bu sebeple, dava konusu uyuşmazlık ilgili ikili yatırım antlaşmasının tanımını çerçevesinde her iki taraf nezdinde yatırım sözleşmesinin ve yatırım izninin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkindir. Hakem mahkemesi, son olarak VI/1. maddedeki üçüncü kriter bakımından yaptığı değerlendirmede, yatırıma ilişkin olarak antlaşma tarafından yaratılan ya da verilmiş olan herhangi bir hakkın ihlaline ilişkin olarak, bu aşamada ihlalinin tespitinin mümkün olmadığı, ancak uyuşmazlığın hikayesine bakıldığında yatırımın prensip olarak antlaşma kapsamında korumaya tabi olduğu ve davacıların da söz konusu taleplerinin incelenmesine hakkı olduğuna karar vermiştir.

³³³ Antlaşma metni için bakınız RG. 13.8.1989 -20251.

Sonuçta hakem mahkemesine göre, bu davadaki uyuşmazlık yatırımdan doğrudan kaynaklanan bir uyuşmazlık olarak Merkezin yetkisine tabidir³³⁴. "Doğrudan kaynaklanma" terimi için genel geçerliliği haiz bir tanımlama yapmak zordur. ICSID hakem mahkemelerinin mezkur kararlarında da görüldüğü üzere, Konvansiyonun terimi tanımlamaması karşısında, hakem mahkemeleri kendilerine sunulan bu geniş alanı iyi değerlendirmişlerdir³³⁵.

3. Uyuşmazlığın Bir “Yatırım”dan Kaynaklanması

Merkezin konu bakımından yetkisini tayin ederken ele alınması gereken üçüncü unsur, hukuki uyuşmazlığın doğrudan bir ‘yatırım’dan kaynaklanmasıdır. Konvansiyon, ancak yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacaktır. Bununla birlikte, ilgili 25/1. maddede **yatırım** kavramı tanımlanmadığı gibi, Konvansiyonun diğer hükümlerinde de bu konuda bir tanım bulunmamaktadır. Konvansiyonun amacı, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne katkıda bulunmak olduğu için, bu amacı sınırlandıracak bir tanımdan kaçınılmış; yatırımın tanımından ziyade bu konudaki uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanması gerektiğine ilişkin bir vurguyu, Merkezin yetkisine verilmesi gerekli onay ile birleştirmenin yeterli olduğu düşünülmüştür. Nitekim, İcra Direktörleri Raporuna göre, Konvansiyonun 25/4. maddesi kapsamında akit devletlerin, dilerlerse, hangi tip uyuşmazlıkları Merkezin yetkisine sunup sunmayacaklarını önceden bildirebilmesine ilişkin mekanizma da bir yatırım tanımı verilmesini gereksiz kılmaktadır³³⁶.

³³⁴ *PSEG v Turkey*, paragraf 114-124.

³³⁵ Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 142-146.

³³⁶ Executive Directors Report, paragraf 27. Buradan çıkan sonuç, yatırımın tanımı konusunda Konvansiyonun suskun olduğudur. Ancak, bununla birlikte, tarafların Merkezin yetkisine onay vermelerinin bir anlamda, sübjektif olarak ilgili uyuşmazlığın bir yatırım uyuşmazlığı olduğu konusunda iradelerini yansıttığı söylenebilir. Konvansiyon bu konuda taraflara, sınırsız olmamakla birlikte geniş bir serbestlik sunmaktadır. Her ne kadar, tarafların onayla ilgili uyuşmazlığı sübjektif olarak yatırım uyuşmazlığı olarak kabul etmeleri bir önemi haiz ise de, son tahlilde 25/1. maddede ifade edilen uyuşmazlığın bir ‘yatırım’dan kaynaklanması objektif bir zorunluluktur. Örneğin, ICSID Genel Sekreteri 1999 yılında, mal satışı içeren bir tedarik sözleşmesinden doğan uyuşmazlık için yapılmış olan tahkim başvurusunu tescil etmemiştir. Genel Sekretere göre, işlem açıkça bir **yatırım** oluşturmadığından, uyuşmazlık Merkezin yetkisi dışındadır. Aynı şekilde, Konvansiyonun

Konvansiyon muvacehesinde **yatırımın** tanımı yapılırken, tarafların bilhassa Merkezin yetkisine onay verdikleri işlemde hareket etmek bir gereklilik olmaktadır. Bunun yanısıra, ICSID hakem mahkemelerinin tarafların söz konusu anlaşmalarına vermiş oldukları nihai anlam ise uygulama bakımından, söz konusu taraflarca yapılan sübjektif tanımlamanın sınırını tespit edecektir³³⁷.

Konvansiyon'da, yukarıdaki gerekçelerle **yatırım** kavramının tanımlanmamış olması, 25/1. Maddenin Merkezin yetkisi bakımından hukuki uyumsuzluğun doğrudan bir '**yatırım**'dan kaynaklanmasını öngören düzenlemesi ile birlikte düşünüldüğünde, '**yatırım**'a ilişkin tanımın başka kaynaklarda aranacağı belirginleşir. Bu kaynaklar, uyumsuzluk tarafları arasındaki sözleşme, uluslararası anlaşmalar (konumuz itibariyle sadece ikili yatırım anlaşmalarını ele alacağız) ve de ev sahibi devletin ulusal (yatırım) mevzuatıdır.

a. Yatırım Sözleşmelerinde³³⁸ Yatırımın Tanımlanması

Ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı akdetmiş oldukları yatırım sözleşmesinde söz konusu operasyon veya faaliyeti **yatırım** olarak tanımlayabilirler. Bu şekilde bir tanımlama hakem mahkemesini tek başına bağlamaz; fakat, böyle bir sözleşmeyi imzalayan taraf, uyumsuzluk Merkeze intikal ettiğinde, hakem mahkemesi önünde bu hususta bir itirazda bulunamayacaktır.

Tarafların yatırım sözleşmelerine veya onay beyanlarına ilgili işlemi veya faaliyeti niteleyen hükümler koyabilmesini sağlamak amacıyla Merkez, 1993 tarihli Model Klotlarda örnek bir hüküm öngörmüştür. İlgili 3. Kloza göre taraflar ilgili işlemin bir yatırım olduğunda anlaşabilirler:

uygulanabilmesi bakımından, ilgili uyumsuzluk **yatırım** olarak nitelendirilebilecek bir diğer işlemde de doğrudan kaynaklanmamıştır. Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 142-146.

³³⁷ Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 149.

³³⁸ Tezimizde, yabancı kaynaklara paralel olarak, 'yatırım sözleşmesi (investment contract)', ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki sözleşmeyi ifade etmek için kullanılmıştır. Devletlerin kendi aralarında akdettikleri için ikili yatırım anlaşması (bilateral investment treaty) ifadesi kullanılmıştır

"Bu anlaşmanın ilgili olduğu işlemin bir yatırım olduğu bu hükümle şart koşulmuştur."³³⁹

Aucoven v Venezuela davasında, Venezüella Altyapı Bakanlığının bir otoyol tasarımı, yapımı, işletilmesi ve bakımı için açmış olduğu ihaleyi Meksikalı bir mühendislik firması ile bir Venezüella yatırım bankası konsorsiyumu kazanmıştı. İhale kazanıldıktan sonra, bu iki şirket Venezüella'da Aucoven'i kurdular. Kuruluşu takiben, Aucoven, Bakanlık ile 1996 yılında sözleşmeyi imzalamıştır. Sözleşmenin uygulanması aşamasında taraflar özellikle otoyol geçiş ücretlerinin artışı konusunda uyuşmazlığa düşmeleri üzerine, Aucoven sözleşmede kararlaştırılmış olan uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurarak Merkeze tahkim isteğinde bulunmuştur³⁴⁰.

Taraflar, konusu otoyol tasarımı, yapımı, işletimi ve bakımı olan imtiyaz sözleşmesi ile bağlantılı olan her türlü uyuşmazlığın "**yatırım**"a ilişkin olduğu hususunda açıkça anlaşmışlardır. ICSID hakem mahkemesi ise, taraflarca davada uyuşmazlığın konu bakımından yetkisine herhangi bir itiraz olmadığı halde, bunu objektif bir şart olarak niteleyerek yapmış olduğu tespitte, konu bakımından yetkinin mevcudiyetine karar vermiştir. Mahkeme her ne kadar tarafların bu konudaki anlaşmasına bir atıf yapmışsa da bu şartın Konvansiyon anlamında objektif bir şart olması nedeniyle, bu anlaşmanın "makul" görüldüğünü de ilave etmiştir. Diğer bir deyişle, mahkemeye göre, tarafların bir işlemi **yatırım** olarak kabul etmeleri yeterli olmamakta, bu tespitin "makul" olması da gerekmektedir. Mahkeme devamla, sözleşmenin ifasının uzunca bir zaman dilimi içerisinde (30 yıllık imtiyaz süresi) önemli parasal kaynaklar gerektirmesi nedeni ile, Konvansiyonun 25. maddesi kapsamında bir **yatırım** olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir³⁴¹.

³³⁹ 1993 ICSID Model Clauses 3 "It is hereby stipulated that the transaction to which this agreement relates is an agreement." <http://www.worldbank.org/icsid/model-clauses-en/8.htm#a>.

³⁴⁰ Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 150.

³⁴¹ *Aucoveni u Venezüella*, Decision on Jurisdiction, 16 ICSID Rev. FILJ 2001, s. 39, paragraf 100-101. Karar için ayrıca <http://www.worldbank.org/icsid/cases/decjuris.pdf>.

Yatırımın tanımına ilişkin mutabakat, model kloz ya da benzeri bir hükümlerle açıkça gerçekleştirilebileceği gibi, bu mutabakata örtülü olarak da varılmış olabilir. Taraflar arasındaki yatırım sözleşmesinin ICSID tahkim klozu veya bu tahkime onay veren bir hüküm içermesi durumunda, ilgili işlemin Konvansiyon kapsamında bir yatırım olduğuna ilişkin örtülü mutabakat gerçekleşmiş demektir. Bu sonuca, ilgili işlem veya faaliyetin bir yatırım olmaması durumunda, tarafların Merkezin yetkisini kabul etmeyeceklerini farzederek ulaşılr. ICSID hakem mahkemelerinin bazı kararlarında bu tespit açıkça görülebilir. Örneğin, *CSOB v Slovakia* davasında, hakem mahkemesine göre, tarafların aralarındaki anlaşmadan doğan hak ve borçları konusunda Merkezin yetkisinin kabulü, onların söz konusu işlemi Konvansiyon anlamında yatırım olarak kabul ettiklerine dair güçlü bir karene oluşturur. Ayrıca, aynı şekilde, tarafların anlaşmalarında ICSID tahkimini öngören ilgili iki taraflı yatırım anlaşmasına yapmış oldukları referansa da özel önem vermek gerekmektedir. Bu referans, tarafların ilgili işlemi iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında da bir yatırım olarak kabul ettikleri anlamına gelmektedir³⁴².

Gerek iki taraflı gerek çok taraflı uluslararası anlaşmalarda uyuşmazlıkların çözümü için ICSID tahkimine yollama yapan düzenlemelerde yatırımın tanımına ilişkin hükümler de bulunmaktadır. Konumuz gereği sadece ikili anlaşmalardaki yatırım tanımlarını ele alacağız.

b. İkili Yatırım Anlaşmalarında Yatırımın Tanımlanması

Merkezin yetkisini tesiste tarafların onayının yer aldığı temel belgelerden biri de ikili yatırım anlaşmalarıdır. Bu anlaşmalar, anlaşma kapsamında Merkezin yetkisine tâbi kıldıkları yatırımların neler olduğunu da içermektedir. Anlaşmalardaki yatırım tanımları esas olarak birbirine benzemektedir. Genellikle, yatırımlar tüketici olmayan bir şekilde tanımlanmakla beraber, bazı yatırım türleri özel olarak belirtilmiştir. Bir genelleme yapılacak olursa, bu anlaşmalarda, yatırım her türlü mal varlığını kapsadığına ilişkin kuşatıcı bir tanım³⁴³ bulunmaktadır.

³⁴² 14 ICSID Rev. FILJ, 1999/1 s. 274, 282, paragraf 66, 67 ve 89. Bkz.: Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 150-151.

³⁴³ Türkiye'nin taraf olduğu ikili anlaşmalardaki yatırım tanımları tezimizin II/B/3/a bölümünde ele alınmıştır.

İki taraflı anlaşmalar ve ICSID'in yetkisi bakımından yatırımın tanımı arasındaki bağlantıya da değinmek gerekir. Öncelikle belirtilmelidir ki, taraflar arasında Merkeze intikal eden uyuşmazlığın iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanmadığı davalarda, bu anlaşmadaki yatırım tanımına itibar edilemeyecektir³⁴⁴. Ancak, ilgili işlem ya da faaliyetin iki taraflı yatırım anlaşmasındaki yatırım tanımına girmemesi Merkezin yetkisini ortadan kaldırmaz. Bu durumda, hakem mahkemesi tarafların anlaşması ile birlikte işlemi yorumlayarak uyuşmazlığın Konvansiyon anlamında bir yatırımdan kaynaklanıp kaynaklanmadığını kendisi belirleyecektir. Aynı şekilde, ICSID tahkimine onay verilmiş bir iki taraflı yatırım anlaşmasından kaynaklanan her uyuşmazlık da Konvansiyon kapsamında bir yatırım uyuşmazlığı olmayabilir. Örneğin, bazı anlaşmalarda, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlerde yatırımların tesisine ve kabulüne dair olan uyuşmazlıkların da ICSID tahkimine tabi olduğu kararlaştırılmaktadır. Özellikle, yatırım başvurusunun reddine dair olan bir uyuşmazlıkta uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklandığını söylemek mümkün değildir. Bu sebeple de, bu uyuşmazlık iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında olduğu halde, ICSID Konvansiyonun konu bakımından yetkisi dışında kalmaktadır. Bu nedenle, Merkez önüne gelen tahkim davalarında iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanılan hallerde, Merkezin yetkisinin konu bakımından tayininde gerek yatırım anlaşması gerek Konvansiyon hükümleri aynı anda gözetilmelidir³⁴⁵.

ICSID hakem mahkemelerinin önüne gelen çeşitli davalarda, iki taraflı anlaşmalar ve Konvansiyon kapsamında yatırımın tanımı konusunda tespitler bulunmaktadır. Örneğin, *AMT v Zaire* davasında Zaire kanunlarına göre kurulmuş olan SINZA şirketinin % 94 hissesi AMT adlı bir ABD şirketine aitti. Şirket Zaire'deki faaliyetleri sırasında iki kez Zaire ordusu tarafından basılmış ve yağmalanmıştı. Bunun üzerine AMT, ABD-Zaire iki taraflı yatırım anlaşmasına

³⁴⁴ Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 156.

³⁴⁵ Bu durumda, taraflar ikili anlaşmaya dayanarak bunun bir yatırım uyuşmazlığı olduğunu ileri süremeyeceklerdir. Zira, yatırım olup olmadığına dair test Konvansiyon anlamında olumlu sonuçlanmamıştır. Uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanmadığı bu gibi durumlarda uyuşmazlık ICSID Ek Mekanizma Kuralları dahilinde tahkim yoluyla çözümlenebilir. Bkz.: Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 156.

dayanarak ICSID tahkimine başvurmuştu. Tahkimde Zaire hükümeti, AMT'nin herhangi bir doğrudan yatırımı olmadığını ileri sürerek Merkezin yetkisine itiraz etti. Zaire'ye göre, AMT'nin durumu, SINZA adlı Zaire şirketinde yalnızca bir hissedarlıktı. Yatırım ise, AMT değil, SINZA tarafından yapılmıştı. Bu sebeple, ortada bir uyuşmazlık varsa o da SINZA ile Zaire arasında olup, bu konuda da Zaire mahkemeleri yetkiliydi. Hakem mahkemesi, iki taraflı yatırım antlaşmasındaki "yatırım" tanımına müracaat ederek, antlaşmadaki tanımın "hisse dahil, doğrudan ya da dolaylı olarak sahiplenilen ya da kontrol edilen her türlü yatırım"ı kapsadığını tespit etmiş; SINZA'nın AMT'nin bir yatırımı olduğuna karar vermiştir. Bu sebeple, AMT'nin SINZA'daki hisselerinin gerek iki taraflı antlaşma bakımından, gerek Konvansiyon bakımından yatırım teşkil ettiği hükmüne varmıştır³⁴⁶.

Bu davaya bazı yönleriyle benzeyen ve yakın tarihli bir dava olan *Enron v Argentine* davasında³⁴⁷, ICSID hakem mahkemesinin önemli tespitleri bulunmaktadır. Davacılar, Arjantin'de gaz dağıtım şirketinin özelleştirilmesindeki ilgili şirketin diğer iştirak şirketleri aracılığıyla toplam %35.263'ünün hissedarlarıdır. Uyuşmazlık, bazı Arjantin bölgesel idareleri tarafından özelleştirilen söz konusu gaz dağıtım şirketinin işlemleri üzerinde uygulanan damga vergisi, faiz ve cezalarından doğmuştur. Davacılar, söz konusu vergi uygulamalarının ABD-Arjantin ikili yatırım antlaşmasına aykırı olduğunu iddiasıyla anlaşmaya dayanarak, ICSID tahkiminde dava açmıştır.

Davada Arjantin, davacıların ilgili Arjantin şirketinde dolaylı olarak yatırımcı olduklarını; azınlık hisseye sahip olmaları ve ilgili şirketin kontrolünün davacılarda olmadığından bahisle, ilgili hisselerin bir yatırım olarak değerlendirilemeyeceğini ve dolayısıyla davacıların da yatırımcı olmadıklarını iddia etmiştir. Arjantin, hisselerin ikili yatırım antlaşmasında yatırım olarak değerlendirildiğini kabul ederken, böyle bir halde, ancak kamulaştırma gibi, hisseleri doğrudan etkileyen işlemlerin dava

³⁴⁶ American Manufacturing and Trading Inc v. The Republic of Zaire, Award of 21 February 1997, YCA vol. XXII (1997), s. 60.

³⁴⁷ Decision on Jurisdiction 14 January 2004, <http://www.asil.org/ilib/Enron.pdf>.

edilebileceğini iddia etmiştir. Davacılar ise, kendilerinin ilgili gaz şirketi adına değil, kendi hisselerinin antlaşma kapsamında yatırım olması sebebiyle, kendi adlarına yatırımcı sıfatı ile davayı açtıklarını söylemişlerdir.

Hakem mahkemesi kararında, azınlık hissedarların da gerek uluslararası hukuk gerek ICSID Konvansiyonu bakımından ilgili şirketlerden ayrı olarak haklarını talep edebilmelerine bir engel olmadığını tespit etmiştir. Daha sonra, ilgili yatırım antlaşmasının 1/1 maddesindeki yatırım tanımına atıf yaparak, maddedeki tanımın geniş bir şekilde bir akit taraf yatırımcısı tarafından diğer akit taraf ülkesinde doğrudan ya da dolaylı olarak yapılan hisse, alacak, borç, hizmet ve yatırım sözleşmeleri gibi her türlü yatırımı kapsadığını ifade etmiştir. Buna göre, söz konusu tanım azınlık ya da kontrol edici olmayan hisseleri hariç tutmamıştır. Mahkemeye göre, bu şekilde bir tanım Konvansiyonun amacına da aykırı olmayacaktır. Sonuç olarak, hakem mahkemesi, söz konusu hissedarların haklarının yatırım olarak ilgili yatırım antlaşması kapsamında korunduğunu ve yatırımın belli şirketler aracılığıyla yapılmış olmasının sonucu değiştirmeyeceğini ifade etmiştir³⁴⁸.

c. Ulusal Mevzuatlarda Yatırımın Tanımlanması

Merkezin yetkisine onayın bir kaynağı da ulusal mevzuatlardaki hükümlerdir. Ulusal yatırım mevzuatlarında Merkezin yetkisine verilmiş onay, Merkezin konu bakımından yetkisinin doğumu için ilgili mevzuattaki yatırımın tanımı kapsamında değerlendirilecektir. Diğer bir ifadeyle, ulusal mevzuatlarda yatırımın tanımı, Merkezin yetkisine aynı mevzuatta verilen onayın bir şartı olarak değerlendirilecektir. ICSID Anlaşması çerçevesinde, Merkezin konu bakımından yetkili olup olmadığı sorusu, Merkeze onayın yer aldığı yatırım mevzuatındaki yatırım tanımının değerlendirilmesi sonucunda cevaplandırılacaktır³⁴⁹.

³⁴⁸ Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 158.

³⁴⁹ Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 173.

Ulusal yatırım mevzuatları, genel olarak nelerin yabancı yatırım olduğu konusunda bir tespit içerirler. Bunlar ikili yatırım anlaşmalarındaki yatırım tanımlarına benzemektedir. Örneğin, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu³⁵⁰ yabancı yatırımı şu şekilde tanımlamıştır³⁵¹:

“Doğrudan yabancı yatırım: Yabancı yatırımcı tarafından,

1) Yurt dışından getirilen;

-Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'na alım satım yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye

-Şirket menkul kıymetleri

-Makine ve teçhizat

-Sinai ve fikri mülkiyet hakları

2) Yurt içinden sağlanan;

-Yeniden yatırımda kullanılan kâr, hasılat, para alacağı veya mali değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar

-Doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar

gibi iktisadi kıymatler aracılığıyla;

i)Yeni şirket kurmayı veya şube açmayı,

ii)Menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymetler borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı” ifade eder.

Bu Kanunda yatırım uyuşmazlıklarının çözümü konusunda ICSID'e herhangi bir atıf olmadığından, Türk hukuku bakımından bu Kanunda yapılmış olan tanımın somut bir yatırım uyuşmazlığında doğrudan dikkate alınması ya da başka yollarla Merkezin tahkim yetkisine verilmiş olan onayın bir şartı olarak uygulanması söz konusu olmayacaktır. Ancak, Türkiye'nin imzalamış olduğu ikili yatırım anlaşmalarında da benzer tanımın yapılmış olması itibariyle, pratikte ikili yatırım

³⁵⁰ 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, s. 471-483.

³⁵¹ Madde 2/b. (RG. 17/6/2003-25141)

anlaşmalarından kaynaklanan ICSID tahkimlerinde konu bakımından yetkinin tayini anlamında aynı tanıma itibar edilebileceği de açıktır³⁵².

ICSID hakem mahkemeleri bazı davalarda ev sahibi devletin ulusal mevzuatına göre bir **yatırımın** varlığı ve dolayısıyla Merkezin yetkisinin olup olmadığı sorusu ile karşı karşıya kalmışlardır. Örneğin, *SPP v Egypt* davasında uyuşmazlık, yabancı yatırımcının belli turistik bölgelerin inşası ve geliştirilmesine ilişkin yatırım sözleşmesi imzalanmasından sonra, söz konusu bölgelerin Mısır hükümeti tarafından kamu alanı ilan edilmesinden doğmuştu. Mısır, daha sonra, yabancı yatırımcıya kendi yatırım mevzuatı kapsamında vermiş olduğu yatırım iznini ve projeyi iptal etmiştir. Bunun üzerine yabancı yatırımcı Mısır yatırım mevzuatında ICSID tahkimine onay veren hükme dayanarak Merkeзде tahkim başvurusu yapmıştır³⁵³.

Mısır, Merkezin yetkisine itirazda, diğerlerinin yanısıra, Merkeze onayı içeren ilgili kanunun bu davada uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Buna göre; ilgili Kanunun 1. maddesi kapsamında **yatırım** Mısır yetkili makamınca onaylanmış (izne bağlanmış) ve yine kanunda belirtilmiş alanlardaki faaliyetlerdir ve yabancı yatırımcı ICSID tahkimine başvurmadan önce, Mısır söz konusu yatırım iznini iptal etmiş olduğundan, artık kanun kapsamında bir **yatırımdan** bahsetmek mümkün olmayacaktır. Hakem mahkemesi Mısır'ın bu iddiasını kabul etmeyip, ilgili Kanuna göre alınmış iznin geçerli olduğunu ve yatırımın bu mevzuata göre gerekli kriterleri taşıdığını belirterek, projenin ya da iznin iptalinin ilgili Kanuna göre bir "yatırım" yapılmış olması gerçeğini değiştirmedigine karar vermiştir. Sonuçta, ilgili Kanunun bu yatırıma uygulanması sebebiyle Merkezin yetkisine olan onayın varlığına hükmetmiştir³⁵⁴.

³⁵² Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 174.

³⁵³ Decision on Jurisdiction 27 November 1985, YCA Vol. XVI (1991) s. 16.

³⁵⁴ Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 174.

Tradex v Albania davasında, yabancı yatırımcı Tradex Arnavutluk'ta büyük miktardaki bir tarım alanının geliştirilmesi için bir devlet şirketi ile ortak girişim anlaşması imzalamıştır. Söz konusu anlaşmanın Arnavutluk makamları tarafından onaylanması üzerine, gerekli izinler alınarak yabancı yatırımcı sözleşme çerçevesinde yatırıma başlamıştır. Yatırımın ilerleyen zamanlarında, yabancı yatırımcı Arnavutluk devletinin aldığı bazı kararlarla yatırımını kamulaştırdığını iddia ederek, Arnavutluk yatırım mevzuatında ICSID tahkimine onay veren hükme dayanarak Merkezde tahkim davası açmıştır.

Arnavutluk, Merkezin yetkisine yapmış olduğu itirazlarda, Tradex'in yabancı yatırımcı olmadığını iddia etmiştir. Hakem mahkemesi, ilgili yatırım mevzuatındaki hükümleri ayrıntılı bir şekilde incelemiş olduğu kararında, Tradex'in kanundaki yabancı yatırımcı tanımına tamamen uyduğunu ve yatırımını da gerekli izinleri alarak işbu kanunlara uygun şekilde yaptığını tespit etmiştir. Ayrıca, hakem mahkemesine göre, bir faaliyetin yatırım olup olmadığını tespit ederken onun kaynağına ilişkin herhangi bir kısıtlama ve açıklama Arnavutluk mevzuatında yer almamıştır. Hüküm hiçbir yerde, yatırımcının yatırımı kendi kaynakları ile finanse etmesi yükümlülüğünden bahsetmemektedir. Yalnızca, "*yabancı yatırımcı tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak Arnavutluk Cumhuriyetinde malik olunan her türlü yatırım*"dan bahsedilmektedir. Bu yatırımların neler olduğu da ayrıca ilgili Kanunda sayılmıştır³⁵⁵.

ICSID hakem mahkemesi, *Tokios v Ukraine* davasında da, yabancı yatırımcı tarafından girişilen faaliyetin ilgili ulusal mevzuat kapsamında bir yatırım olup olmadığı sorunu çözmek durumunda kalmıştır. Uyuşmazlık, yabancı yatırımcı Tokios'un bir alt şirket kurarak Ukrayna'da yaptığı basın, yayın ve tanıtıma yönelik yatırımın Ukrayna resmi makamlarının çeşitli işlem ve eylemleriyle olumsuz etkilenmesinden doğmuştur. Bunun üzerine, yabancı yatırımcı, Merkezin yetkisine

³⁵⁵ Decision on Jurisdiction 24 December 1996, 14 ICSID Rev. FILJ 1999 s. 161; http://www.worldbank.org/icsid/cases/tradex_decision.pdf. Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 175.

Litvanya-Ukrayna ikili yatırım anlaşmasında verilen onaya dayanarak, uyuşmazlığın çözümü için Merkezde tahkim davası açmıştır³⁵⁶.

Ukrayna yetki itirazında, davacıların Ukrayna kanunlarına göre bir yatırım yapmadığını ileri sürmüştür. Ukrayna'ya göre, yabancı yatırımcı yatırımın kaynağının Ukrayna dışında olduğunu ispat edememiştir. Böylece, yabancı yatırımcının Ukrayna'da kurmuş olduğu şirket ikili yatırım anlaşması ve Konvansiyonun uygulama alanı dışındadır. Zira, her iki belge de sınır ötesi yatırımdan bahsetmektedir. Kaldı ki, ortada bir yatırım varsa dahi, bu **yatırım** Ukrayna kanunlarına göre yapılmadığından yine ilgili yatırım anlaşmasının kapsamı dışında kalacaktır.

Mahkeme yatırımın Ukrayna kanunlarına uygun olarak yapılmadığı iddiasına cevap olarak; ICSID Anlaşmasında yatırıma bir tanım getirilmediğini; bu konuda devletlere bir serbesti tanıdığını; bu davaya ilişkin olarak Ukrayna devletinin bu tanıma ilgili ikili yatırım anlaşmasında yapmış olduğunu ifade etmiştir. Hakem mahkemesi ikili yatırım anlaşmasının yatırım tanımını incelediğinde; yatırımın Ukrayna kanunlarına uygun olarak yapılmasının ifade edilmesinin modern yatırım anlaşmalarında bulunan genel bir hüküm olduğunu; bunun kanunsuz yatırımların anlaşma kapsamında korunmasının önlenmesi amacı taşıdığını ifade etmiştir. Mevcut davada yabancı yatırımcının yapmış olduğu basın, yayın ve reklamcılık faaliyeti illegal bir faaliyet değildir. Kaldı ki, yatırımcı bunun için Ukrayna makamlarından yıllar içinde izinlerini de almıştır. Bu sebeple, Ukrayna'nın iddia ettiği gibi basit ve küçük bazı işlem hatalarından dolayı yatırımın Ukrayna kanunlarına uygun olmadığından bahsedilemez. Böyle bir yorum anlaşmanın amacı ile de çakışır. Sonuçta, Ukrayna'nın yatırımcının yatırımlarını tescil etmiş olması vakıası, ilgili yatırımın Ukrayna kanunlarına uygun olduğunu tevsik etmektedir³⁵⁷.

³⁵⁶ Decision on Jurisdiction 29 April 2004, http://www.worldbank.org/icsid/cases/tokios_decision.pdf.

³⁵⁷ Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 175-177.

Sonuç olarak, konu bakımından yetkinin tayinindeki üç unsurdan biri olan yatırımın mevcudiyeti, Konvansiyonda tanımlanmamıştır. Bir tanımlama olmamakla beraber, **uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanması** zorunluluğu yine de objektif bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir işlemin ya da eylemin yatırımdan kaynaklanıp kaynaklanmadığı sorusunun nihai cevabı ise, ilgili uyuşmazlıkta uyuşmazlığı çözmekle görevli ve yetkili olan ICSID hakem mahkemelerinin kararlarında bulunacaktır. Bu kararlar, yukarıda görüldüğü üzere, ait oldukları uyuşmazlıklar için geçerli olsa da, yine de Konvansiyon anlamında **yatırım** ve yatırım uyuşmazlığının kapsamını belirlemek bakımından önemli genel tespitler içermektedir.

Yatırımı tanımlamada kararlardan çıkan tipik özellikler şu şekilde sıralanabilir: İlgili proje belli bir sürece yayılmalıdır ve bu, çok kısa bir süre olmamalıdır; kâr veya yatırımın geri dönüşünde belli düzen ya da sıklık söz konusu olmalıdır; her iki taraf için de bir risk içermelidir; taraflarca yüklenilen edimler esaslı ve belli ağırlığı olan edimler olmalıdır ve son olarak ilgili işlem ya da proje ev sahibi devletin gelişimi için belli bir katkı öngörmelidir. ICSID hakem mahkemeleri kararlarında, klasik yatırım tanımlarına ilaveten özellikle, hizmet orijinli yatırımların ve inşaat sözleşmelerinin, bono ve diğer ödünç sözleşmeleri gibi finansal araçların da Konvansiyon anlamında yatırım olarak kabul edilebileceğine hükmetmişlerdir. Öte yandan, yatırım planlamasına ya da projelendirilmesine ilişkin yapılan harcamalar ise yatırım olarak kabul edilmemiştir³⁵⁸.

E. ICSID Tatbikatında Yatırım Uyuşmazlığı

1. Holiday Inn S.A. v. Morocco Davası³⁵⁹

ICSID Hakem Mahkemesinde ilk görülen dava olma özelliğini taşıyan bu dava, Merkezin konu bakımından yetkisinin (*ratione materiae*) tayini; yani ICSID Anlaşması m.25/1 kapsamında, **bir yatırımdan doğrudan kaynaklanan hukuki**

³⁵⁸ Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 178.

³⁵⁹ Bu davada, tarafların kendi aralarında bir anlaşmaya varmış olmaları sebebiyle, bir karar bulunmamaktadır.

bir uyuşmazlıktan ne anlaşılması gerektiğinin tespiti açısından da önemli bir davadır.

Uyuşmazlığın doğrudan yatırımdan kaynaklanması olgusunun tespiti her zaman kolay olmayabilecektir. Çünkü, yatırımcının ev sahibi devlet ya da onun uzantıları ile yaptığı yatırım sözleşmesi bazen birden fazla anlaşmayı ve değişik tarafları kapsamaktadır. Böylece, aynı yatırımla ilgili olmasına rağmen ortada birden fazla anlaşma ya da işlem olabilmektedir. Bu anlaşmalarda, taraflarca farklı uyuşmazlık çözüm yolları kararlaştırılabilmektedir. Bu son halde, ICSID'in yetkisi bakımından **uyuşmazlığın o yatırımdan doğrudan kaynaklanması** sorunu yanısıra, genel olarak ICSID'in yetkisinin diğer çözüm usullerine göre yeri de tartışma konusu olabilecektir. 25/1. maddede kastedilen, uyuşmazlığın doğrudan bir yabancı yatırımdan³⁶⁰ değil, bir yatırımdan doğrudan kaynaklanmasıdır. Diğer bir deyişle, doğrudan terimi yatırımın doğrudan bir yabancı sermaye yatırımı olması gerektiğine işaret etmemektedir³⁶¹.

Holiday Inns v Morocco davasında, hakem mahkemesi belli yatırım anlaşmaları kapsamında Merkezin yetkisini konu bakımından incelemiştir. Uyuşmazlığa konu olan yatırım, yabancı oteller zinciri Holiday Inns tarafından Fas'da oteller kurulması ve işletilmesiydi. Bu ana yatırım anlaşması yanında, Fas Hükümetinin yatırımın finansmanı konusunda destek sağlayacağı hususunda da mutabakata varılmıştı; bu konudaki kredi anlaşmaları ise, müstakil olarak, Fas devletinin bir ajansı ile tamamı yatırımcı şirkete ait olan yavru şirketleri arasında imzalanmıştı. Kredi sözleşmeleri, uyuşmazlık çözümü için Fas mahkemelerine yetki veren hükümler içermekteydi.

Fas devleti hakem mahkemesinin yetkisine itiraz ederek, kredi sözleşmelerinin farklı kişiler arasında imzalandığını ve Fas mahkemelerinin yetkisine atıf yaptığını ileri sürmüştür. Hakem mahkemesi ise, tüm yatırım

³⁶⁰ Doğrudan yabancı yatırım (Foreign direct investment), ifadesiyle kastedilen, uzun döneme yayılan, yüksek maliyetli, gelişmekte olan ülkelerin çekmek istediği büyük yatırımlar kastedilmektedir.

³⁶¹ Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 138.

işlemlerinin birliğinden söz ederek, yatırımların genelde ve bu davada da görüldüğü gibi birden fazla hukuki işlemi kapsadığını; bu sebeple, gerek ekonomik gerçekliğin gerek tarafların niyetinin bu işlemleri birbirinden ayrı düşünmeye müsaade etmeyeceğini ifade etmiştir. Hakem mahkemesi, yatırımın temeli olan ve bu yatırımı icra etmek için gerekli diğer işlemleri öngören işlemi tespit etmenin önemine değinerek, kredi sözleşmelerinin ilgili yatırım işlemi icra etmek için imzalandığı görüşü ile, bu anlaşmalar için de yetkiyi tesis etmiştir. ICSID hakem mahkemesi, böylelikle, **kredi sözleşmelerinden doğan uyuşmazlığın doğrudan yatırımdan kaynaklandığı** sonucuna varmıştır. Mahkeme önemli bir tespit daha yaparak, ilgili kredi sözleşmelerinde bulunan ve yatırıma tali derecede bağlı olan işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların ise, madde 25/1 kapsamında olamayacağından bahisle, bunların kredi sözleşmelerinde uyuşmazlık çözme yolu olarak gösterilen Fas mahkemelerinin yetkisinde olabileceğini ifade etmiştir³⁶².

2. Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. v. Slovak Republic Davası

CSOB v Slovakia davası, ICSID Anlaşması m. 25/1 çerçevesinde Merkezin konu bakımından yetkisini tayin eden üç unsurun (hukukilik, doğrudan ve yatırımdan kaynaklanma) da Hakem Mahkemesince ele alındığı davalardan biridir.

CSOB v Slovakia davasında, uyuşmazlık, Çek ve Slovak Cumhuriyetlerinin ayrılması sebebiyle bir devlet bankası olan CSOB'un tasfiyesi kapsamındaki belli düzenlemelerden kaynaklanmaktaydı. Çek Hukukuna göre kurulmuş olan CSOB'un Çek ve Slovak devletlerinin ayrılması sonrasındaki faaliyetlerini düzenleme ve özelleştirilmesine yardımcı olmak üzere Çek ve Slovak hükümetleri ile CSOB arasında imzalanmış olan anlaşmalar vardı. CSOB'un, uzun süre faaliyette bulunmuş bir banka olarak, Çek ve Slovak Cumhuriyetlerinde tahsil edilmemiş alacakları bulunmaktaydı. Temel anlaşma, CSOB'un tahsil edilmemiş işbu alacaklarının her iki ülkede de ayrı ayrı kurulacak olan tahsil şirketlerine devrini öngörüyordu. Yine anlaşmaya göre, her iki tahsil şirketi de devredilen alacaklar için CSOB'a ödeme

³⁶² Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 139.

yapmak yükümü altındaydı. CSOB ise, bu faaliyetlerini yapabilmeleri için, yeni kurulacak tahsil şirketlerine ödünç verecekti.

Tahsil şirketleri kurulduktan sonra, CSOB, Çek ve Slovak tahsil şirketleri ile ayrı bir ödünç sözleşmesi yapmıştır. Temel anlaşmaya göre ise, söz konusu ödünçler ilgili devletlerce faizleriyle birlikte garanti edilmişlerdi. Aynı garanti, ödünç sözleşmelerinde de ayrıca belirtilmişti. CSOB, Slovak tahsil şirketinin ödemelerde temerrüde düşmesi sonucu, alacağını bu ödemeleri CSOB'a garanti etmiş olan Slovakya'dan talep etmiş ve sonrasında Slovakya aleyhine ICSID tahkimini başlatmıştır.

Slovakya davaya cevabında, Merkezin konu bakımından yetkili olmadığını; çünkü Slovak tahsil şirketine verilen ödünçün bir **yatırım** olarak nitelendirilemeyeceğini; kaldı ki CSOB'un davasının Konvansiyon m. 25/1 kapsamında **doğrudan bir yatırımdan** (ödünç sözleşmesinden) **kaynaklanmadığını** ileri sürmüştür³⁶³. Ancak CSOB, Slovak tahsil şirketine verilmiş olan ödünçün bir yatırım olarak kabul edileceğini ve bu sebeple Merkezin yetkili olduğunu ileri sürmüştür.

Hakem Mahkemesi, ödünçün Konvansiyon ve ilgili ikili yatırım anlaşması çerçevesinde **yatırım** teşkil edip etmediğini tartışmıştır. Taraflar borçların konsolidasyonu sözleşmesinde, ilgili iki taraflı yatırım anlaşmasına ve oradaki ICSID tahkim klotuna atıf yapmışlardır. Hakem mahkemesine göre, bu atıfla taraflar, aralarındaki ilişkinin yatırım karakterini tanımışlardır. Ancak, Slovakya'nın belirttiği gibi, Konvansiyonun 25/1. maddesindeki yatırım objektif bir kıstas olup, taraflar Merkezin yetkisini tayin ederken yatırım tanımını daha kesin hale getirebilirler ve hatta sınırlandırabilirler. Bu sebeple, hakem mahkemesi kendisinin yetkisi bakımından, **uyuşmazlığın** ICSID Anlaşması ve ikili yatırım anlaşması çerçevesinde

³⁶³ Decision on Objections to Jurisdiction 24 May 1999, 14 ICSID Rev. FILJ 1999, s. 256 paragraf 12; Karar için ayrıca bkz.: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob.decisin.pdf>.

bir yatırımdan kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususlarını ayrı ayrı değerlendirmiştir.

CSOB'un talebi, Slovak hükümetinin ilgili konsolidasyon anlaşmasına göre Slovak tahsil şirketinin zararlarını karşılamayı reddetmesine dayanmaktadır. Başlı başına taahhüt düşünüldüğünde, bu taahhüt CSOB tarafından Slovakya'da bir kaynak harcaması içermemektedir. Bu itibarla, tek başına bir **yatırım** oluşturmamaktadır. Ancak, CSOB'a göre, Slovak tahsil şirketine CSOB tarafından verilmiş olan **ödünç bir yatırımdır** ve bu anlamda uyuşmazlık Merkezin yetkisi dahilindedir. Slovakya ise, ödünçün bir **yatırım** olmadığını ve **uyuşmazlığın** konsolidasyon sözleşmesi yanında akdedilen ödünç **sözleşmesinden doğrudan kaynaklanmadığını** iddia etmiştir. Hakem mahkemesi, *Fedax v Venezuela* davasına³⁶⁴ atıfla, bir yatırımın çoğunlukla karmaşık bir operasyon olduğundan ve birden fazla işlemden oluşabileceğinden bahisle, her işlemin bazen kendi başına bir **yatırım** olmayabileceğini; fakat bunlar bir bütün olarak ele alındığında ICSID Anlaşması çerçevesinde bir **yatırım** olabileceğini ifade etmiştir. Nitekim, Konsolidasyon sözleşmesinin ana amacı CSOB'un gerek Çek Cumhuriyetinde gerek Slovak Cumhuriyetinde faaliyetlerine devam etmesi ve bu faaliyetleri geliştirmesidir. Bu anlamda CSOB'un faaliyetlerini Slovakya'da geliştirmeyi taahhüt, bu ülkede çeşitli harcamalar yapmayı ya da kaynak aktarımını da içerdiğinden, Konvansiyon anlamında **yatırım** olarak değerlendirilmelidir. Sonuçta, Hakem Mahkemesine göre, CSOB'un talebi ve Slovak tahsil şirketine vermiş olduğu ilgili ödünç, CSOB'un Slovakya'daki bankacılık faaliyetlerinin gelişimine sıkı sıkıya bağlı olduğundan, söz

³⁶⁴ *Fedax v Venezuela* davasında, davacı Fedax, Hollanda-Venezüella yatırım anlaşmasına dayanarak, kendisinin ciro yoluyla edinmiş olduğu bonolann Venezüella devleti tarafından ödenmemesi sebebiyle Merkezde tahkim prosedürünü başlatmıştır. Venezüella davaya itirazında, bonolarının yatırım anlaşmasına ve Konvansiyona göre bir yatırım oluşturmadığını, bu sebeple de Merkezin konu bakımından yetkisinin bulunmadığını ileri sürmüştür. Hakem mahkemesi, bonoların bir ödünçün delili ve bir finansal kredi aracı olduğunu ve Konvansiyon anlamında yatırım olmasını engelleyecek herhangi bir neden olmadığını; iki taraflı yatırım anlaşması bakımından da, bonoların kredi aracı olarak anlaşmadaki "her türlü değer" ve özellikle "para talebi" şeklindeki yatırım tanımlarına girdiğini; bonolara yatırılan sermayenin nispi olarak önemli olduğunu, faiz ödemeleri şeklinde belli sürelerde düzenli getiriler öngördüğünü ve ödemelerin hala yapılmamış olması sebebiyle de bir risk içerdiğini ifade ederek, bonoların bir **yatırım** sayılması gerektiğine karar vermiş ve Venezüella'nın aksi yöndeki itirazlarını reddetmiştir. Decision on Objections to Jurisdiction 11 July 1997, YCA Yol. XXIV (1999) s. 23.

konusu ödünçler gerek Konvansiyon gerek ikili yatırım anlaşmasına göre yatırım olarak kabul edilmelidir³⁶⁵.

Hakem Mahkemesi, Slovakya'nın iddiasının Konvansiyonun 25/1. maddesindeki "doğrudan" teriminin analizinin yapılmasını gerekli kıldığını ifade etmiştir. Yine, *Fedax* davasına atıfla, 25/1'in düzenlemesindeki "**doğrudan kaynaklanma**" zorunluluğunun yatırıma değil **uyuşmazlığa ilişkin** olduğunu tespit etmiştir. Bu sebeple, Merkez önüne gelen bir uyuşmazlık, tek başına değerlendirildiğinde Konvansiyon anlamında yatırım olarak kabul edilmeyen bir işleme dayandığında; bu işlemin yatırım olarak değerlendirilebilecek genel operasyonun bir parçası olması kaydıyla, bu **uyuşmazlığın bir yatırımdan doğrudan kaynaklanmış** olduğunu kabul etmek gerekecektir³⁶⁶.

Yatırımın tanımına ilişkin mutabakat, model kloz ya da benzeri bir hükümlerle açıkça gerçekleşebileceği gibi, bu mutabakata örtülü olarak da varılmış olabilir. Taraflar arasındaki yatırım sözleşmesinin ICSID tahkim klozu veya bu tahkime onay veren bir hüküm içermesi durumunda, ilgili işlemin Konvansiyon kapsamında bir yatırım olduğuna ilişkin örtülü mutabakat gerçekleşmiş demektir. Bu sonuca, ilgili işlem veya faaliyetin bir yatırım olmaması durumunda, tarafların Merkezin yetkisini kabul etmeyeceklerini farzederek ulaşılır. Bu yüzden, *CSOB v Slovakia* davasında, hakem mahkemesine göre, tarafların aralarındaki anlaşmadan doğan hak ve borçları konusunda Merkezin yetkisinin kabulü, onların söz konusu işlemi Konvansiyon anlamında **yatırım** olarak kabul ettiklerine dair güçlü bir karine oluşturur. Ayrıca, aynı şekilde, tarafların anlaşmalarında ICSID tahkimini öngören ilgili iki taraflı yatırım anlaşmasına yapmış oldukları referans da bu doğrultuda değerlendirilebilir. Bu referans, tarafların ilgili işlemi iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında da bir yatırım olarak kabul ettikleri anlamına gelmektedir³⁶⁷.

³⁶⁵ Karar, paragraf 72, 88-89 ve 91. Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 159-160.

³⁶⁶ Decision on Objection to Jurisdiction, paragraf 71, 72, s. 275.

³⁶⁷ Decision on Objection to Jurisdiction, paragraf 66, 67 ve 89. s. 274, 282. Bkz.: Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 150-151.

Davada Slovakya, uyuşmazlığın söz konusu iki Cumhuriyetin ayrılması ile sıkı bağlantılı olduğunu ileri sürerek, davanın politik boyutuna da dikkat çekmiştir. Ancak, taraflar arasında uyuşmazlığın hukuki karakteri tartışma konusu olmamıştır. Hakem Mahkemesi, yine de, m. 25/1'deki objektif bir şart olan “**hukuki** uyuşmazlık” hususuna değinerek; bir devletin taraf olduğu yatırım uyuşmazlıkları politik unsurlar ve hükümet tasarrufları içerse de, hukuki hakları ve borçları veya bunların ihlalini ilgilendirdiği sürece, bu uyuşmazlıkların **hukuki** niteliğini kaybetmeyeceğini ifade etmiştir³⁶⁸.

3. **Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco Davası**

Salini v Morocco davası, inşaat işlerinin ICSID Anlaşması çerçevesinde yatırım olarak kabul edilip edilmeyeceği sorununun ICSID Hakem Mahkemeleri önünde tartışıldığı davalardan biridir. *Salini v Morocco* davasında³⁶⁹, İki İtalyan inşaat şirketi Salini ve Italstrade, Fas hükümetince finanse edilen bir özel kurum olan ADM ile otoyol yapım sözleşmesi akdetmişlerdi. İnşaat firmaları 1999 yılında ADM ve ilgili Fas Bakanlığına gecikmeler ve teknik çekinceler hakkında bir talep yazısı göndermişler; bu yazıya müspet bir cevap alamamaları üzerine, Salini ve Italstrade Fas aleyhinde, İtalya-Fas ikili anlaşmasına istinaden Merkezde tahkim prosedürü başlatmışlardır.

Davalı Fas hükümeti, somut olayda Merkezin konu bakımından yargılama yetkisinin olmadığını iki itirazla ileri sürmüştür. Bunlardan ilki, inşaat

³⁶⁸ Decision on Objections to Jurisdiction, paragraf 61, s.272. Uyuşmazlık baskın bir şekilde politik, ticari veya çevresel bir niteliği haiz ise hukukiliği konusunda şüphe olabilir. Ancak, bir ICSID hakem mahkemesi bu hallerde dahi uyuşmazlığı, 42/2. madde kapsamında kendi yaratacağı kurallar da dahil olmak üzere hukuk kurallarını uygulayarak çözebilecekse, Merkezin yetkisini kabul edebilecektir. Bkz.: K.V.S.K. NATHAN, **ICSID Convention, the Law of the International Centre for Settlement of Investment Disputes** (The Law of ICSID), New York, Juris Pub., 2000, s. 105. Bkz.: Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 136-137.

³⁶⁹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction 23 July 2001, 42 ILM (2003) s. 609.

sözleşmelerinin, ICSID tahkimine verilen onayın kaynağı olan Fas-İtalya ikili yatırım anlaşmasındaki **yatırım** tanımına girmediğidir. İkincisi, aynı şekilde, yol yapım sözleşmesinin ICSID Konvansiyonu çerçevesinde bir **yatırım** olarak kabul edilemeyeceğidir. Ayrıca, davacıların ileri sürdüğü ihlal iddiaları, esas olarak ilgili ikili anlaşmayla değil, daha ziyade inşaat sözleşmesinin ihlaliyle ilgilidir ve bu konudaki uyuşmazlık Fas Mahkemeleri yetkisi kapsamındadır. Fas Hükümeti, ilgili inşaat sözleşmesinin Fas hukukuna göre hizmetlerin ifası için bir alt sözleşme olduğunu iddia ederek Merkezin yetkisini reddetmiştir. Fas bu iddiasına dayanak olarak, genel olarak bazı ikili anlaşmalarda ve İtalya-Fas anlaşmasında bulunan “yatırımın ev sahibi devletin kanun ve nizamlarına uygun olarak yapılması” hükmünü ileri sürmüş ve tanım konusunda mezkur ikili anlaşmanın iç hukuka atıf yaptığını iddia etmiştir³⁷⁰.

Hakem mahkemesi kararında, ikili yatırım anlaşmasında söz konusu olan yerel kanunlara uygun yatırım yapılmasını, yatırımın tanımının iç hukuka göre yapılması olarak anlaşılmaması gerektiğini; zira, bu hükümdeki amacın iki taraflı yatırım anlaşmasının hukuki olmayan yatırımlara koruma bahşetmesini önlemek olduğunu; inşaat sözleşmesinin ise davacılar için "ekonomik değeri olan akdî bir edimi" talep hakkı verdiğini tespit ederek, davacıların aynı şekilde "sözleşme ile verilmiş olan ekonomik bir hakkın" da sahipleri olduğuna karar vermiştir. Söz konusu tespitler, İtalya-Fas yatırım anlaşmasının ilgili 1/c ve bentlerinde ifadesini bulan yatırım kalemleridir³⁷¹. Dolayısıyla, İtalya-Fas anlaşmasında bulunan “yatırımın ev sahibi devletin kanun ve nizamlarına uygun olarak yapılması”na ilişkin bu hüküm, modern pek çok ikili anlaşmada yer verilmektedir ve bu, yatırımın tanımı değil **hukukiliğine** işaret etmek gibi bir işlev görmektedirler³⁷².

Hakem Mahkemesi, inşaat sözleşmelerinin ikili yatırım anlaşması kapsamında **yatırım** olduğunu, yukarıda arz ettiğimiz tespit ettikten sonra, aynı tespiti, Konvansiyon anlamında **yatırımın** tanımı için ICSID hakem Mahkemesi

³⁷⁰ Karar, paragraf 36-42.

³⁷¹ Karar, paragraf 43-50.

³⁷² Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 161.

kararlarında ve doktrinde kullanılan bazı kriterlere başvurarak, ICSID Konvansiyonu bakımından da yapmıştır.

Bu kriterler, belli bir para harcanması ya da parasal katılım, yatırımın ve edimlerin belli bir süreye yayılmış olması, risk unsuru ve Konvansiyonun Dibacesine atıfla ev sahibi devletin ekonomisine bir katkıdır. Mahkemeye göre, bu kriterler birbiri ile irtibatlı olduğundan bir bütün olarak ele alınması gerekir. Buna göre, yabancı inşaat firmaları, know-how, teknik bilgi, personel ve finansman ile ev sahibi ülke ekonomisine yeterli katkıyı yaparak mezkur kriterlere uygun bir yatırım yapmışlardır. Süre bakımından ilgili edimin ifası için 36 aylık bir süre yeterli telakki edilmiştir. Hakem Mahkemesi risk faktörünün de bulunduğu karar vermiştir. Riskin varlığı konusunda, sözleşmeye ilişkin ödemenin projenin kârlılığına bağlı olup olmamasının ya da tarafların bu konuda serbestçe anlaşma yapabilmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Maliyeti önceden tam olarak kestirilemeyen bir inşaat işi için yüklenici bakımından da risk mevcuttur. Hakem Mahkemesi, söz konusu otoyol inşaatının ev sahibi ülkenin ekonomisine katkısı konusunda herhangi bir şühe bulunmadığını ifade etmiştir.³⁷³

Yukarıdaki değerlendirme sonucunda hakem mahkemesi otoyol inşası sözleşmesinin gerek ikili yatırım anlaşması gerek Konvansiyon bakımından bir yatırım olduğuna karar vermiştir. Ancak, Hakem Mahkemesi, Merkezin yetkisinin yalnızca sözleşmeden doğan (Fas-İtalya ikili anlaşmasının kapsamında olmayan) ve Fas devlet kuruluşu AMD'yi bağlamayan ihlalleri kapsamayacağına; tu tip ihlallerin yerel Mahkemelerin yetkisinde olduğuna da karar vermiştir³⁷⁴.

Hakem Mahkemesine göre, Fas devletinin ikili yatırım anlaşması kapsamında Merkezin yetkisine vermiş olduğu onay ilgili devlet kuruluşunun sözleşmeden kaynaklanan ihlallerinin tahkim yoluyla çözümü için değildir. Onay, ikili yatırım anlaşmasının ihlalinden doğan uyuşmazlıklar içindir. Bu sebeple, sözleşmeden

³⁷³ Karar, paragraf 51-59.

³⁷⁴ Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 160-162.

kaynaklanan ihlaller için Merkezin ve Hakem Mahkemesinin bu kapsamdaki yetki ve görevi, bu ihlallerin aynı zamanda ikili yatırım anlaşmasını da ihlal ettiği durumlarda mevcuttur. Dolayısıyla, Hakem Mahkemesine göre, salt sözleşme ihlallerinde Hakem Mahkemesinin ve Merkezin yetkisi (sözleşmede ICSID tahkimine özel bir atıf olmadığından) bulunmamaktadır³⁷⁵. Bu ICSID Hakem Mahkemesi kararının da çok sarıh bir biçimde teyit ettiği üzere, ikili yatırım anlaşmalarının amacı, yatırımcılara siyasi risklere karşı bir koruma sağlamak ve ticari risklere karşı bu türden bir korumayı, giderek temel kurgusunun dışında bırakmaktır³⁷⁶.

4. Metalclad Corporation v. United Mexican States Davası

Metalclad v. United Mexican States davası³⁷⁷, ev sahibi devletin kamulaştırma ile benzer sonuçlar doğuran tasarruflar sebebiyle sorumlu tutulduğu örnek davalardan biridir. Dava konusu olaylar şu şekilde gelişmiştir: Meksika Federal Hükümeti, ABD uyruklu bir şirket olan Metalclad tarafından kontrol edilen ulusal bir şirkete (COTERIN) 1990 yılında, zararlı atıkların dönüşümü istasyonu kurma ve işletme izni vermiştir³⁷⁸. Meksika Çevre Doğal Kaynaklar ve Balıkçılık Fedaral Sekreterliğine bağlı, özerk bir kuruluş olan Ulusal Ekoloji Enstitüsü, COTERIN'e inşaat için federal bir izin vermeyi 1993 yılında taahhüt etmiş; bu taahhüdün gerçekleşmesinin akabinde, Metalclad COTERIN'i temin ettiği izinlerle birlikte satın alarak, zararlı atık dönüşüm istasyonu yapımı için ülkeye giriş yapmıştır³⁷⁹.

İstasyonun yapımının tamamlanması, yerel yönetimin resmi ve gayri resmi birçok engelleme girişimine rağmen 1995 yılında tamamlanmıştır. Ancak bazı bölge sakinleri ve çevreciler, lobi yaparak, yerel yönetimin COTERIN'e kurulan istasyonu

³⁷⁵ Karar, Paragraf 51-59.

³⁷⁶ Çal, **Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku**, s. 237.

³⁷⁷ *Metalclad v. United Mexican States*, Award of August 30, 2000, 16 ICSID Rev. FILJ 2001; Karar metni için bkz.: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/metalclad.decision.pdf>. Ayrıca ILM., 2001, vol. 40.

³⁷⁸ Paragraf 28.

³⁷⁹ Paragraf 29, 30.

işletme izni vermemesini temin etmişlerdir. Bunun üzerine, Metalclad şirketi, Ulusal Ekoloji Enstitüsünden federal nitelikli ek bir izin almıştır. Yerel yönetim, buna rağmen, bir üniversiteden 1996 yılının sonunda aldığı rapora istinaden, yerel su kaynaklarını kirlettiği ve çevreye zarar verdiği gerekçesiyle, istasyonu bütünüyle kapatmıştır. Atık dönüşüm istasyonunun kurulduğu yeri de kapsayan bir bölge, 1997 yılında Devlet Bakanlığı tarafından, seyrek bulunan bir kaktüs türünün korunması için “doğal alan” olarak ilan edilmiştir³⁸⁰.

Metalclad, uyuşmazlığın ev sahibi devletin kamulaştırma sonucunu doğuran bir tasarrufundan kaynaklandığını; bu yüzden, gerçekleştirilmiş olan yatırımın zarara dönüşen adil piyasa değerinin kendilerine ödenmesi gerektiğini ileri sürerek, ICSID tahkim yargılamasına başvurmuştur. Metalclad, başvurusunda, Meksika'nın yatırıma müdahalesinin ve faaliyetlerini engellemesinin çok taraflı NAFTA Anlaşmasının 1105 ve 1110. maddelerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür³⁸¹.

Hakem Mahkemesi, Metalclad iddiasına paralel bir şekilde, Meksika makamlarının, uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan NAFTA hükümlerini iki yönden ihlal ettiğini belirtmiştir. Bunlardan birincisi, Meksika makamları, uluslararası hukuk kurallarına uygun bir biçimde yatırımcıya adil ve hakkaniyetli (fair and equitable) muamele etme yükümlülüğünü (minimum davranış standardı)³⁸² yerine getirmemişlerdir³⁸³. İkincisi, Meksika makamları, bir zaruret olmadığı halde Metalclad'ın yatırımını dolaylı olarak kamulaştırmışlardır³⁸⁴.

Hakem Mahkemesi, birinci ihlalde, Meksika makamlarının NAFTA Anlaşmasının 1105. Maddesini ihlal ettiğini belirlemiştir. NAFTA 1105. madde aşağıdaki gibidir:

³⁸⁰ Paragraf 30-69.

³⁸¹ Paragraf 72.

³⁸² Süleyman Dost, **Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi** (Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları), 1. bası, Asil Yay. Dağ, Ankara, 2006, s. 185.

³⁸³ Paragraf 74.

³⁸⁴ Paragraf 102-104.

“each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security”.

Görüldüğü üzere, madde metni, devlete adil ve hakkaniyete uygun muamele etme borcu yüklemektedir. Hakem Mahkemesi, somut olayda, devletin bu borca riayet etmediğini tespit etmiştir; öncelikle, NAFTA m. 102’den kaynaklanan şeffaflığa (transparency) ilişkin yükümlülükleri değerlendirmiştir³⁸⁵. Buna göre; yatırımcı, yatırımın girişinden kuruluşuna ve faaliyetlerini başarılı bir biçimde gerçekleştireceği veya bu amaçla yola koyulduğu tüm süreçte nasıl bir hukuki çerçeve içinde hareket etmesi gerektiğini bilme hakkına sahiptir. Devletler de başka devletin vatandaşı yatırımcılar için bu çerçeveyi net bir biçimde ortaya koyma borcu altındadır; devlet bu hususlarda şüphe ve belirsizliğe mahal veremez. Yanlış anlaşılmaya ve karışıklığa sebebiyet verebilecek muğlak bir alanın farkına varılması durumunda, devletin görevi, yatırımcıların faaliyetlerini ilgili tüm kanunlara uygun bir biçimde gerçekleştirme emniyetini duyabileceği şekilde, işbu muğlak durumu berraklaştırmaktır³⁸⁶.

Hakem Mahkemesi, Metalclad’ın ihtiyaç duyduğu ve hakkı olan şeffaflığın, somut olayda mevcut olmadığı sonucuna varmıştır. Şöyle ki; Meksika mevzuatı, bir zararlı atık dönüşümü istasyonunun kurulması ve işletilmesi için yerel yönetimden ayrıca izin alınması gerektiğine dair bir düzenleme içermemektedir. Halbuki yerel yönetim bu konuda pürüz çıkararak, istasyonun faaliyetlerini engellemiştir. Metalclad, COTERIN’i satın almadan önce, istasyon işletmesi için yerel yönetimden alınması gereken bir izin olup olmadığını sormuş; Meksika Federal Hükümetinin böyle bir zorunluluğun olmadığını bildirmesi üzerine COTERIN’i satın almıştır. Gerçekten de, Metalclad’ın COTERIN’I iktisabının akabinde, Meksika Federal Hükümeti federal inşaat izninin süresini 18 ay uzatmıştır. Metalclad Federal

³⁸⁵ Burada 1969 Tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 26 ve 27. maddelerine gönderme yapılmıştır. Böylelikle, ahde vefa ilkesine ve tarafların bir anlaşmayı iyiniyetle icra etme borcuna (m. 26) değinilmiş; ayrıca âkit bir tarafın bir anlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukun hükümlerine başvuramayacağı (m. 27) vurgulanmıştır. 1969 Tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi metni için bkz.: Aslan gündüz, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler**, 2. bası, Beta, İstanbul 1994, s.104-130.

³⁸⁶ Paragraf 76.

Hükümete güvenerek yatırımını gerçekleştirmiş; fakat yerel yönetim tarafından engellenmiştir. Tüm bunlar sebebiyle, Hakem Mahkemesi, Meksika makamlarının, somut olayda, Metalclad için şeffaf ve öngörülebilir bir yatırım ortamı temin etmeyerek koruma borcunu yerine getirmediği sonucuna varmıştır³⁸⁷.

Hakem Mahkemesinin varlığına hükmettiği ikinci ihlal, Meksika makamlarının bir zaruret olmadığı halde Metalclad'ın yatırımını dolaylı bir şekilde kamulaştırarak, NAFTA m. 1110'e aykırı hareket etmesidir. NAFTA 1110. madde aşağıdaki gibidir:

“[n]o party shall directly or indirectly... expropriate an investment...or take a measure tantamount to...expropriation...except: (a) for a public purpose; (b) on a nondiscriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and (d) on payment of compensation...” “A measure” is defined in Article 201(1) as including “any law, regulation, procedure, requirement or practice”.

Hakem Mahkemesi, NAFTA'nın doğrudan veya dolaylı kamulaştırma ve benzeri sonuçlar doğuran işlemler hakkında öngördüğü mezkur maddeye atıf yaparak, Meksika Hükümetinin yaptığı işlemin dolaylı kamulaştırma olduğuna karar vermiştir. Çünkü malvarlığının tamamına veya bir kısmına devlet tarafından resmi veya gayriresmi el konulması, yatırımcının yatırımın semerelerinden önemli ölçüde mahrum bırakılması, kamulaştırma sonucunu doğurmaktadır. Ev sahibi devletin bunda bir menfaatinin olup olmaması sonucu değiştirmez³⁸⁸. Halbuki NAFTA, kamulaştırmanın, a. kamusal amaçlarla b. ayrımcılık gözetmeden, c. NAFTA m. 1105 ve ulusal mevzuatta öngörülen usullere uygun olarak ve d. tazminat ödemek suretiyle yapılabileceğini güvence altına almıştır.

Sonuç olarak, *Metalclad v. United Mexican States* davasında, Hakem Mahkemesi, yatırımcı ve yatırım hakkında uygulanacak işlem ve düzenlemelerin açıklığı ve şeffaflığı ile yatırımın tâbi olacağı muamelenin standardı, diğer bir ifadeyle, ev sahibi devletin yatırımcıya adil ve hakkaniyetli davranma borcu

³⁸⁷ Paragraf 79-84.

³⁸⁸ Paragraf 103.

arasındaki bağlantıyı daha belirgin hâle getirmiştir. Verilen kararda, mevzuattaki ve devlet organları arasındaki karmaşa ve belirsizliğin, ev sahibi devletin yatırımcıya hukuka uygun ve adil davranmasını engelleyebileceği ortaya konmuştur. Ayrıca, Hakem Mahkemesi, devletin menfaati bulunmasa bile, yatırımcının makul kazancından mahrum bırakılmasını, dolaylı kamulaştırma olarak değerlendirmiştir³⁸⁹.

5. Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic

Phoenix v. Czech Republic davası³⁹⁰, ev sahibi devlet vatandaşı yatırımcının, uyuşmazlığı hem yerel mahkemelerin yetkisi kapsamında çıkarıp ICSID tahkimine tâbi tutmak için, hem de ev sahibi devletin iki taraflı yatırım anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerinden dolayı uyuşmazlığa uluslararası boyut kazandırmak için, hisselerini hileli bir şekilde yabancı bir şirkete devretmesi sonucunda, Merkezin yargılama yetkisinin doğup doğmadığı meselesinin tartışıldığı bir davadır.

Phoenix Action Ltd., 14 Ekim 2001 tarihinde İsrail kanunlarına göre kurulmuş; merkezi Telaviv’de bulunan bir şirkettir. Şirketin tüm hisseleri **Vladimir Beno**’ya aittir. Phoenix, 26 Aralık 2002 tarihinde, Çek kanunlarına göre kurulmuş iki şirket olan; **Benet Praha (BP)** ve **Benet Group (BG)**’a ait hisseleri satın almak üzere iki adet sözleşme yapmıştır. Phoenix BP’nin alınması için Benreal s.r.o. şirketi ile; BG’nin hisselerinin satın alınması için, BP (BG BP’nin yan kuruluşu olduğu için) ve Yugo Alloys s.r.o. ile sözleşmeler akdetmiştir. Phoenix’in BP üzerindeki mülkiyeti 10 Mart 2003’te; BG üzerindeki mülkiyeti ise 7 Nisan 2003’te Çek ticari kayıtlarına geçmiştir³⁹¹.

BP’nin yan şirketi olan BG, aynı zamanda Cash Capital (C&C) ve Druha Slevarna Blansko (BSP) adlı iki Çek şirketinin sahibidir. BG 2000 yılında kurulmuş ve mezkur şirketleri Çek vatandaşı Miroslav Vaska’dan devralmıştır. Ayrıca

³⁸⁹ Dost, **Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları**, s. 185-186.

³⁹⁰ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic* davası, Award of April 15, 2009. Karar metni için bkz.: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/metalclad.decision.pdf>.

³⁹¹ Paragraf 22.

C&C'nin bünyesindeki müflis şirket CKD Blansko'nun hisseleri de bu devir sözleşmesi ile BG'ye geçmiştir. O dönemde, davacı Phoenix'in sahibi Vladimir Beno, BG'nin yönetim kurulu başkanıydı ve BG adına söz konusu devir sözleşmelerini bizzat gerçekleştirmişti. Ancak C&C ve DSB'nin mülkiyeti konusunda taraflar arasında çıkan uyuşmazlık Çek Mahkemelerine taşınmıştı³⁹².

BP bakımından ise, Çek makamları tarafından başlatılan bir soruşturma mevcuttu. Bu soruşturma ve mali otoritelerle yaşanan bazı sorunlar nedeniyle BP'nin banka hesapları bloke edilmişti; şirketin malvarlığına ve ticari kayıtlarına, belgelerine el konmuştu. Bu dönemde, BP'nin yönetim kurulu başkanı yardımcısı olan Vladimir Beno aleyhinde, Çek Cumhuriyetine metal ithal etme faaliyetleri sırasında, BP bünyesinde vergi kaçakçılığı yaptığı gerekçesiyle soruşturma başlatılmıştı. Soruşturma genişletildiğinde Vladimir Beno'nun gelir vergisinde de yolsuzluk yaptığı anlaşıldı. Bunun üzerine denetim altına alınan Beno, Çek devleti sınırlarından çıkmayı başararak İsrail'e kaçtı ve orada Phoenix'i kurdu.

Phoenix'in iddiası, BG ile ilgili olarak Çek Mahkemelerinde, uzamış, askıda olan hukuk davaları sebebiyle; BP bakımından ise hesaplardaki blokenin devamı, şirket malvarlığı ve ticari kayıtları üzerindeki el koyma kararının devamı nedeniyle haklarının ihlal edildiğidir. Ayrıca sonraki döneme ait iki vergi borcunu şirkete ait mali kayıtlarına ulaşma imkanından yoksun bir şekilde ödemek zorunda kalma durumuna değinmiştir. Bankadaki blokenin 6.3.2008 tarihinde, yani BG'deki hisselerini devrettiği 8.1.2008'den sonra kaldırılmış olması sebebiyle, şirketi devrettiği tarihe kadar geçen sürede bu hesaplar üzerinde tasarruf etme imkanından yoksun bırakıldığı gerekçesiyle tazminat talep etmektedir. Phoenix, burada, Çek devletinin şirketi devraldığı tarihten sonraki ihlallerine vurgu yapmaktadır. Halbuki Phoenix, ilk etaptaki iddialarını şirketlerin devrinden önceki ihlallere de sirayet ettiriyordu. Ancak kayıt sırasındaki yazışmalarda taktik değiştirerek, iddiasını devralma tarihinden sonraki ihlallerle sınırlandırmıştır. Phoenix, ayrıca, İsrail ve Çek Cumhuriyeti arasındaki ikili anlaşmanın da, davalı tarafından gerekçesiz ve önyargılı

³⁹² Paragraf 29-30.

işlemler ile ve yargısal prosedürün askıya alınması suretiyle ihlal edildiğini iddia etmiştir³⁹³.

Çek Cumhuriyetine göre Phoenix, Çek kanunlarından kaçan bir kimse tarafından, milliyet farklılığı yaratarak ICSID tahkiminin yetki alanına girmek ve bu sayede bu platformda haklarının ihlal edildiğini iddia edebilmek maksadıyla kurulmuş bir ex post facto (olgu sonrası) şirkettir. Bu nedenle yabancı yatırımcı kabul edilerek Merkezin yargılamasını talep hakkını haiz görülmemelidir. Burada Phoenix, mezkur şirketlerin önceden var olan ve tamamen yerel nitelikteki uyuşmazlıklarını ICSID tahkimine taşıyabilmek amacıyla devralmıştır³⁹⁴. Phoenix'in bu şirketleri devraldığı tarihten önce doğmuş hukuki uyuşmazlıkları çözüme hususu Merkez'in yetkisinde değildir. Davalı yetkiye zaman yönünden yaptığı bu itirazla birlikte, iç hukuk yollarının tüketilmediği noktasından da itiraz da bulunmuş; kesinleşen bir mahkeme kararının bulunmadığını ifade etmiştir. Ancak, davalının en önemli itirazı, Phoenix'in sözde yatırımının ICSID Anlaşması m. 25 ve ikili anlaşmadaki şartları taşımadığı yönünde olmuştur. Sadece şirketlerin devralınması şeklinde tezahür etmiş olan pasif yatırımın ICSID nosyonu kapsamında bir yatırım olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını ve işbu sözde yatırımın Salini Test şartlarını da karşılamadığını ileri sürmüştür. Ayrıca, Çek şirketlerinin Phoenix'e ve Phoenix'ten başkalarına devri işlemlerinin, hileli bir şekilde hep Vladimir Beno ile eşi ve kızı arasında, son derece düşük meblağlar karşılığında gerçekleşmiş olduğuna dikkat çekilmiştir³⁹⁵.

Hakem Mahkemesi, hem ICSID Anlaşması'nın hem ikili yatırım anlaşmasının yorumlanmasının uluslararası hukuk ve hukukun genel ilkeleri çerçevesinde gerçekleşeceğini; 1969 Tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin anlaşmaların yorumuna ilişkin 31. Maddesine atıf yaparak, anlaşmaların iyi niyetle yorumlanması zorunluğuna işaret etmiştir³⁹⁶. Tarafların korunmaya değer bir yatırımın varlığı noktasındaki ihtilafını, ICSID içtihatları

³⁹³ Paragraf 32-33.

³⁹⁴ Paragraf 34.

³⁹⁵ Paragraf 35-41.

³⁹⁶ Gündüz, **Temel Metinler**, s. 113.

(Salini Test) ve uluslararası hukuktan kaynaklanan mezkur ilkeler çerçevesinde çözmeye çalışmıştır.

Phoenix'in iddiası, Konvansiyonu hazırlayanların amacının hangi uyuşmazlıkların ICSID'in yetkisine dahil olduğunu belirlemenin taraflara bırakıldığıdır. Hakem Mahkemesi, ikili yatırım anlaşmalarında yatırımın ne olduğunu belirleme konusunda tarafların, bu şekilde, tamamen hür olmadıklarını; örneğin malların satışının, aksi kararlaştırılsa bile **yatırım** olamayacağını ifade ederek, bunu kabul etmemiştir³⁹⁷. Hakem Mahkemesine göre, Konvansiyonun dibacesinde de belirtildiği üzere, yabancı yatırımların ICSID sistemi çerçevesinde korunmasındaki amaç, ev sahibi devletlerin ekonomisini geliştirecek sınır aşan yatırımların teşvik edilmesidir. Ayrıca, ICSID sistemi yabancı yatırımlar için tasarlanmıştır. ICSID içtihatlarına göre bir şirket Merkezin yetkisine dahil olmak için yatırımın yapısını değiştiremez³⁹⁸; ev sahibi devletin uygulamalarından şikayet ederek buna tevessül edilmesi halinde, Konvansiyon kapsamında korunan bir yatırımdan söz edilemez³⁹⁹. Hakem Mahkemesi, bununla birlikte, ICSID ve ikili yatırım anlaşmaları ile tesis edilen sistemin, yatırımların korunmasının esaslı şartı olan ekonomik aktivite olmaksızın, tek amacı bu sistemlerin suistimali (abuse of system) olan işlemleri korumak için oluşturulmadığına işaret etmiştir⁴⁰⁰.

Sonuç olarak; Hakem Mahkemesi, değerlendirmesini; Salini Test⁴⁰¹ ile “iyi niyet ilkesi” ve “ev sahibi devletin kanunlarına uygunluk” unsurları çerçevesinde yapmış; ilk bakışta phoenix tarafından gerçekleştirilen işlemler bir yatırım gibi görünse de, pekçok unsurun birleşmesiyle, burada korunacak bir yatırımın olmadığına; hakkın kötüye kullanılarak bir hukuki kurgunun gerçekleştirildiğine ve tüm bir yatırımın yapay bir işlem den ibaret olduğuna; bunun şartları uygun olmayan

³⁹⁷ Paragraf 82.

³⁹⁸ Benzer bir dava için bkz.: *Mihaly International corporation v. Sri Lanka*, Award of March 15, 2002, Karar metni için bkz.: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/mihaly.decision.pdf>.

³⁹⁹ Paragraf 88-89.

⁴⁰⁰ Paragraf 93.

⁴⁰¹ Salini Test'in dört unsuru için bkz.: *Salini v. Morocco* davası, tez, s. 108-111.

bir uyuşmazlığı Merkezin yetkisine tâbi kılmak için yapıldığına ve böylelikle iyi niyet ilkesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir⁴⁰².

Hakem Mahkemesi, Phoenix'in talebine uygun bir biçimde Merkezin yetkisini kabul etmeleri durumunda, bunun yerel Mahkemelerde görülmesi gereken uyuşmazlıkların ICSID ve ikili yatırım anlaşmaları sistemine dahil edilmesi sonucunu doğurabileceğine; sınır aşan yatırımların korunmasını amaçlayan mezkur sistemi, bunu suistimal eden girişimlere karşı korumanın Mahkemenin görevi olduğunu ifade etmiştir⁴⁰³.

F. Türkiye'nin veya Türk Vatandaşı Yatırımcının Tarafı Olduğu Bazı ICSID Davaları

a. PSEG Global Inc. and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey Davası

PSEG v Türkiye davası⁴⁰⁴, Türkiye'nin ICSID önünde davalı olarak ilk kez taraf olduğu ve ICSID Anlaşması çerçevesinde bir **yatırımın** söz konusu olmadığını; var kabul edilse bile uyuşmazlığın bu yatırımdan **doğrudan** kaynaklanmadığını; dolayısıyla Merkezin yetkisinin olmadığını ileri sürdüğü; fakat bu iddialarının kabul edilmeyerek, adil ve hakkaniyetli davranış yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle yatırımcıya tazminat ödenmesinin hükme bağlandığı bir davadır.

Konya Ilgın Elektrik Santralının Yap-İşlet-Devret (YİD) modeli kapsamında yapımı ve işletilmesi için Enerji⁴⁰⁵ ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile görüşmelere başlayan PSEG/Ilgın Elektrik girişiminin hazırlamış olduğu proje fizibilite raporu Kasım 95 tarihinde onaylanmıştır. Rapor, 425 MW gücünde ve 38 yıllığına bir

⁴⁰² Paragraf 143.

⁴⁰³ Paragraf 144.

⁴⁰⁴ *PSEG v Turkey*, Decision on Jurisdiction 4 June 2004. Karar metni için bkz.:

http://www.worldbank.org/icsid/cases/pseg_decision.pdf.

⁴⁰⁵ Enerji'de tahkim, ikili yatırım anlaşmaları ve Enerji Şartı Anlaşması hakkında bkz.: Ahmet Berker, "Yatırımcı Devlet Uyuşmazlıklarında Tahkimin Rolü, <http://www.emo.org.tr/ekler.pdf>. (13.12.2009).

termik santrali öngörmektedir. Mart 96'da, Anayasa Mahkemesi (AYM), YİD modeli kapsamında yapılan enerji projelerinin özel hukukun konusu olamayacağı ve Danıştay onayından geçmesi gerektiğine karar vermiştir. Bunun üzerine Devlet Planlama Teşkilatı onayı alınan proje için, taraflar, aynı unsurları içeren bir Uygulama Sözleşmesi başlatmışlardır. Bu sözleşme daha sonra inceleme ve Onay için Danıştay'a sunulmuştur⁴⁰⁶.

Uygulama Sözleşmesi, yatırımcıya gözden geçirilmiş maden planı (Revised Mine Plan) sunma imkanı vermektedir. Sözleşme ayrıca, yatırımcı ile TEAŞ arasında Uzun Dönemli Elektrik Alım Anlaşmasının ve Elektrik Enerji Fonu ile Fon Anlaşmasının yürürlüğe girmesini öngörmektedir. Diğer yandan Proje, 3996 sayılı Kanunun 11. maddesindeki hazine garantilerinden yararlanacaktır. Aralık 97'de PSEG bir revize raporu sunmuştur. Toplam yatırım tutarında, revize çalışmalarından kaynaklanan bir artış olmuş ve bunun tarifeyi değiştirmemesi için santralin kurulu gücünün 425'den 550 MW'a çıkarılması hususunda Haziran 98'de Bakanlıktan onay alınmıştır. İmtiyaz sözleşmesi 30.3.98'de Danıştayca onaylanmıştır⁴⁰⁷.

Şirket, 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma Ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun"a göre özel hukuk hükümlerine tâbi olmak istemiş; ancak projede iyileştirmeyi kabul etmeyen şirket ile özel hukuka tâbi sözleşme görüşmelerine başlanamamıştır. İmtiyaz Sözleşmesine göre, yürürlüğe girmesini müteakip, 18 ay içerisinde diğer anlaşmalar tamamlanmadığından şirketin isteği üzerine 6 ay süre uzatımı verilmiştir. Bu arada 4628 sayılı Elektrik Piyasası Düzenleme Kanununun geçici 8. Maddesinde yer alan hazine garantisi verilebilecek projeler arasında yer almadığı için işlemler yürütülememiştir. Şirket 2. bir mehil istemişse de verilememiştir. Ayrıca kesin teminat mektubu süresi de 23 Şubat

⁴⁰⁶ Karar, paragraf 19-21.

⁴⁰⁷ Karar, paragraf 22-41.

2001'de sona ermiştir ve şirket tarafından yenilenmemiştir⁴⁰⁸. Sonuçta uyuşmazlık PSEG tarafından Türkiye-ABD ikili anlaşmasında öngörülen uyuşmazlık çözüm usullerine teb'an Merkeze taşınmıştır.

Türkiye tarafından, Hakem Mahkemesi önünde uyuşmazlığın yatırımdan doğrudan kaynaklanmadığı ileri sürülmüştür. Türkiye'ye göre, uyuşmazlığa konu bir yatırım yoktur. Var kabul edilse bile, uyuşmazlık bu yatırımdan **doğrudan** kaynaklanmamaktadır⁴⁰⁹. Türkiye bu iddiasına dayanak olarak Türkiye-ABD ikili yatırım antlaşmasının⁴¹⁰ yatırım uyuşmazlığını tanımlayan VI. maddesini göstermektedir. Maddeye göre:

"... yatırım anlaşmazlığı (a) bir Taraf ile karşı Tarafın vatandaşı veya şirketi arasındaki bir yatırım sözleşmesinin uygulanması veya yorumlanması; (b) bir Tarafın yabancı yatırımlarla ilgili makamının, söz konusu vatandaş veya şirkete sağladığı herhangi bir yatırım müsaadesinin uygulanması veya yorumlanması; veya (c) bir yatırım ile ilgili olarak ve işbu Anlaşma ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın çiğnendiğinin iddia edilmesi ile ortaya çıkan anlaşmazlıklar ifade eder."

Türkiye'ye göre olayda bu üç halden hiçbirisi mevcut değildir. Ne bir yatırım sözleşmesi veya izni, ne de bir yatırım ile ilgili antlaşmasal haklar vardır. Türkiye'ye göre, yabancı yatırımcının Yap-İşlet-Devret modeli ile elektrik santrali kurmak için Enerji Bakanlığı ile imzalamış olduğu imtiyaz sözleşmesi geçerli olmadığı gibi, proje şirketinin kuruluşu için alınmış olan yabancı yatırım izin belgesi de aslında nitelik olarak fiziki yatırımlar için gerekli olan yatırım izin belgesi değildir. Hakem Mahkemesi incelemesinde öncelikle imzalanmış olan imtiyaz sözleşmesinin geçerli olduğunu ve bu sözleşmenin de ilgili ikili antlaşma kapsamında bir yatırım sözleşmesi olduğunu ifade etmiştir. Daha sonra, proje şirketi olarak kurulan şube ve bir limited şirketin yabancı sermaye makamlarından şirketin kuruluşu için gerekli izinleri aldığını tespit etmiştir. Kaldı ki, yabancı sermaye izni olmasaydı imtiyaz

⁴⁰⁸ Karar, paragraf 42-46. Bkz.: Süleyman Dost, "Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya İlgin Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (PSEG-Türkiye Tahkim Kararı), İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, sayı 3, İstanbul, 2007 s. 1072-1073.

⁴⁰⁹ Karar, paragraf 61.

⁴¹⁰ Antlaşma metni için bakınız RG. 13.8.1989 -20251.

sözleşmesi Danıştay tarafından onaylanmazdı. Bu sebeple, dava konusu uyuşmazlık ilgili ikili yatırım antlaşmasının tanımı çerçevesinde her iki taraf nezdinde yatırım sözleşmesinin ve yatırım izninin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkindir. Hakem mahkemesi, son olarak VI/1. maddedeki üçüncü kriter bakımından yaptığı değerlendirmede, yatırıma ilişkin olarak antlaşma tarafından yaratılan ya da verilmiş olan herhangi bir hakkın ihlaline ilişkin olarak, bu aşamada ihlalinin tespitinin mümkün olmadığı, ancak uyuşmazlığın hikayesine bakıldığında yatırımın prensip olarak antlaşma kapsamında korumaya tabi olduğu ve davacıların da söz konusu taleplerinin incelenmesine hakkı olduğuna karar vermiştir. Sonuçta Hakem Mahkemesine göre, bu davadaki uyuşmazlık **yatırımdan doğrudan kaynaklanan bir uyuşmazlık** olarak Merkezin yetkisine tabidir⁴¹¹.

Türkiye, proje ve imtiyaz sözleşmesinin **yatırım** olmadığını; gerçekleşmemiş bir proje üzerine yapılmış olan belli bazı masrafların bir yatırım teşkil etmediğini; imtiyaz sözleşmesinin esaslı ticari hükümler üzerinde mutabakat olmadığından taraflar arasındaki karşılıklı rızayı ve tarafların sözleşme ile bağlı olacakları iradesini yansıtmadığı için geçerli ve bağlayıcı olmadığını; proje kapsamında, proje şirketi olarak kurulmuş olan yatırımcı limited şirketin mameleki olarak davacılarca ileri sürülen işlemlerin tamamının yalnızca hazırlık aşamasındaki bir yatırım için geliştirme çalışmaları olduğunu iddia etmiştir⁴¹². Davacılar ise, yatırımın tanımının Konvansiyonda verilmemiş olmasına karşın, ilgili ikili antlaşmanın yatırımı geniş anlamda tanımladığını; I/1/c maddesinde yer alan "*hizmet ve yatırım sözleşmeleri, ifayı talep hakkı ve gayrimaddi mal*" tanımlarının imtiyaz sözleşmelerini de kapsadığını; Danıştayca onaylanmış imtiyaz sözleşmesinin bağlayıcı ve geçerli olduğunu ve ek sözleşmelerin sonradan yapılacağının öngörülmesinin bu sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyeceğini; tüm izinleri alınarak kurulmuş olan proje şirketinin kendisinin de bir yatırım olduğunu; fizibilite raporu, revize edilmiş maden planı, maden hakları devir sözleşmesi, diğer izinler ve ruhsatlar dahil bu şirketin tüm mamelekinin de antlaşma kapsamında yatırım olduğunu; projenin

⁴¹¹ Karar, paragraf 114-124. Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID**, s. 142-146.

⁴¹² Karar, paragraf 67-73.

kendisi bir yatırım olarak nitelenmese dahi, söz konusu sözleşmeler ve hakların antlaşmadaki yatırım tanımına dahil olduğunu iddia etmişlerdir⁴¹³.

Hakem mahkemesine göre, taraflarca imzalanmış olan sözleşme Danıştayca da onanarak hukuken mevcudiyetini kazanmıştır. Taraflar da bu konuda bir itirazda bulunmamıştır. Hakem mahkemesine göre, bu tür sözleşmelerin uzun döneme yayılması ve karmaşık yapıları nedeniyle, ileride yeniden müzakere edileceğinin⁴¹⁴ ya da üzerinde bir anlaşma yapılacağına öngörülmesi doğal olup, bu sözleşmenin kendisi ile bağlı olunmayacağı anlamına gelmez⁴¹⁵. Ayrıca, mahkemenin tesbitine göre sözleşme, fizibilite çalışmasında anlaşılan hükümleri aynen içermekte olup, esaslı ticari hükümleri de kapsamaktadır⁴¹⁶. Sonuçta, imtiyaz sözleşmesi Türkiye için bağlayıcıdır ve Türk idare hukukuna göre geçerli bir sözleşmedir. Mahkeme tarafından sözleşmenin mevcudiyeti ve geçerliliği hakkında ulaşılan bu sonuçlar, bu konuda mahkemenin yetkisini teyit için yeterli bulunmuştur. Hakem Mahkemesine göre; tarafların niyeti kendilerini bir sözleşme ile bağlı kılmak olmasaydı, bu sözleşmeyi imzalayıp onay için sunmazlardı. Görüşmelere devam edebilmek için genel bir çerçeveyi arzu etselerdi, bunu bir niyet mektubu ya da benzeri bir formda yapmaları yeterli olurdu. Hakem mahkemesi, mezkur gerekçelerle Türkiye'nin, Merkezin yetkisine yapmış olduğu itirazı reddetmiştir⁴¹⁷.

Bu davada Türkiye, yabancı yatırımcılar tarafından yapılan faaliyetlerin gerçekleşmeyen bir yatırım için hazırlık ya da geliştirme faaliyetleri olduğunu ve bu sebeple de yatırım oluşturmadığı iddiasına dayanak olarak da önceki tarihli bir dava olan *Mihaly v Sri Lanka* davasındaki karara atıf yapmıştır⁴¹⁸. Fakat bu olayda taraflar, sadece mektup teatisinde bulunmuşlardır. Daha da önemlisi, her mektup,

⁴¹³ Karar, paragraf 74-78.

⁴¹⁴ Uzun bir sürece yayılan yatırımlara ilişkin olan yatırım sözleşmelerine konulan klozlar ve özellikle 'yeniden müzakere' klozları hakkında bkz.: Clauses in Foreign Investment Contracts: Renegotiation Clause, Sornarajah, **Foreign Investment Disputes**, s. 47 vd.

⁴¹⁵ Karar, paragraf 88.

⁴¹⁶ Karar, paragraf 83.

⁴¹⁷ Karar, paragraf 103-104.

⁴¹⁸ *Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Award of the Tribunal 15 March 2002, 17 ICSID Rev. FILJ.2002, s. 142; <http://www.worldbank.org/icsid/cases/mihaly-award.pdf>.

mektup hükümlerinin hiçbir taraf için bağlayıcı olmadığına dair hükümler içermektedir. Bu yüzden, hakem mahkemesi Türkiye'nin kendi görüşlerini desteklemek için bu davaya yapmış olduğu yollama konusunda, her iki dava arasındaki farklılığı, ilgili sözleşmenin imzası olarak ortaya koymuş; tarafların amacının bağlayıcı olmayan bir çerçevede metni olduğu ihtimalde, bunu *Mihaly* davasında olduğu gibi yapabileceklerini de ifade etmiştir⁴¹⁹.

Hakem Mahkemesi, davacının, Türkiye'nin adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüğünü ihlal ettiğine ilişkin iddiasına tarafların yaklaşımını değerlendirmiş ve özetle şu sonuca varmıştır: adil ve hakkaniyetli davranış standardının olaydan olaya değişmesi yüzünden, bu standardın bazı hallerde arzu edilen düzeyde olmadığını, bu olayda, uluslararası hukuk standartlarının daha geleneksel ihlallerinin yokluğunda bir yargılama yapıldığını⁴²⁰; yatırımcının yatırım kararı vermesinde mevcut olan şartların, yatırımcı aleyhinde tümüyle değiştirilemeyeceğini⁴²¹; yatırımcının haklı beklentilerinden söz edebilmek için, bunların ev sahibi devletin taahhütleriyle teyit edilmesi gerektiğini ve somut olayda davacının ileri sürdüğü haklı beklentiler listesini muknâ bulmadığını⁴²²; olayda, Türk Hükümetinin yatırım yapılması konusunda aktif bir çabasını gösteren bir delil görmediğini, aslında tüm YİD politikalarının teşvik üzerine kurulduğunu⁴²³; adil ve hakkaniyetli davranış yükümlülüğünün her ihlalinin, işlemlerin kötü niyetle yapıldığı anlamına gelmeyeceğini⁴²⁴; yatırımcı ile görüşmelerin yürütülmesindeki ihmalin ve yatırımcının başvurularını ciddiyetle ele almamanın ve ayrıca sürekli mevzuat değişiklikleri ile yatırımın olumsuz etkilenmesinin adil ve hakkaniyetli davranış yükümlülüğünün ihlali olarak yorumlanabileceğini⁴²⁵; somut olayda, iyi niyetin varlığına inandığını; fakat işlemler iyi niyete uygun olsa bile, mezkur uygulamalar muvacehesinde, adil ve hakkaniyetli davranış standardının ihlali delillerinin mevcut

⁴¹⁹ Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID*, s. 162-167.

⁴²⁰ Karar, paragraf 239.

⁴²¹ Karar, paragraf 240.

⁴²² Karar, paragraf 241.

⁴²³ Karar, paragraf 243.

⁴²⁴ Karar, paragraf 244.

⁴²⁵ Karar, paragraf 246-251.

olduğunu belirtmiş ve bu durumun ortaya çıkardığı zarar nedeniyle tazminatı gerektirdiğini ifade etmiştir⁴²⁶.

b. Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Republic of Turkey Davası

Europe Cement v. Turkey davası⁴²⁷, Enerji Şartı Anlaşmasında⁴²⁸ Türkiye'nin ICSID tahkimine verdiği onaya istinaden, ICSID'e taraf olmayan Polonya vatandaşı şirketin bu sebeple ICSID Ek Mekanizma Kuralları⁴²⁹ çerçevesinde tahkim başvurusu yaptığı bir davadır. Bu dava, aynı zamanda, Cementownia, Libananco Holdings Co. Ltd. tarafından ICSID önünde, Polska Energetyka Holding S.A. tarafından UNCITRAL ad hoc tahkim önünde ve Kemal Uzan tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde bireysel olarak açılıp, Türkiye'ye karşı benzer taleplerin olduğu; bu taleplerin hepsinde de Çeş ve Kepez'de hissedarlık iddiasının ileri sürüldüğü davalardan biridir.

Davacı, yetki ve sorumluluğa ilişkin 15 Mayıs 2008 tarihli dilekçesinde, ÇEAŞ ve KEPEZ'deki hisseleri 2003 yılının Mayıs ayında aldığını ve imtiyaz sözleşmelerinin davalı tarafından hukuka aykırı bir şekilde sona erdirildiğini ve bu durumun Enerji Şartı Anlaşmasının 13. maddesinde düzenlenen hukuka aykırı kamulaştırma kapsamında olduğunu iddia etmiştir. Davacı imtiyaz sözleşmelerinin sona erdirilmesinin akabinde, ÇEAŞ ve KEPEZ'in işyerlerine polis tarafından baskınların yapıldığını; personele fiziki olarak kötü muamelede bulunulduğunu; Muhasebe defterlerine, kayıtlara, dosyalara ve diğer dökümanlara el konulduğunu ifade etmiştir. Davacı, ayrıca, davalının adil ve hakkaniyetli davranma yükümlüğüne aykırı hareket ederek, Enerji Şartı Anlaşmasının 10/1 maddesini de ihlal ettiğini ileri

⁴²⁶ Karar, paragraf 256. Adil ve hakkaniyetli davranış standardının işbu davada ele alınışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Dost, PSEG-Türkiye Tahkim Kararı, s. 1074-1082.

⁴²⁷ Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Republic of Turkey, Award of August 13, 2009. Karar yayınlanmamıştır.

⁴²⁸ Anlaşma metni için bkz: www.encharter.org ve <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa> enerji Şartı Anlaşması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Çal, **Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku**, s. 96-122. Ayrıca bkz.: Nilay Çelebi, "Enerji Şartı Anlaşması", Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2009, s. 2240.

⁴²⁹ Bkz.: <http://www.worldbank.org/icsid/facilityte.-htm>; ICSID Additional Facility Rules, January 2003, ICSID publication.

sürmüş ve mezkur Anlaşmanın Türkiye bakımından ICSID tahkimine onayın kaynağı olan 26. maddesine atıfla uyuşmazlığı Merkezin önüne getirmiştir⁴³⁰.

Davacı, ÇEAŞ ve Kepez'in hisse senetlerine ilişkin mülkiyet iddialarını kanıtlamak için, 2003 Mayıs ayında satın aldığı iddia ettiği hisse senetlerinin ve hisse alım sözleşmelerinin kopyalarıyla birlikte, hisseleri davacıya sattığı ileri sürülen Kemal Uzan'ın tanık beyanını dilekçesine eklemiştir⁴³¹.

Davalı Türkiye, 22 Mayıs 2008 tarihinde, davacının sunmuş olduğu belgelerin gerçek olduğunu kabul etmemiş ve davacının 2003 Mayıs ayında satın aldığı iddia ettiği hisse senetlerinin asıllarını veya bu hisse senetleriyle ilgili şirket kayıtlarını, hamiline yazılı hisse senetlerinin devir ve teslimine ilişkin belgeleri, davacının ÇEAŞ ve Kepez'deki hissedarlığına ilişkin yönetim Kurulu kararlarını, tutanakları, finansal tablolar gibi çeşitli belgeleri sunmasını ve bu belgelerin adli tıp incelemesine tâbi tutulmasını talep etmiştir. Bu belgelerin ibrazının Merkezin yargılama yetkisinin olup olmadığını tespit bakımından gerekli olduğunu ifade etmiştir⁴³².

Hakem Mahkemesi, davacıya söz konusu belgeleri ibraz etmesi için süre tanımıştır. Bu arada, davacının avukatının istifa etmesi sebebiyle, davacıya yeni bir avukat tayini için yeniden süre tanınmış; davacı, davalının belgelerin saklanması için sunduğu yediemin sözleşme taslağını imzalamaktan imtina etmiş; belgelerin yediemine tevdi edilmesine ilişkin ara kararları yerine getirmemiş ve benzer şekilde, Hakem Mahkemesinin prosedüre ilişkin birçok kararını yerine getirmeyerek sürekli ek süre talebinde bulunmuş ve en sonunda Europe Cement'in Yönetim Kurulu Başkanı Biser Hristov Biserov, Hakem Heyetine “önceki yönetimin uygun

⁴³⁰ Enerji Şartı Anlaşması m. 10/1'e göre her bir üye devlet: “..diğer bir üyede devlet yatırımcısının yatırımlarıyla ilgili olarak üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmek” durumundadır. Karar, paragraf 2, 25 ve 26. Enerji Şartı Anlaşmasının 26. Maddesinde, uluslararası tahkime devletler şartsız onay vermişlerdir. Yatırımcının vatandaşı olduğu devlet ICSID'e taraf değilse, bu durumda ICSID Ek Mekanizma Kuralları devreye girecektir.

⁴³¹ Karar, paragraf 27.

⁴³² Karar, paragraf 28-29

görmemesi nedeniyle, Europe Cement'in Hakem Mahkemesinin kararlarını yerine getirmeyeceğini" bildirmiştir.

Biserov, Europe Cement yönetiminin davaya devam etmeme kararı aldığını ve bu sebeple, haklarına hanel gelmeksizin davaya devam etmeyeceğini Hakem Mahkemesine iletmiştir. Davalı Türkiye'nin buna muvafakat etmemesi nedeniyle, Hakem Mahkemesi Ek Mekanizma Kurallarının 50. maddesi gereğince yargılamaya devam kararı almıştır. Mahkeme, davalıya, bu son durum üzerine, bu yargılamaya ilişkin taleplerini içeren bir dilekçe sunması için süre vermiştir⁴³³.

Türkiye, yetkiye ilişkin dilekçesinde; Europe Cement'in tüm taleplerinin reddedilmesini; Europe Cement'in gerçek olmayan belgelere istinat ederek "açıkça asılsız" taleplerde bulunduğunun kararda beyan edilmesini; Heyetçe Kabul edilecek bir tazminatın davalıya ödenmesini talep etmiştir⁴³⁴.

Hakem Heyeti, bu davada alışılmadık bir durumla karşılaşmıştır. Süreç içinde, her iki taraf da, Merkezin yargılama yetkisinin olmadığını iddia eder hale gelmiştir. Davalı Türkiye, davacının ÇEAŞ ve Kepez'deki hissedarlığını kanıtlayamamasından kaynaklanan yetki itirazının yanı sıra, Merkezin yetkisi olmadığına ilişkin *ratione materiae*, *ratione personae* ve *temporis* konularında da alternatif itirazlar ileri sürmüştür. Çünkü Türkiye, söz konusu belgelerin asılları mahkemeye sunulsaydı dahi, ilgili hisse devir işlemlerinin geçerliliğinin bazı makamlardan onay alınmasına ve bazı bildirimler yapılmasına bağlı olduğuna ilişkin görüş uyarınca, **yatırım** işleminin gerçekleşmediğini savunabilecektir. Fakat, Hakem Mahkemesi, hisse senetlerinin mülkiyetinin ispatlanamaması durumunda, diğer itirazları değerlendirmeye gerek görmediğinden, Türkiye'nin mezkur diğer itirazları değerlendirmeye tâbi tutulmamıştır⁴³⁵.

⁴³³ Karar, paragraf 32-61

⁴³⁴ Karar, paragraf 65.

⁴³⁵ Karar, paragraf 110.

Sonuç olarak; Hakem Mahkemesi, davacının Türkiye’de ilgili tarihlerde yatırımı olmadığından, davacının talebinin yetkisizlik nedeniyle reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Türkiye’nin asılsız iddialarla itibarının zedelendiğini ileri sürerek talep ettiği manevi zararın, kararın reddedilmesiyle ortadan kalkacağını ifade etmiş bu yöndeki talepleri reddetmiştir.⁴³⁶

Türkiye’nin, davacının gerçek olmayan belgelere istinat ederek “açıkça asılsız” taleplerde bulunduğu kararda beyan edilmesi yönündeki isteği ise, Hakem Mahkemesince, ICSID Konvansiyonunda ve Ek Mekanizma Kurallarında veya başka bir davada, beyanların hangi hallerde verilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme veya uygulama olmadığı gerekçesiyle karşılanmamıştır⁴³⁷. Ayrıca, Türkiye’nin *Phoenix v. Czech Republic* davasına yaptığı gönderme için, davalar arasında tam bir paralellik olmadığını ifade etmiştir. Çünkü *Phoenix* davasında⁴³⁸, uyuşmazlığı Merkezin yetkisine tâbi kılmak için iyi niyet ilkerine aykırı şekilde tesis edilmiş ve ICSID ve ikili anlaşmalar sistemi çerçevesinde korunmaya layakat kesbetmemiş olsa dahi, bir yatırımın varlığı söz konusudur; fakat somut olayda gerçekleştirilmiş bir yatırımdan söz etmek mümkün değildir⁴³⁹.

c. Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan Davası

ICSID Hakem Mahkemesi, yatırımcının Türkiye vatandaşı şirket olduğu *Bayındır v. Pakistan* davasında, Türkiye-Pakistan ikili yatırım anlaşması⁴⁴⁰ kapsamında vermiş olduğu yetkiye ilişkin kararında⁴⁴¹; faaliyet alanı yol yapımı vb. altyapı işleri olan yabancı yatırımcı Bayındır İnşaat’ın, özerk fakat Pakistan Devleti’nin kontrolündeki NHA⁴⁴² isimli ulusal otoyol yapım otoritesi bir kamu

⁴³⁶ Karar, paragraf 181.

⁴³⁷ Karar, paragraf 110.

⁴³⁸ Bkz.: Tez, *Phoenix v. Czech Republic* davası, s. 115-119.

⁴³⁹ Karar, paragraf 173-174.

⁴⁴⁰ Türkiye-Pakistan, (RG 12.02.1997/22903)

⁴⁴¹ *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan* davası, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005. Karar metni için bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/bayindir_decision.pdf.

⁴⁴² The National Highway Authority

teşekkülüyle yaptığı sözleşme kapsamında inşa edeceği yol yapım projesi ile ilgili olarak, bir **yatırımın** mevcut olup olmadığı konusunu incelemiştir.

Bayındır, ICSID Anlaşması ve ikili yatırım anlaşması çerçevesinde bir **yatırım gerçekleştirdiğini**; Pakistan'ın ikili anlaşmadaki ulusal işlem standardına ve en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin hükümleri ihlal ettiğini; adil ve hakkaniyete uygun davranış yükümünü de ihlal ettiğini; ayrıca tazminat ödemediğini yatırımını kamulaştırdığını; bununla birlikte, ikili yatırım anlaşmasına dayanan iddialarının NHA ile akdettiği sözleşmeye dayanan taleplerden bağımsız olduğunu⁴⁴³, iddia etmiştir⁴⁴⁴.

Pakistan, davaya vermiş olduğu cevapta, diğerlerinin yanında, Bayındır'ın ICSID Anlaşması ve İkili Yatırım Anlaşması m. I/2 çerçevesinde, **ulusal mevzuat ve düzenlemelere uygun bir yatırım gerçekleştirmediğini**; Bayındır'ın ikili anlaşmanın ihlal edildiği yönündeki tüm iddialarının somut olayı Merkezin yetkisi kapsamına sokmak için oluşturulan yapay gerekçeler olduğunu; **uyuşmazlığın ikili anlaşmaya değil, Bayındır'ın NHA ile yaptığı sözleşmeye dayandığı**; bu konuda da Pakistan Mahkemelerinin yetkili olduğunu iddia etmiştir⁴⁴⁵.

Pakistan'ın İkili Yatırım Anlaşması m. I/2 çerçevesinde, **ulusal mevzuat ve düzenlemelere uygun bir yatırım gerçekleştirilmediği**⁴⁴⁶ yönündeki iddialarına ilişkin olarak; Bayındır, m. I/2'deki düzenleme tarzının yerel kanunlara aykırı **yatırımları** ikili anlaşmanın koruma kapsamının dışında tutma amacına matuf olduğunu ve bunun **yatırımın** tanımıyla bir bağlantısı olmadığını iddia etmiştir. Pakistan ise, bu ibare ile, ikili anlaşma çerçevesinde, **yatırımın** tanımına yerel kanun ve düzenlemeler kapsamında bir **sınır** getirildiğini; Bayındır'ın yatırımla ilgili

⁴⁴³ Bayındır, bu taleplerin ikili yatırım anlaşmasına dayanan taleplerden bağımsız olmasına rağmen, sözleşmeye dayanan talepler konusunda da Merkezin yargılama yetki olduğunu iddia etmiştir. Karar, paragraf 61/4.

⁴⁴⁴ Karar, paragraf 61.

⁴⁴⁵ Karar, paragraf 65.

⁴⁴⁶ The term "investment" in conformity with the hosting Party's laws and regulations, shall include every kind of asset... Türkiye-Pakistan İkili Anlaşması m I/2.

makamdan otoyol inşaa tasarımına ilişkin bir izin almasının bir yatırım yapıldığı anlamına gelmeyeceği ve dolayısıyla yerel kanun ve düzenlemelere göre bir yatırımın söz konusu olmadığını iddia etmiştir⁴⁴⁷.

Hakem Mahkemesi, Pakistan'ın iddiasını reddederek, tasarımın kendisinin bu konuda alınan izin kapsamında bir **yatırım** olup olmaması durumunun, Bayındır'ın faaliyetlerinin bir bütün olarak Pakistan kanunlarına göre bir **yatırım** olarak nitelendirilemeyeceği anlamına gelmeyeceğini; kaldı ki, Pakistan'ın yatırıma özel bir tanım getirilen herhangi bir yasal düzenlemeye sahip olmadığını ifade etmiştir⁴⁴⁸. Ayrıca, Hakem Mahkemesi *Salini v Morocco* davasına⁴⁴⁹ atıf yaparak, ikili anlaşmadaki “yerel kanun ve düzenlemere uygunluk” hükmünün yatırımın tanımına değil, geçerliliğine ilişkin olduğunu belirtmiştir⁴⁵⁰. Sonuç olarak, Bayındır'ın hem know how ve ekipman bakımından, hem de personel ve yatırıma sermaye aktarması bakımından, ikili anlaşmada tüketici bir biçimde sayılmayarak, “her türlü değer” şeklinde ifade edilen genel tanıma uygun bir **yatırım** gerçekleştirdiğine karar vermiştir⁴⁵¹.

Hakem Mahkemesi, Pakistan'ın ICSID Anlaşması 25/1 çerçevesinde **bir yatırım gerçekleştirilmediği** yönündeki iddialarına ilişkin olarak; yine *Salini v Morocco* davasına atıf yaparak; somut olayda otoyol yapım projesinin çok kısa olmayan belli bir sürece yayıldığını; projenin gerçekleşmesi bakımından yabancı yatırımcı tarafından yüklenilen edimlerin belli bir ağırlığı olduğunu ve bunların yatırımcı için bazı riskler taşıdığını; ve son olarak Pakistan makamlarının aynı yöndeki beyanları dikkate alındığında, otoyol yapım projesinin ev sahibi ülkenin gelişimi için belli bir katkı sağlayacağına kuşku olmadığını ifade ederek,

⁴⁴⁷ Karar, paragraf 106.

⁴⁴⁸ Karar, paragraf 108.

⁴⁴⁹ *Salini v Morocco*, Decision on Jurisdiction, 23 July 2003, 42 ILM 2003, paragraf 46. Bkz.: Tez, *Salini v Morocco* davası, s. 109.

⁴⁵⁰ Karar, paragraf 109.

⁴⁵¹ Karar, paragraf 121.

Bayındır'ın gerçekleştirdiği **yatırımın** ICSID Anlaşması 25/1 kapsamında da bir **yatırım** olduğuna hükmetmiştir⁴⁵².

Pakistan'ın **uyuşmazlığın ikili yatırım anlaşmasına değil, Bayındır'ın NHA ile yaptığı sözleşmeye dayandığı** ve bu konuda da Pakistan Mahkemelerinin yetkili olduğu şeklindeki iddiası⁴⁵³ önemlidir. Çünkü, ikili yatırım anlaşmaları, yatırımcılarla devlet arasındaki ticari ilişkiden, diğer bir ifadeyle ticaretin doğasından kaynaklanan uyuşmazlıkları düzenlemek amacını taşımazlar. Başlıca amaç, yabancı yatırımcılar ile devletin ticari nitelikte bir ilişkiye girip girmediklerine bakılmaksızın, örneğin bir izin veya ruhsat çerçevesinde gerçekleşen bir yatırımın, kamulaştırma benzeri bir eylemle kötürüm bir hale getirilmesinin veya yerel yatırımcılarla ayrımcılık yaratacak biçimde uygulanmasının önüne geçmektir⁴⁵⁴. Dolayısıyla, devletin münhasıran ticari ilişkiden kaynaklanan ve siyasi boyutta bir eylemi derecesine yükselmeyen muamelelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için ikili yatırım anlaşmasına müracaat imkanı olmayacağından⁴⁵⁵, somut olayda, Pakistan'ın egemenliğinin tezahürü olan siyasi boyutta tasarruflarının olup olmadığına bakmak gerekecektir.

Bayındır, Pakistan'ın mezkur itirazına karşı, Pakistan'ın yine, Merkezin yetkisine itiraz ettiği ve fakat bunun Hakem Mahkemesince isabetsiz bulunduğu *Impregilo v. Pakistan* davasındaki karara atıf yaparak cevap vermiştir⁴⁵⁶. Hakem Mahkemesi, Pakistan'ın iddiasının aksine ve Bayındır'ı teyit ederek, “bir ihlalin sözleşmeye dayalı haklar yaratmış olması, aynı ihlalin, bağımsız olarak, ikili yatırım anlaşmasına dayalı haklar yaratamayacağı anlamına gelmeyeceğini”; ifade etmiştir⁴⁵⁷. Hakem Mahkemesi, sonuç olarak, şu aşamada (*prima facie*), Bayındır'ın iddiaları çerçevesinde ikili anlaşmanın ihlal edilmiş olabileceğine ve davacının bu

⁴⁵² Karar, paragraf 130, 131, 132, 134, 137.

⁴⁵³ Karar, paragraf 139.

⁴⁵⁴ Çal, **Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku**, s. 236.

⁴⁵⁵ Çal, **Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku**, s. 237.

⁴⁵⁶ Karar, paragraf 140. Buna göre; ikili anlaşmanın 9. Maddesi çerçevesinde, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların Merkezin yetkisi dışında olması, aynı zamanda sözleşmenin ihlali niteliğinde olan ikili anlaşma ihlallerinin de Merkezin yetkisi dışında olduğuna delalet etmez. Karar için bkz.: *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/impregilo-decision.pdf>

⁴⁵⁷ Karar, paragraf 141.

iddiasını bilahare ispat etmesi gerekeceğine işaret ederek, Pakistan'ın yetkiye ilişkin itirazlarını reddetmiştir⁴⁵⁸. Fakat, yargılama sonucunda, dava Pakistan lehine sonuçlanmıştır⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Karar, paragraf 263.

⁴⁵⁹ Karar için bkz.: *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan* davası, Award of August 27, 2009. Karar metni için bkz: http://www.worldbank.org/icsid/cases/bayindir_award.pdf.

SONUÇ

“Türkiye’nin taraf olduğu ICSID ve ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde yatırım uyumsuzluğu” konusunda yaptığımız bu çalışma, “yatırım” kavramına yüklenen anlam etrafında şekillenmiştir, diyebiliriz.

Hukukun “yatırım”a ilişkin olan alanı, hem yerel hem uluslararası düzeyde, sürekli olarak tarihî, siyasî ve ekonomik gelişmelerin yoğun etkisine maruz kalmıştır. Bu açıdan bakıldığında, konu salt mezkur anlaşmalar çerçevesinde yatırım uyumsuzluğunun hukuki boyutu nokta-ı nazarından ele alınsa bile, tarihî, ekonomik ve siyasî mülahazaların ICSID ve ikili yatırım anlaşmalarının ortaya çıkışında önemli rol oynadığı gözden uzak tutlmamalıdır. Bu çalışmamızın İlk Bölümünde, ICSID Anlaşması ve ikili yatırım anlaşmalarının ortaya çıkışı ve bilahare kazandıkları mahiyet hakkında, tarihî, ekonomik ve siyasî unsurların nasıl etkili olduğu hususu, mufassal olmasa da, ortaya konmuştur.

“Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde yatırım uyumsuzluğu” başlığını taşıyan İkinci Bölümde, yatırım uyumsuzluğu nokta-ı nazarından Türkiye’nin taraf olduğu söz konusu anlaşmaların geniş bir tahlili yapılmıştır. Bu çerçevede, ikili anlaşmaların kurgusu ve mahiyeti üzerinde durulmuştur. Dünya ölçeğinde, birbirine çok benzer bir düzenleme tarzına sahip olan ve genelde 3-4 sayfadan ibaret olan ikili anlaşmalar, yine de, küçük farklarla âkit taraflar için çok önemli hak ve borçlar doğurabilirler. Bu noktada, özellikle, klasik sermaye ihracatçısı gelişmiş devletlerin akdettikleri anlaşmalara dikkat kesilmek gerekmektedir.

Bu anlaşmalarda tercih edilen düzenleme tarzındaki incelik, özellikle bu anlaşmalara istinaden ICSID Tahkiminde açılan davalara ilişkin hakem kararlarında

müşahede edilebilir. İkili yatırım anlaşmaları, mahiyetlerinin gereği, yatırımcılarla devlet arasındaki ticari ilişkiden, diğer bir ifadeyle ticaretin doğasından kaynaklanan uyuşmazlıkları düzenlemek amacını taşımazlar. Söz konusu anlaşmaların amacı, yatırımcılara siyasi risklere; yani devletlerin egemenliğinin tezahürü olan işlemlere karşı bir koruma sağlamak ve ticari risklere karşı bu türden bir korumayı, giderek temel kurgusunun dışında bırakmaktır. Örneğin, Türkiye-ABD ikili yatırım anlaşmasında; “bir âkit tarafın yabancı yatırımlarla ilgili makamı ile diğer âkit tarafın vatandaş veya şirketi arasındaki **herhangi bir yatırım sözleşmesinin uygulanması veya yorumlanmasından doğan uyuşmazlıklar**” doğrudan **yatırım uyuşmazlığı** teşkil eden bir husus olarak düzenlemiştir. Böyle bir düzenleme tarzı, yabancı yatırımcının ticari risklerine karşı da ikili anlaşma kapsamında koruma temin edilmesi bakımından mahsurludur. Bununla birlikte, “verilen yatırım müsaadesinin yorumlanması veya uygulanması”, veya “işbu anlaşma ile yaratılan herhangi bir hakkın ihlali” gibi, yatırımların karşılıklı korunmasını hedefleyen bu anlaşmaların felsefesiyle daha iyi imtizaç eden açık hükümlere yer verildiği de görülmektedir. Bu noktadan hareketle, ikili yatırım anlaşmalarının müzakerelerinin son derece önemli olduğunu; yabancı yatırımcının ticari risklerini de koruma altına alma ve böylesi uyuşmazlıkları yerel mahkemelerin yetkisi dışına taşıma sonucu doğurabilecek şemsiye hükümlerden kaçınmak gerektiğini belirtmeliyiz. Türkiye’nin son yıllarda akdettiği ikili anlaşmalarda, böyle bir hassasiyetin izlerini görmek mümkündür.

Türkiye’nin taraf oldukları da dahil, tüm ikili yatırım anlaşmalarında, yatırım uyuşmazlığı teşkil edebilecek bir husus olarak kamulaştırma, millileştirme ve devletin benzer sonuçlar doğuran tedbirlerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Tüm bu anlaşmalarda, yabancı yatırım, açık, doğrudan kamulaştırmalara karşı tazminata ilişkin hükümlerle korunurken, dolaylı kamulaştırmalara karşı da korunmaktadır. Fakat her somut uyuşmazlıkta, dolaylı bir kamulaştırmanın varlığının tespit edilmesi gerekmektedir. Doktrinde, ICSID ve diğer tahkim içtihatlarında, ev sahibi devletin ne gibi tasarruflarının yatırımın dolaylı kamulaştırılması niteliğinde olduğuna ilişkin tespitler bulunmaktadır. Örneğin, mal varlığının zorlama sonucu satışı; yatırımın yönetimi üzerinde kontrol kurmak; bazı durumlarda yatırımcıya

verilen iznin veya imtiyazın geri alınması; yatırım sözleşmesinden kaynaklanan haklara müdahale; iç kargaşa dönemlerinde devletin yabancı yatırımcıya koruma sağlamaması; aşırı vergilendirme, devletin yabancı yatırımı dolaylı olarak kamulaştırmasının örnekleri olabilmektedir. Tüm bu örneklerde, ev sahibi devletin böyle bir niyeti olsun olmasın; yatırımın devam edemez hale gelmesi, âdeta kötürüm olması durumu vardır. Örneğin, yatırım sözleşmesinden kaynaklanan haklara müdahale kapsamında değerlendirilebilecek PSEG v. Türkiye davasında, ICSID Hakem Mahkemesi, ev sahibi devletin iyi niyetinin varlığına inandığını; fakat işlemler iyi niyete uygun olsa bile, mezkur uygulamalar muvacehesinde, adil ve hakkaniyetli davranış standardının ihlali delillerinin mevcut olduğunu belirtmiş ve bu durumun ortaya çıkardığı zarar nedeniyle tazminatı gerektirdiğini ifade etmiştir.

Sonuç olarak, ikili yatırım anlaşmalarından kaynaklanan herhangi bir hakkın ihlali, ikili anlaşma çerçevesinde bir yatırım uyuşmazlığı olarak değerlendirilecektir. Mezkur yatırım uyuşmazlıklarının ne şekilde mücessem hale geldiği, ICSID içtihatlarını değerlendirdiğimiz III. Bölümde açıkça ortaya konmuştur.

“ICSID Anlaşması Çerçevesinde Yatırım Uyuşmazlığı” başlığını taşıyan Üçüncü Bölümde, genel hatlarıyla ICSID uyuşmazlık çözüm sistemi ve hangi tip uyuşmazlıkların bu sistem çerçevesinde yatırım uyuşmazlığı olarak kabul edileceği ele alınmıştır. ICSID sisteminde yatırım uyuşmazlıklarının özel dizayn edilmiş bir kurum olan Merkez vasıtasıyla uluslararası tahkim yoluyla çözümünü amaçlanmıştır. Merkez önüne gelen tahkim davalarının sayısındaki çok hızlı artış göstermektedir ki, bu yöntem kendi amaçlarını gerçekleştirmede önemli bir yol katetmiştir. Bu sistemde, uyuşmazlık taraflarının hakem seçiminde serbest oluşu, değişik ülkelerden ve kültürlerden gelen hakemlerin kendi hukuk nosyonları ile devletin egemenliği ve yabancı yatırımın korunması arasında bir denge kurmasına imkan sağlamıştır. Bu, gelişmekte olan devletlerin ICSID tahkimine duyduğu güvensizliğinin azalmasına da vesile olmuştur. Merkeze yönelim konusundaki bu artış, daha çok ikili yatırım

anlaşmaları kapsamında uyuşmazlıkların çözümü için yapılan atıflardan kaynaklanmaktadır.

Merkez kapsamında tahkime başvurabilmek için, Merkezin ve hakem mahkemelerinin Konvansiyonda tespit edildiği şekilde yargılama yetkisine sahip olması gerekmektedir. Konvansiyonda şart koşulmuş olan yetki kuralları, objektif ve sübjektif olmak üzere iki temel unsuru içermektedir. Merkezin yargılama yetkisinde sübjektif unsur, taraflara Konvansiyonca tanınmış olan hareket serbestliğidir. Taraflar sözleşme temelinde Konvansiyonun yetkiye ilişkin hükümlerinde, yetkinin varlığına delalet edici sözleşmeler akdedebilirler. Örneğin, uyuşmazlığın bir **yatırımdan** kaynaklandığı kararlaştırabilirler. Fakat, tarafların bu konudaki serbestisi sınırsız değildir. Konvansiyonda açık hükümlerle tespit edilmiş olan yetkinin objektif unsurları her halde göz ardı edilmemelidir. Nitekim hakem mahkemeleri, tarafların yetkinin çeşitli unsurları konusunda yapmış oldukları anlaşmaya önem vermekle birlikte, Konvansiyondaki hükümleri yetkinin objektif ve vazgeçilemez unsurları olarak resen dikkate almaktadırlar.

Tezimizin konusu, **yatırım uyuşmazlıkları** olduğu için, biz, Merkezin sadece konu bakımından yetkisine (*ratione materiae*) odaklandık. Merkezin konu bakımından yetkili olabilmesi için, önüne gelen uyuşmazlığın, bir **yatırımdan doğrudan** kaynaklanan **hukuki** bir uyuşmazlık olması gerekmektedir. Bu Merkezin konu bakımından yetkisinde objektif unsurdur. Fakat, ICSID Anlaşmasında “yatırım” ve “yatırım uyuşmazlığı”na ilişkin bir tanım getirilmemiştir. Bu, Konvansiyonu hazırlayanların kasıtlı bir tasarrufudur. Bununla sınır aşan yatırımlara mümkün olduğunda geniş bir koruma sağlayarak, uluslararası özel yatırımların geliştirilmesi ve teşviki hedeflenmiştir.

Konvansiyonda yatırımın tanımlanmamış olması taraflara bir serbesti tanıdığı gibi, yatırım türlerinin zaman içindeki gelişimini de hesaba katan bir tutumdur.

Devletler bu serbesti çerçevesinde, yatırıma özel yatırım sözleşmelerinde tanım getirebileceği gibi, ev sahibi devletler tarafından tahkime onayın kaynağı olan ulusal mevzuatlarda veya çok taraflı ve iki taraflı yatırım anlaşmalarında da getirebilirler; fakat bu serbesti ilgili işlemin Konvansiyon anlamında bir yatırım olması gereğini bertaraf etmez. Bu kapsamda, hakem mahkemelerinin kararlarına baktığımızda nelerin objektif bir yatırım tanımına girdiğini söylenebilir. Şu çok açıktır ki; salt ticari bir satış Konvansiyon bakımından yatırım kabul edilemez ve aksi bir hükmün, taraflarca yatırım anlaşmalarına konulması sonucu değiştirmez. Bu yüzden, ICSID Anlaşması çerçevesinde bir yatırım uyuşmazlığından bahsedebilmek için, mezkur sözleşme, çok taraflı veya ikili anlaşma, yahut ulusal mevzutta tanımlanmış yatırımın, Konvansiyon çerçevesinde de yatırım olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, konu bakımından yetkinin tayinindeki üç unsurdan biri olan yatırımın mevcudiyeti ve **uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanıp kaynaklanmadığı sorusunun cevabı** ilgili uyuşmazlıkta uyuşmazlığı çözmekle görevli ve yetkili olan ICSID hakem mahkemelerinin kararlarında bulunacaktır. Bu kararlar, ait oldukları uyuşmazlıklar için geçerli olsa da, yine de Konvansiyon anlamında **yatırım** ve yatırım uyuşmazlığının kapsamını belirlemek bakımından önemli genel tespitler içermektedir.

Yatırımı tanımlamada kararlardan çıkan tipik özellikler şu şekilde sıralanabilir: İlgili proje belli bir sürece yayılmalıdır ve bu, çok kısa bir süre olmamalıdır; kâr veya yatırımın geri dönüşünde belli düzen ya da sıklık söz konusu olmalıdır; her iki taraf için de bir risk içermelidir; taraflarca yüklenilen edimler esaslı ve belli ağırlığı olan edimler olmalıdır ve son olarak ilgili işlem ya da proje ev sahibi devletin gelişimi için belli bir katkı öngörmelidir. ICSID hakem mahkemeleri kararlarında, klasik yatırım tanımlarına ilaveten özellikle, hizmet orijinli yatırımların ve inşaat sözleşmelerinin, bono ve diğer ödünç sözleşmeleri gibi finansal araçların da Konvansiyon anlamında yatırım olarak kabul edilebileceğine hükmetmişlerdir. Öte

yandan, yatırım planlamasına ya da projelendirilmesine ilişkin yapılan harcamalar ise yatırım olarak kabul edilmemiştir.

ICSID Konvansiyonunda, “yatırımdan **doğrudan** kaynaklanmayan uyuşmazlıklar” da Merkezin tahkim yetkisinin dışında bırakılmıştır. Yatırımla dolaylı ilişkisi olan uyuşmazlıklar, ICSID Anlaşması çerçevesinde bir yatırım uyuşmazlığı değildir. Hakem mahkemelerinin kararlarında, “doğrudan” terimi ile doğrudan yabancı yatırımların (foreign direct investment) kastedilmediği açıkça ortaya konmuştur. Maddedeki doğrudan teriminin “yatırıma” değil “uyuşmazlığa” vurgu yaptığı ifade edilmiştir.

ICSID Konvansiyonunda, “hukuki” olmayan uyuşmazlıklar da Merkezin yetkisi dışındadır. Konvansiyeona eklenen İcra Direktörleri Raporunda, hukuki uyuşmazlık terimi tanımlanmıştır. Buna göre; hukuki uyuşmazlık, Merkezin yargılama yetkisine menfaat uyuşmazlıklarının değil hak uyuşmazlıklarının dahil olduğunu belirtmek amacıyla kullanılmıştır. Uyuşmazlık hukuki bir hakkın ya da borcun varlığına ya da kapsamına ilişkin olmalıdır. Bir uyuşmazlık, ancak, eski hale iade ya da tazmin gibi talepler yapıldığında ve bu taleplerin kaynaklandığı hakların anlaşmalara veya mevzuta dayanarak talep edilmesi halinde hukuki bir uyuşmazlıktır. Görüldüğü üzere, Konvansiyonun bu düzenlemesi, yatırıma bir tanım getirmeyerek bunu muhtemel bir uyuşmazlığın taraflarına bırakan genel stratejisinin, sadece bir uzantısı, diğer bir tezahür biçimidir. Hakem mahkemelerinin önünde, **bir uyuşmazlığın “hukuki” olmadığı itirazı**, Merkezin konu bakımından yetkisinin (*ratione materiae*) üç unsurundan, en az itiraz edilenidir. Fakat, bu çalışmamızda da ortaya koyduğumuz üzere, hakem mahkemeleri yetkinin bu objektif yönünü çoğu kez *ex officio* dikkate almaktadırlar.

Şunu da belirtmek gerekir ki; hakem mahkemeleri, herhangi bir tereddüt halinde, yetkinin varlığı yönünde karar vermektedirler. Böyle bir tercih, objektif yetki unsurları feda edilmediği sürece, Konvansiyonun amacına da uygundur. Çünkü

yetkinin varlığına hükmedilip yargılamaya devam edildiğinde, taraflar iddialarını ispatlamak durumunda kalacaktır. Pekçok içtihat da göstermiştir ki; hakem mahkemesinin kendisini yetkili görmesi, ev sahibi devleti uyuşmazlığın haksız tarafı olarak kabul etmesi demek değildir. Hakem Mahkemesinin bir uyuşmazlıkta konu bakımından yetkinin varlığını kabul etmesi, sadece, **ICSID Anlaşması çerçevesinde bir yatırım uyuşmazlığının varlığına** delalet eder; kimin ne oranda haklı ya da haksız olduğu, ancak, yargılamanın sonunda tespit edilebilecektir. Nitekim Türk vatandaşı yatırımcının taraf olduğu *Bayındır v. Pakistan* davasında, Hakem Mahkemesi, Merkezin yetkisini tespit ettiği halde, dava Pakistan lehine sonuçlanmıştır.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ziya; **Milletlerarası Tahkim**, 2. bs., Seçkin Yay., İstanbul, 2007.

Alangoya, Yavuz; **Medeni Usul Hukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul, 1973.

Aslan, Zehreddin; **İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması**, 2. bs., Alfa Yay., İstanbul, 2001, s. 6.

Berker, Ahmet: “Yatırımcı Devlet Uyuşmazlıklarında Tahkimin Rolü, <http://www.emo.org.tr/ekler.pdf>. (13.12.2009).

Broches, Aron: “The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States”Rec. des Cours, 1972/II, C. 136, Leyden, 1973.

Broches, Aron: “Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes”, in The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders, Ed. by. J.C. Schultz, A. Van Den Berg, 1982.

Çal, Sedat; **Uluslararası yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi**, 1. bs. Ankara, Seçkin Yayınları, 2006

Çelik, Edip F.: **Milletlerarası Hukuk**, C. I, İstanbul, Filiz K.,1987.

Çelikel, Aysel; Öztekin Gelgel, Günseli; **Yabancılar Hukuku**, 16. bs. Beta Yay., İstanbul, 2010.

Çelikel, Aysel, Nomer, Engin; **Devletler Hususi Hukuku: Örnek Olaylar – Mahkeme Kararları**, 6. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 1997.

Dolzer, R.; Stevens, M.: **Bilateral Investment Treaties**, The Hague, Boston, London, 1995.

Dost, Süleyman; **Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi**, 1. bs. Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2006.

Ekşi, Nuray: “Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon (ICSID)”, Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Gerçekleştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu, İstanbul, 18-19 Haziran 1998.

Ekşi, Nuray; **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 1. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2010.

Erdem, B. Bahadır; **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 1. bs., Beta Yay., İstanbul, 2007.

Fatouros, Arghyris A.: “Legal Security for International Investment” Legal Aspects of Foreign Investment (Ed. Wolfgang G. Friedmann- Richard C. PUGH), Boston-Toronto, 1959.

Guzman, Andrew T.: “why LDC, Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties” Virginia JIL vol. 381997- 1998.

Güçlü, Yücel: “Yabancı Sermaye Çekimi: Yatırımlarının Karşılıklı Teşviki ve Korunmasını Anlaşmaları”, Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi, Ankara, Dış İşleri Bakanlığı Yayınları, 2008.

Gündüz, Aslan: **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 1994.

Günoğur, Haluk: "Türk Hukukunda ve Türkiye'nin Taraf Olduğu Yabancı Sermaye Yatırımlarından Doğan Sorunların Çözümünde Tahkim (ICSID) Prosedürü", Faruk Erem Armağanı, Ankara, 1999.

Hirsch, Moshe: **The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes**, Hebrew Uni.,1993.

Katzenbach, Nicholas de B.: “The Realistic Prospects for Greater Political Integration and Organization of Developed Countries Related to the Investment”, International Control of Investment: The Dusseldorf Conference of Multinational Corporations (Ed. Don Wallace Jr.), New York- Washington- London, 1973.

Lowenfeld, Andreas F.: **International Economic Law**, New York, 2002.

Mann, F. A.: British Treaties for the Promotion and the Protection of Foreign Investments, BVIL, vol. 52. 1981.

Nathan, K.V.S.K., **ICSID Convention, the Law of the International Centre for Settlement of Investment Disputes**, New York, Juris Pub., 2000.

Nomer, Engin: **Devletler Hususi Hukuku**, 11. bs., İstanbul, Beta Yay., 2002.

Nomer, Ergin; Ekşi, Nuray; Öztekin, Günseli: **Milletlerarası Tahkim**, 2. bs., İstanbul, Beta Yay. 2003.

Nomer, Ergin; Ekşi, Nuray; Öztekin Gelgel, Günseli: **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, c. I, 3. bs., İstanbul, Beta Yay. 2008.

Nomer, Ergin; Ekşi, Nuray; Öztekin Gelgel, Günseli: **Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar**, c. II, 1. bs., İstanbul, Beta Yay. 2008.

Nomer, Engin: **Vatandaşlık Hukuku**, 12. bs., İstanbul, Filiz K., 1999.

Pazarcı, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri**, Birinci Kitap, 4. bs., Ankara, 1994.

Rothgeb, dr., Dohn M.: **Myths and Realities of Foreign Investment in Poor Countries: The Modern Leviathan in Third World**, New York, 1989.

Schrijver, Nico: **Sovereignty over Natural Resources**, Cambridge University Press, 1997.

Schwarzenberger, Georg: **Foreign Investments and International Law**, New York, Stevens, 1969.

Sella, Pierro: "Dealing with Investment Problems: The World Bank and The International Center for The Settlement of Investment Disputes", International Control of Investment: The Dusseldorf Conference on Multinational Corporations, (Ed: Don Wallace, Jr.) New York- Washington- London 1973.

Sornarajah, M., **The Settlement of Investment Disputes**, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000.

Sornarajah, M.: **International Law on Foreign Investment**, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

Şanlı, Cemal: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1986.

Şanlı, Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 2. bs., İstanbul, Beta Yay, 2002, s. 403-404.

Tiryakioğlu, Bilgin: **Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması**, Ankara, Dayındarlı Yay., 2003.

Toluner, Sevin: **Milletlerarası Hukuk Bakımından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları**, İstanbul, Beta Y., 2000.

Toluner, Sevin: **Milletlerarası Hukuk Dersleri**, 5. bs, İstanbul, Beta Yay., 1996.

Trebilcock, Michael J.; Howse, Robert: **The Regulation of International Trade**, London, New York, 1995.

Van Houtte, Hans: **The Law of International Trade**, London, 1995.

Verveniotis, G.; Arbitral Settlement of Investment Disputes: General Consideration on ICSID Arbitration, *Revue Hellenique de International*, 1/1997.

Yeşilirmak, Ali; “Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of the Investment Disputes over Turkish Concession Contracts” (Jurisdiction of ICSID), 14 *ICSID Rev. FILJ* 1999/2.

Yılmaz, İlhan: **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, 1. bs, İstanbul, Beta Yay., 2004.