

SÖZLEŞMESEL TALEPLERİN ULUSLARARASI YATIRIM
ANLAŞMALARI ÇERÇEVESİNDE YATIRIM TAHKİMİ ÖNÜNE
GETİRİLMESİ

Yüksek Lisans Tezi

MEHMET EMİN YAVRUCU

Hukuk Bölümü

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

Ankara

Ağustos 2023

MEHMET EMİN YAVRUCU

SÖZLEŞMESEL TALEPLERİN ULUSLARARASI YATIRIM ANLAŞMALARI
ÇERÇEVESİNDE YATIRIM TAHKİMİ ÖNÜNE GETİRİLMESİ

Bilkent Üniversitesi 2023

SÖZLEŞMESEL TALEPLERİN ULUSLARARASI YATIRIM ANLAŞMALARI
ÇERÇEVESİNDE YATIRIM TAHKİMİ ÖNÜNE GETİRİLMESİ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

MEHMET EMİN YAVRUCU

Özel Hukuk Disiplininde Yüksek Lisans Derecesi
Kazanma Yükümlülüklerinin Bir Parçasıdır.

HUKUK BÖLÜMÜ
İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ
ANKARA
AĞUSTOS 2023

SÖZLEŞMESEL TALEPLERİN ULUSLARARASI YATIRIM ANLAŞMALARI
ÇERÇEVESİNDE YATIRIM TAHKİMİ ÖNÜNE GETİRİLMESİ
Mehmet Emin YAVRUCU

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

.....

Bilgin TİRYAKİOĞLU
Tez Danışmanı

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

.....

Esra Gül DARDAĞAN KİBAR
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

.....

Rifat ERTEN
Tez Jüri Üyesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü'nün Onayı

.....

Refet S. GÜRKAYNAK
Müdür

ABSTRACT

**MAKING CONTRACTUAL CLAIMS BEFORE INVESTMENT
ARBITRATION WITHIN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL
INVESTMENT AGREEMENTS**

Yavrucu, Mehmet Emin

L.L.M., Private Law Program

Supervisor: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

August, 2023

Foreign investment contracts, which are concluded between the foreign investor and the host state to which the investment is made, and relate to the investor's commitment to transfer money or capital in the state where the investment will be made with the purpose of earning a profit, has become an important part of today's international investment environment. In addition to the exploration or extraction of a certain natural resources such as oil, natural gas and precious metal these contracts also deal with the construction or operation of structures and facilities such as airports, bridges, highways and power plants. These contracts signed between the host state and foreign investors form the basis of a significant part of today's international investment disputes. As a principle, the breach of these contracts by the host state does not itself lead to implementation of the investment protection regimes envisaged in bilateral or multilateral investment agreements, but in some exceptional cases it can become a matter of international law.

This dissertation will firstly focuses on the essentials of foreign investment contracts within the framework of international investment treaties and arbitral awards, and then will handle the umbrella clauses that are exceptional cases for the making of claims arising from contracts before investment arbitration.

Key Words: Umbrella Clauses, Contractual Claims, Foreign Investment, Foreign Investment Contracts, Investment Arbitration



ÖZET

SÖZLEŞMESEL TALEPLERİN ULUSLARARASI YATIRIM

ANLAŞMALARI ÇERÇEVESİNDE YATIRIM TAHKİMİ ÖNÜNE

GETİRİLMESİ

Yavrucu, Mehmet Emin

Yüksek Lisans, Özel Hukuk Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

Ağustos 2023

Yabancı yatırımcı ile yatırımın gerçekleştirildiği ev sahibi devlet arasında akdedilen, yatırımcının kazanç elde etmek için yatırımın gerçekleştirileceği devlette para veya sermaye transferi taahhüdünde bulunmasını konu eden yabancı yatırım sözleşmeleri, günümüz uluslararası yatırım sisteminin önemli bir parçası haline gelmiştir. Bu sözleşmeler, petrol, doğal gaz, değerli madenler gibi belirli bir doğal kaynağın aranması veya çıkarılmasının yanı sıra havaalanı, köprü, otoyol, enerji santralleri gibi yapı ve tesislerin inşa edilmesini ya da işletilmesini de konu edinebilmektedir. Ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcılar arasında imzalanan bu sözleşmeler, günümüz uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının önemli bir kısmının dayanağını oluşturmaktadır. Kural olarak, bu sözleşmelerin ev sahibi devletler tarafından ihlal edilmesi, başlı başına iki veya çok taraflı yatırım antlaşmalarında öngörülen yatırımın korunmasına yönelik rejimlerinin uygulanmasına sebebiyet vermese de bazı istisnai hallerde uluslararası hukuk meselesi haline gelebilmektedir.

Bu çalışmada ilk olarak yabancı yatırım sözleşmelerinin uluslararası yatırım antlaşmaları ve hakem kararları çerçevesindeki genel esasları incelenecek, ardından sözleşmelerden doğan taleplerin yatırım tahkimi önünde dermeyan edilmesine yönelik istisnai durumlardan şemsiye hükümler üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Şemsiye Hükümler, Sözleşmesel Talepler, Yabancı Yatırım, Yabancı Yatırım Sözleşmeleri, Yatırım Tahkimi.



İÇİNDEKİLER

ABSTRACT	iii
ÖZET.....	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİ

I. KAVRAMSAL BOYUT	4
A. Terminoloji ve Tanım	4
B. Yabancı Yatırım Kavramı.....	8
1. Tarihsel Gelişim.....	10
a. Sömürgecilik Dönemi	11
b. Sömürge Sonrası Dönem.....	14
c. Modern Dönem	17
2. Doğrudan Yabancı Yatırım ve Dolaylı Yabancı Yatırım Ayrımı	19
3. Milletlerarası Yatırım Antlaşmalarındaki Yatırım Kavramı	24
a. Çok Taraflı Yatırım Antlaşmaları Kapsamında Yabancı Yatırım	26
i. ICSID Konvansiyonu	26
ii. MIGA Konvansiyonu	29
iii. Enerji Şartı Anlaşması.....	30
iv. ABD-Meksika-Kanada Antlaşması	31
b. İkili Yatırım Antlaşmaları Kapsamında Yabancı Yatırım	32
4. Tahkim Kararlarında Kabul Edilen Yatırım Tanımları.....	33
II. SÖZLEŞME TÜRLERİ	36
A. İmtiyaz Sözleşmeleri	37
1. Geleneksel İmtiyaz Sözleşmeleri.....	38

2. Modern İmtiyaz Sözleşmeleri	38
B. Üretim Paylaşımı Sözleşmeleri.....	39
C. Servis Sözleşmeleri	40
D. Yap-İşlet-Devret ve Benzeri Model Sözleşmeler.....	42
E. Ortak Girişim Sözleşmeleri.....	44
F. İnşaat Sözleşmeleri.....	45
III. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI	45
A. Yabancı Yatırımcı	45
1. Gerçek Kişi Yatırımcı	46
2. Tüzel Kişi Yatırımcı	49
B. Ev Sahibi Devlet	52

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMESEL TALEPLERİN YATIRIM TAHKİMİ ÖNÜNDE KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ VE ŞEMSIYE HÜKÜMLERİN İŞLEVİ

I. YATIRIM UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM VE HAKEM HEYETLERİNİN YETKİSİ	55
A. Yatırım Tahkiminin Esasları	55
1. Genel Olarak	55
2. Tahkime Rıza	59
B. Sözleşmesel Talepler Bakımından Hakem Heyetlerinin Yetkisi	64
1. Sözleşmeden Doğan ve Antlaşmadan Doğan Taleplerin Birbirinden Ayrılması	65
a. Öngörülen Kriterler	65
b. <i>Vivendi</i> İptal Kararı	67
2. Sözleşmeden Doğan Taleplerin Konu Bakımından Yetkiye Dahil Edilmesi ve Yatırım Tahkimi Önünde Dermeyan Edilmesi	69
a. Antlaşmada Yer Alan Maddi Hükümler Kapsamında Koruma	70
i. Adil ve Hakkaniyetli Davranma Yükümlülüğüne Aykırılık	71
ii. Kamulaştırma Yasağı	72

b. Tahkime Rızanın Sözleşmesel Talepleri Kapsaması.....	74
II. ŞEMSIYE HÜKÜMLER.....	77
A. Tanım ve Kavram.....	77
B. Şemsiye Hükümlerin Düzenleniş Biçimleri	81
C. Şemsiye Hükümlerin Kapsamı ve Geçerliliği.....	85
1. Kısıtlayıcı Yorum Yaklaşımı	86
2. Geniş Yorum Yaklaşımı.....	89
D. Değerlendirme	91
 SONUÇ.....	 95
KAYNAKÇA	99

KISALTMALAR

AB : Avrupa Birliği

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi

Bkz. : Bakınız

BM : Birleşmiş Milletler

C. : Cilt

c. : Cümle

Dn. : Dipnot

DTÖ : Dünya Ticaret Örgütü

E. : Esas

Ed. : Editör

Eds. : Editörler

EŞA : Enerji Şartı Anlaşması (Energy Charter Treaty)

f. : Fıkra

ICC : International Chamber of Commerce (Milletlerarası Ticaret Odası)

ICSID : International Centre for Settlement of Investment Disputes
(Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi)

IMF : International Monetary Fund (Uluslararası Para Fonu)

K.	: Karar
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MIGA	: Multilateral Investment Guarantee Agency (Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı)
NAFTA	: North American Free Trade Agreement (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması)
No.	: Numara/Number
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development (Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği Örgütü)
Para.	: Paragraf
PPIL	: Public and Private International Law Bulletin
R.G.	: Resmi Gazete
Rev.	: Review
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SCC	: Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü)
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği

UNCITRAL : United Nations Comission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)

UNCTAD : United Nations Conference on Trade and Development (Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı)

USMCA : United States- Mexico- Canada Agreement (Amerika Birleşik Devletleri-Meksika-Kanada Antlaşması)

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

Vol. : Volume

Y. : Yıl

GİRİŞ

Antik dönemlerden beri insanlar, bulundukları bölgede mevcut olmayan eşyaları tedarik etmek için sahip oldukları eşyayı ellerinde bulunmayan ile değiş tokuş etmek amacıyla yabancı ülkelere gitmişlerdir. Bahsedilen ilk zamanlardaki değiş tokuşlar eşya ile eşya arasındayken, paranın dolaşıma girmesi ile eşya bir mübadele aracı olmaktan çıkmıştır. Bu ilk ticaret biçimiyle meydana gelen sermayenin bir ülkeden başka bir ülkeye taşınmasının, Eski Yunan'da bir kısım site devletlerinin yabancı ülkelerle antlaşma imzalayarak yazılı olarak korunması amaçlanmış, 18. yüzyıla gelindiğinde ise gelişmiş devletlerin endüstrilerinin hammadde ihtiyaçlarını karşılayabilmek adına gelişmemiş devletlerde sömürge hareketlerine başlaması ile sıklıkla görülmeye başlanmıştır. Günümüze dek birçok tarihi süreçten geçen yabancı yatırımlar, yabancı yatırımcının devletinin taraf teşkil etmediği, yabancı yatırımcı ile yatırımın gerçekleştirildiği ev sahibi devlet arasında akdedilen, yatırımcının kazanç elde etmek için yatırımın gerçekleştirileceği devlette para veya sermaye transferi taahhüdünde bulunması anlamına gelen sözleşmelerin konusu olmuştur. Yabancı yatırım sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşmelerin modern anlamı itibariyle ilk örnekleri devletlerin elektrik, demiryolu ve telefon altyapısı gibi çeşitli kamu hizmetlerinin gerçekleştirilebilmesi amacıyla vatandaşı olmayan kimselerle imzaladıkları sözleşmelerde görülmektedir.

Yatırımın meydana geldiği devletin yanı sıra yatırımcının devletini de ilgilendiren ve uluslararası yatırımda önemli bir role sahip olan bu sözleşmeler, günümüze dek önemini yitirmemiştir. Halihazırda sıklıkla başvurulanan bu sözleşmeler, yatırımcının ev sahibi devlette, petrol, doğalgaz ya da değerli madenler gibi belirli bir

doğal kaynağın aranması, çıkarılması imtiyazını içerebileceği gibi Yap-İşlet-Devret gibi modellerle havaalanı, köprü, otoyol gibi bir eserin inşa edilmesini veya işletilmesini de kapsamaktadır. Bir yandan tarafların karşılıklı olarak hak ve yükümlülüklerine ilişkin hükümleri barındıran, diğer yandan ise yargı yetkisi, sözleşmeye uygulanacak hukuk, mücbir sebep gibi hususları ele alan yatırım sözleşmeleri günümüz yatırım ilişkilerinin ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir.

Uluslararası hukuk açısından bakıldığında da yabancı yatırım sözleşmeleri, oldukça önemli bir konuma sahip olup, üzerinde yoğun tartışmaların bulunduğu bir alan olarak dikkati çekmektedir. Çünkü, yabancı yatırımcının yatırım sözleşmelerinden doğan haklarının ihlal edilmesi halinde ev sahibi devletin uluslararası sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar kural olarak geçmiş dönemlerden beri devletlerin özel hukuk kişileri ile yapmış olduğu sözleşmelerden ötürü uluslararası sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilse de, günümüzde uluslararası hukukta bazı istisnalar bulunmaktadır. Bu istisnai durumlar, sözleşme ihlallerinin aynı zamanda yatırım antlaşmalarında yer alan maddi hükümleri de ihlal etmesi hali, devletin sözleşmeden doğan talepleri de kapsamına alacak şekilde tahkime rızasını vermesi ve şemsiye hükümler vasıtasıyla sözleşmeden doğan taleplerin yatırım tahkimi önüne götürülebilmesidir.

Bu çerçevede tezin esas amacı, yabancı yatırım sözleşmelerinin tarihi süreç içerisindeki değişim ve gelişimi dikkate alınarak, yatırımcının bu sözleşmeden doğan taleplerinin uluslararası yatırım hukuku çerçevesinde korunma yollarından biri olan şemsiye hükümlerle olan bağlantısını irdelemek ve uyuşmazlıkların çözümünde ortaya çıkan tartışmaları incelemektedir.

Bu doğrultuda çalışmanın ilk bölümünde yabancı yatırım sözleşmeleri incelenecek, sözleşmelerin uluslararası yatırım hukukundaki konumu yabancı yatırım

kavramı ile bağlantılı şekilde ortaya konulacak ve farklı sözleşme türlerine de değinilerek sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, öncelikle yatırım tahkiminin genel esaslarına yer verilecek, yatırım tahkimi nezdinde kurulan hakem heyetlerinin genel olarak uyuşmazlıklar üzerindeki yetkisine değinilecek ve sözleşmeden doğan taleplerin şemsiye hükümler vasıtasıyla yatırım tahkimi önünde dermeyan edilmesi hususu farklı yaklaşımlar da göz önüne alınarak incelenecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİ

I. KAVRAMSAL BOYUT

A. Terminoloji ve Tanım

Uluslararası hukuk bakımından, devlet ile yabancı yatırımcılar arasında akdedilen sözleşmelerin terminolojik olarak ele alınış biçimi belirsiz ve karmaşık bir yapıya sahiptir. *İmtiyaz sözleşmeleri (concession contract)*, *devlet sözleşmeleri (state contracts)*, *endüstri yatırım sözleşmeleri (industry investment contracts)*, *ekonomik kalkınma sözleşmeleri (economic development contract)*, *kalkınma anlaşmaları (development agreement)*, *yatırım sözleşmeleri (investment contract)*, *yabancı yatırım sözleşmeleri (foreign investment contract)*, *yatırım anlaşması (investment agreement)*, *milletler ötesi yatırım anlaşması (transnational investment agreement)*, *yatırımcı-devlet sözleşmeleri (investor-state contract)* devlet ile yabancı yatırımcı arasında akdedilen sözleşmeleri ifade eden terimlerden en yaygın olanlarıdır¹. Her ne kadar

¹ UNCTAD: State Contracts, Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, 2004, s. 3; Sornarajah, M.: The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, 1996, s. 338; Maniruzzaman, A.F.M.: State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies, European Journal of International Law, Vol. 12, No. 2, 2001, s. 310; Comeaux, P.E./Kinsella, N.S.: Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal Aspects of Political Risk, Oceana Publications, 1996, s. 133; Dumberry, P.: International Investment Contracts, International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations, BRILL, 2012, s. 215; Leung, P.M.F./Wang, G.: State Contracts in the Globalized Word, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 7, No. 6, 2006, s. 829; Walter, A.: Investor-State Contracts in the Context of International Investment Law, International Investment Law, Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch Eds., C.H.BECK-Hart-Nomos, 2015, s. 80; Ho, J.: Internationalisation and State contracts: Are State Contracts the Future or the Past?, Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah, C.L. Lim Ed., 2016, s. 377; Wong, J.: Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes, Geo. Mason Law Review, Vol. 14, No. 1, 2006, s. 139; Dickstein, M.E.: Revitalizing the International Law Governing Concession Agreements, International Tax & Business Lawyer, Vol. 14, No. 1, 1988, s. 54.

kullanılan bu terimlerin kendi içerisinde sistematik ve mantıksal bir açıklaması olsa da, günümüz uluslararası hukuk literatürü ve içtihatı bakımından en çok öne çıkan terim *yabancı yatırım sözleşmeleridir*.

Yabancı yatırım sözleşmeleri en temel anlamı itibarıyla, yabancı yatırımcının devletin taraf teşkil etmediği, yabancı yatırımcı ile yatırımın gerçekleştirildiği ev sahibi devlet arasında akdedilen, yatırımcının kazanç elde etmek için yatırımın gerçekleştirileceği devlette para veya sermaye transferi taahhüdünde bulunmasını konu eden sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır². Bu sözleşmeler, yatırımın meydana geldiği ev sahibi devletin yanı sıra yatırımcının devletini de ilgilendiren, uluslararası ticarete ve yatırımda önemli bir role sahip uzun soluklu sözleşmelerdir.

Ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında imzalanan ve uzun bir geçmişe sahip olan bu sözleşmelerle, tarihsel süreç içerisinde farklı biçimlerde birçok alanda karşılaşmaktadır. Nitekim sömürgecilik döneminde imzalanan madenlere ve diğer doğal kaynaklara ilişkin imtiyaz sözleşmelerinden günümüz servis sözleşmelerine dek yabancı yatırım sözleşmelerinin farklı örneklerini görmek mümkündür³.

Yabancı yatırım sözleşmelerinin tarihteki ilk örneklerini 16. yüzyılda rastlanan, devletlerin çeşitli kamu hizmetlerinin (elektrik, demiryolu, telefon altyapısı veya çeşitli yer altı kaynaklarının çıkartılması gibi) ifa edilebilmesi için yabancı yatırımcılarla imzaladığı *imtiyaz sözleşmeleri (concession contracts)* oluşturmaktadır⁴. Sözlük anlamı itibarıyla imtiyaz, “başkalarına tanınmayan özel, kişisel hak veya şart, ayrıcalık” anlamıyla beraber “fabrika kurmak, maden işletmek vb. için bir kişi veya kuruluşa devlet tarafından verilen özel izin” şeklinde ifade

² UNCTAD (State Contracts), s. 3; Dumbery, s. 217.

³ Leung/Wang, s. 830; UNCTAD (State Contracts), s. 3.

⁴ Sornarajah, s. 9; İmtiyaz sözleşmeleriyle ilgili olarak verilen ilk tahkim kararının ise 06.07.1864 tarihli Süveyş Kanalı’nın inşasıyla ilgili imtiyaz sözleşmesine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Walter, s. 82.

edilmektedir⁵. Her ne kadar Türkçe anlamı itibariyle dilimizde “*özel izin, özel hak/ayrıcalık*” şeklinde ifade edilse de, İngilizcedeki *Concede* (*kabullenmek, ödün vermek*) kelimesinden türetilen bu sözcük⁶, zaman içerisinde güçlü devletlerin güçsüz devletlere dayattığı olumsuz şartları temsil eden bir anlama bürünmüştür⁷. Zira, ilk başlarda Avrupalı uluslararası şirketlere tanınan özel izinleri konu edinen sözleşmeler için kullanılsa da, zamanla özellikle batılı devletlerin zayıf devletlere güç kullanarak akde zorladığı sözleşmeler anlamında kullanılmaya başlanmış ve bu sebepten ötürü de devletler bağımsızlıklarını elde ettiklerinde mevcut imtiyaz sözleşmelerini sona erdirmiş ve imtiyaz kavramını kullanmaktan imtina etmişlerdir⁸.

Geleneksel anlamda bu sözleşmelerin ortak özellikleri esas itibariyle; gelişmekte olan ev sahibi devlet ile gelişmiş ülke vatandaşı gerçek veya tüzel kişi yatırımcı arasında imzalanmaları, bu yönüyle yabancılik unsuru içermeleri, tek seferlik veya kısa süreli işlemlerden ziyade uzun süreli bir faaliyetin gerçekleştirilmesini konu edinmeleri, yabancı yatırımcıya salt sözleşmesel haklar tanınmasından ziyade geniş nitelikte hak ve yetkiler tanınması, yatırımcıya çeşitli vergisel avantajlar tanınması şeklinde kabul edilmektedir⁹. Ancak İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra yaşanan gelişmelerle birlikte sözleşmelerde de birtakım değişiklikler olmuş ve bu sözleşmeler geleneksel anlamlarını kısmen yitirmişlerdir. Nitekim önceleri gelişmekte olan devletler ile gelişmiş ülke vatandaşları arasında imzalanırken gelişmiş ülkeler ve bu ülke vatandaşları arasında da akdedilmeye başlanması, salt doğal kaynakların çıkarılmasına yönelik imtiyaz sözleşmelerinden ziyade birçok farklı konuda

⁵ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük. Bkz. <https://sozluk.gov.tr> (E.T.: 26.01.2023).

⁶ Online Etymology Dictionary. Bkz.

https://www.etymonline.com/word/concede#etymonline_v_17302 (E.T.: 06.02.2023).

⁷ **Accaoui Lorfing, P.:** *The Evolution of State Contracts Since The 1960's*, International Business Law Journal, Vol. 2017, No. 5, 2017, s. 394.

⁸ Accaoui Lorfing, s. 395-396; Dumbery, s. 217.

⁹ Leung/Wang, s. 830.

imzalanmaya başlanmış olması sözleşmenin modern formunu ortaya koyan önemli gelişmelerdendir¹⁰.

Günümüze dek önemini yitirmeyen yabancı yatırım sözleşmelerine, halihazırda da birçok yatırım ilişkisinde sıklıkla başvurulmaktadır¹¹. Zira bu sözleşmeler, yatırımcının ev sahibi devlette, petrol, doğalgaz ya da değerli madenler gibi belirli bir doğal kaynağın aranması, çıkarılması imtiyazını içerebileceği gibi Yap-İşlet-Devret (YİD) gibi modellerle havaalanı, köprü, otoyol gibi bir eserin inşa edilmesini veya işletilmesini de konu edinebilmektedir. Bir yandan tarafların karşılıklı olarak hak ve yükümlülüklerine ilişkin hükümleri barındıran, diğer yandan ise yargı yetkisi, sözleşmeye uygulanacak hukuk, mücbir sebep gibi hususları ele alan yatırım sözleşmeleri, günümüz yatırım ilişkilerinin ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir. Öyle ki bazı hakem heyetleri, ev sahibi devletle imzalanan bu sözleşmeleri yabancı yatırımın gerçekleştirilebilmesi ve yatırımcı tarafından ortaya konan faaliyetin yatırım olarak kabul edilebilmesi için yatırım kavramının karakteristik özelliklerinden biri olarak kabul etmektedir¹². Gerçekten de petrol arama ve çıkarma gibi bazı sektörlerde, yabancı yatırımcının ev sahibi devlette faaliyette bulunabilmesi, bir diğer ifadeyle sektöre girebilmesi için ev sahibi devletle yabancı yatırım sözleşmesi imzalaması gerekmektedir¹³.

Uluslararası hukuk açısından bakıldığında da yabancı yatırım sözleşmelerinin oldukça önemli bir konuma sahip olduğu ve üzerinde bir hayli durulduğu görülmektedir. Bu durumun gerekçesi olarak ise doktrinde yabancı yatırımcının

¹⁰ UNCTAD (State Contracts), s. 4.

¹¹ **Stanimir, A.:** *Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Is It Still Unknown Territory?*, Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues, 2010, s. 323.

¹² *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, para 132. Bkz. <https://www.italaw.com/cases/1018> (E.T.: 16.04.2023).

¹³ UNCTAD (State Contracts), s. 2-3.

yatırım sözleşmelerinden doğan haklarının ihlal edilmesi halinde ev sahibi devletin uluslararası sorumluluğunun oluşabilmesi ve yatırıma ilişkin uyuşmazlıkların çoğunlukla yatırım sözleşmelerinin ihlal edilmesinden kaynaklanması gösterilmektedir¹⁴. Sözleşmeden doğan talepler ve antlaşmadan doğan talepler arasındaki ayırım, yargı yetkisi ve şemsiye hükümlerin yorumlanması gibi durumlar uyuşmazlıkların odak noktalarını oluşturmaktadır.

Uluslararası yatırım hukukunda genellikle yatırım kavramının üzerinde durulması, yatırım sözleşmesinin ihtiva etmesi gereken hususlar üzerinde pek durulmaması sebebiyle, yabancı yatırım sözleşmeleri kavramını açıklayabilmek için yabancı yatırım kavramının da üzerinde durmak ve sınırlarını çizmek gerekmektedir¹⁵.

B. Yabancı Yatırım Kavramı

İngilizce karşılığı *investment* olan *yatırım* kavramı, kökeni itibariyle Latince'de yer alan *investire* kelimesinden doğmuştur¹⁶. Sözlük anlamı itibariyle ise *yatırım*; “*istihdamından gelir veya kar elde etmeyi amaçlayan bir şekilde sermaye koymak veya para yatırmak*”¹⁷ “*Kar elde etmek için bir bankaya vb. işletmeye yatırılan para veya bunu yapma eylemi*”¹⁸ olarak tanımlanmaktadır. Yatırımı gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişinin yaptığı hukuki işlemi (*process or transaction*) veya yatırımın neticesi olarak ortaya çıkan aktif varlıkları (*assets*) karşılayan yatırım kavramını köken ve sözlük anlamı itibariyle ifade etmek kolay gözükse de günümüze dek, üzerinde tam

¹⁴ **Wang, G.:** International Investment Law: A Chinese Perspective, Routledge, 2015, s. 3.

¹⁵ UNCTAD (State Contracts), s. 15.

¹⁶ *Investire* kavramı 14. yüzyılda giyinmek, örtünmek, çevrelemek anlamlarında kullanılmasına karşın 17. yüzyılın başlarından itibaren kar elde etmek amacıyla parayı değerlendirmek anlamında kullanılmaya başlanmıştır. Bkz. https://www.etymonline.com/word/investment#etymonline_v_35104 (E.T.: 12.02.2023).

¹⁷ **Black, H.C.:** Black's Law Dictionary, West Publishing Company, 1968, s. 960.

¹⁸ Cambridge Online Dictionary Bkz. <https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce-türkçe/investment> (E.T.: 17.01.2023).

anlamıyla fikir birliğine varılan bir yabancı yatırım tanımı bulunmamaktadır¹⁹. Gerçekten de nelerin yabancı yatırım olarak kabul edilebileceği ve milletlerarası yatırım hukuku kuralları kapsamında öngörülen korumadan yararlanabileceği konusu tam olarak belirlenememiştir. Bu noktada, yatırım antlaşmalarında ve doktrinde yatırım kavramı kapsamında kabul edilebilecek birtakım örneklerle ve kriterlere yer veriliyor olsa da bunlar yalnızca kavramın çerçevesini oluşturmaktadır. Bu belirsizliğin arkasında yatan temel etmenin ise yatırım kavramının dinamik yapısı olduğu ifade edilmektedir²⁰. Zira, geçmişte kabul edilen birtakım yatırım türlerinin günümüzde kabul edilmiyor olması ve zaman içerisinde yeni türlerin ortaya çıkması, geçmişten günümüze dek kavramın değişikliğe uğradığını ve uğramaya devam ettiğini açıkça göstermektedir²¹. Mevcut ve muhtemel yatırımları tam anlamıyla kapsayacak bir tanımın getirilmesi mümkün görülmediğinden genellikle kavramın özellikleri ve kapsamına hangi unsurların dahil edilebileceği ele alınmaktadır. Bu doğrultuda da ikili²² ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında, bölgesel antlaşmalarda, hakem kararlarında ve doktrinde de belirli bir yatırım tanımına yer verilmekten ziyade, yatırımın kapsamlarının sınırları belirlenmektedir.

En basit anlamıyla yatırım, bir gerçek veya tüzel kişi tarafından kar veya gelir elde etmek amacıyla kaynak temin edilmesidir²³. Bir başka tanıma göre ise, bir ülkenin karşılığını herhangi bir şekilde ileride ödemek üzere başka ekonomilerden aldığı ve

¹⁹ **Tiryakioğlu, B.:** Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2003, s. 1; Sornarajah. s. 4.

²⁰ **McLachlan, C./Shore, L./ Weiniger, M.:** International Investment Arbitration, Oxford University Press, 2010, s. 164.

²¹ Geçmiş dönemlerde fikri mülkiyet hakları, *know-how*, pay sahipliği ve sözleşmeden doğan haklar gibi maddi olmayan varlıkların milletlerarası yatırım hukukunda öngörülen koruma rejimlerinden yararlandırılmıyor olması, yatırım kavramının geçirmiş olduğu tarihi süreci ortaya koymaktadır. Bkz. Sornarajah, s. 114-115.

²² İki taraflı antlaşmalar denildiği zaman akla yatırımın karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmalarının yanı sıra dostluk, ticaret ve denizlik antlaşmaları da gelebilmektedir. Bu çalışma kapsamında iki taraflı antlaşmalardan kastettiğimiz salt yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin antlaşmalardır.

²³ **İzmirli, L.A.:** *Uluslararası Yatırım Hukukunda Yatırım Kavramı*, SDÜHFD, C. 8 S. 2, 2008, s. 94.

kısa vadede kendi ekonomisine ekleyebileceği, ekonomik değeri olan maddi ve gayri maddi değerlerden oluşan kaynakların tümü olarak belirtilmiştir²⁴. Yatırımın yapıldığı devletin vatandaşı olmayan bir gerçek veya tüzel kişi tarafından yatırımın gerçekleştirilmesi halinde ise yabancı yatırım söz konusu olmaktadır. Bu çerçevede uluslararası hukuk doktrininde yabancı yatırım, *“bir gerçek veya tüzel kişi tarafından uzun dönemli bir proje kapsamında, kar ya da kazanç elde edilmesi temel amacı çerçevesinde, risk alınmak suretiyle, ev sahibi devletin gelişimine katkı sağlayacak düzeyde önemli bir kaynak taahhüdünde bulunulması”* şeklinde tanımlanmaktadır²⁵.

1. Tarihsel Gelişim

18. yüzyıla gelindiğinde, gelişmiş/kalkınmış devletlerin endüstrilerinin hammadde ihtiyaçlarını karşılayabilmek adına gelişmemiş devletlerde sömürge hareketlerine başlaması ile yabancı yatırımlar sıklıkla görülmeye başlanmıştır. İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesi ile beraber sömürgecilik döneminin de sona erdiği ve küreselleşme akımı ile birlikte uluslararası yabancı yatırıma yer verilen bir döneme girildiği görülmektedir. 20. yüzyılın sonlarına kadar devam eden bu akım, 1990'dan itibaren de devletlerin yatırım mevzuatındaki gelişmelere ve uluslararası yatırım tahkiminin yaygınlaşmasına paralel olarak modern anlamda yabancı yatırım gündeme gelmiştir.

Bu doğrultuda, yabancı yatırımın tarihi sürecini; İkinci Dünya Savaşı'nın sona erdiği 20. yüzyılın ortasına kadar olan dönemi sömürgecilik dönemi, 1945'lerden 1990'lı yıllara kadar olan dönemi sömürge sonrası dönem ve 20. yüzyılın sonlarından

²⁴ Dost, S.: Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara 2006, s.105.

²⁵ Yılmaz, Ç.: Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, On İki Levha, 2013, s. 11; Milletlerarası hukukta yabancı yatırıma ilişkin olarak değinilen kaynak ülke (*home country*) kavramı yatırımcının tâbiyetinde olduğu ülkeyi, ev sahibi ülke (*host country*) kavramı ise yatırımın yapıldığı ülkeyi ifade etmektedir.

günümüze kadar olan dönemi modern dönem olarak adlandırmak mümkündür. Bu çalışmada, yabancı yatırımın tarihi ele alınırken dönemin özelliklerinin yabancı yatırım sözleşmeleri üzerindeki etkileri ağırlıklı olarak incelenecektir.

a. Sömürgecilik Dönemi

Gerçekten, ilkel ticaret yöntemleri kadar geçmiş dönemlere dayanmasa da, uluslararası hukuk kurallarının ortaya çıkışından çok daha önceleri, yabancı yatırımın örnekleri ile karşılaşilmektedir. Zira tarihte, günümüz anlamı itibariyle yabancı yatırıma en çok Avrupa’da olmak üzere Orta Doğu, Asya ve dünyanın diğer bölgelerinde de rastlanılmaktadır²⁶.

Sömürgecilik döneminde, ticareti veya yatırımı gerçekleştiren şirketlerin tâbi olduğu ülkelerin menfaatleri ön planda tutularak ticaretin ve yatırımın geliştirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Nitekim, Avrupa’da ve Kuzey Amerika’da bulunan gelişmiş ülkeler, 18. yüzyılın sonlarından İkinci Dünya Savaşı’nın sona erdiği 20. yüzyılın ortalarına dek, gelişmekte olan Afrika, Asya ve Latin Amerika ülkelerini çeşitli vasıtalarla kontrol etmiş ve kaynaklarını kullanmıştır. Bu sömürgecilik faaliyetlerini de devletler genellikle özel şirketler vasıtasıyla gerçekleştirmişlerdir²⁷. Bu kapsamda, gelişmiş ülkelerde kurulan özel şirketler, devletleri tarafından çok geniş yetkilerle donatılmış ve gelişmekte olan ülkeler ile imtiyaz sözleşmeleri imzalamışlardır²⁸.

Sömürgecilik döneminde imzalanan imtiyaz sözleşmeleri, günümüz yabancı yatırım sözleşmelerinden oldukça farklı olup, bunların modern yatırım sözleşmelerinin

²⁶ Sornarajah, s. 9.

²⁷ Dumberry, s. 217.

²⁸ **Şit Köşgeroğlu, B.:** Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 13; Doğu Hindistan Şirketi (*The East India Company*), Fransız Doğu Hindistan Şirketi (*The French East India Company*), Hollanda Doğu Hindistan Şirketi (*The Dutch East India Company*), Hollanda Batı Hindistan Şirketi (*The Dutch West India Company*) bu dönemde kurulan başlıca yabancı şirketlerden olup, gittikleri ülkelerde anlaşma yapma ve hatta toprak ilhak etme gibi geniş yetkilerle donatılmıştır. Bkz. Sornarajah, s. 10.

ilk örneklerini oluşturduğu kabul edilmektedir²⁹. Bu dönemde imzalanan imtiyaz sözleşmelerinde, gelişmiş ülkeler tarafından geniş yetkilerle donatılan şirketlerin lehine, kaynak devletin sağladığı güven doğrultusunda çok geniş yetkileri içeren hükümlere yer verildiği görülmektedir³⁰. Nitekim bu sözleşmeler, çok uzun süreleri ele alan, geniş topraklara yayılan ve yatırımcı lehine çok geniş yetkiler öngören hükümleri içermektedir. Anılan sözleşmelerin 75-80 yıllık bir süre zarfı için yatırımcıyı neredeyse ülkenin tamamında imtiyaza konu faaliyet üzerinde hak ve yetki tanıdığı görülmektedir. Ancak ev sahibi devletlerin bu imtiyazlar karşılığında düşük miktarlarda rödovans³¹ bedeli alması, vatandaşlarının vasıfsız işçi olarak kullanılması ve yatırımcının birçok vergisel yükümlülükten muaf tutulması gibi sebeplerden ötürü ev sahibi devlete önemli ölçüde katkı sağlamadığı kabul edilmektedir³². Zira, dönemin koşulları itibariyle ev sahibi devletlerin yabancı yatırımlara karşı kendilerini koruyabilecekleri bir yatırım mevzuatına sahip olmamaları; doğal kaynaklar, enerji ve ulaşım gibi imtiyaz sözleşmelerine konu alanlarda ev sahibi devletin gerçekleştirilecek olan yatırımın asgari standartlarını ve özelliklerini belirleyen kurallar öngörülmemiş olması, bu durumun başlıca sebebi olarak kabul edilmektedir³³. Ev sahibi devlete ekonomik bir katkı sunmaksızın salt şirketlerin kârlılığını gözeten bu imtiyaz sözleşmeleri, şirketlerin imtiyaza konu doğal kaynak ve enerji sektörlerinde oldukça büyümesine ve dünya genelinde tekel güce sahip olmasına sebep olmuştur³⁴.

²⁹ Walter, s. 82.

³⁰ Dumberry, s. 218.

³¹ Rödovals (*Royalty*), maden ruhsatını elinde bulunduran kimsenin, madeni işletme hakkının bir kısmını veya tamamını üçüncü kişilere devretmesi karşılığında aldığı ücret olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Black, s. 1496.

³² Walter, s. 82-83.

³³ Dumberry, s. 218.

³⁴ Sornarajah, s. 10.

Sömürgecilik döneminde, yabancı yatırımcının korunması ve yatırımlara uygulanacak kurallara ilişkin olarak *Calvo* Doktrini dikkati çekmektedir³⁵. Nitekim bu dönemde, yabancı yatırımcılar lehine olan düzenlemeler ile yatırımcılara üstün korumalar sağlanmasına karşın 19. yüzyılda ortaya çıkan *Calvo* Doktrini ile bu durum değişikliğe uğramıştır. Söz konusu doktrine göre, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya herhangi bir ayrıcalık sağlayamayacağı ve yabancı yatırımcının da yerli yatırımcının talep ettiğiinden fazlasını isteyemeyeceği, yabancı yatırımcılara da yerel yatırımcılara sağlanan hakların tanınması gerektiği, yerli yatırımcı ve yabancı yatırımcı ayrımı yapılmadan yatırımcıların eşit muameleye tâbi tutuldukları takdirde ev sahibi devletlerin de uluslararası hukuk nezdinde sorumluluklarını ifa etmiş sayılacakları ve yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında bir uyuşmazlık çıkması halinde uluslararası mahkemelere başvurulmadan önce ev sahibi devlet mahkemelerine gidilmesi gerektiği ileri sürülmüştür³⁶. Her ne kadar sömürgecilik döneminin başlarında vatandaşların sahip olukları hakların yetersiz olabileceğinden bahisle ve yabancı yatırımların teşvik edilmesi adına ev sahibi devletlerin yatırımcıya özel imtiyaz sözleşmeleriyle ayrıcalıklı muamelede bulunması gerektiği savunulduysa da, bahsi geçen gelişmeler doğrultusunda yabancıların, ticaretin ve yatırımın insan doğasından kaynaklanan haklardan olduğunu ileri sürerek yatırımın gerçekleştiği ülke vatandaşları ile eşit muameleye tâbi olması ve vatandaş ile aynı haklara sahip olması gerektiği zamanla kabul görmüştür³⁷.

Batılı devletler, yatırımın gerçekleştiği ev sahibi devletlerin hukuk sistemlerini de kendi sistemlerine dahil ederek, yatırımcılar tarafından gerçekleştirilen faaliyetleri böylelikle korumaktaydı. Ev sahibi devletin hukuk sisteminin batılı

³⁵ Calvo Doktrini için Bkz. **Baker, J.C./Yoder J.D.:** *ICSID and the Calvo Clause a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDC's*, Journal on Dispute Resolution, Vol. 5, No. 1, 1989, s. 90-94.

³⁶ Sornarajah, s. 11.

³⁷ Sornarajah, s. 11.

devletleri sistemine dahil edilmemesi durumunda ise kaynak devletler, diplomasi ve güç kullanımı ile yatırımları korumaktaydı. Zira, 19. yüzyılın sonlarına doğru bazı ev sahibi devletlerin tek taraflı olarak imtiyaz sözleşmelerini feshetmeleri üzerine batılı devletlerin bazen diplomasi ve güç kullandığı bazen de sınır ötesi yargı yetkisi uygulamasıyla yatırımları koruduğu görülmektedir³⁸.

b. Sömürge Sonrası Dönem

İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle beraber, milliyetçilik akımları önem kazanmış ve gelişmekte olan ülkeler bağımsızlıklarını kazanmaları ile beraber doğal kaynakları üzerinde yabancılara tanıdıkları geniş imtiyazları sona erdirmeye yoluna gitmişlerdir³⁹. Sömürgecilik döneminde yabancı yatırımcılar lehine olan düzenlemeler, bağımsızlıklarını kazanan gelişmekte olan ülkelerin yatırımlara ilişkin milli mevzuatını oluşturması ve yabancılara tanınan imtiyazların kapsamının değiştirilmesi ile tersine dönmüştür⁴⁰. Nitekim gelişmekte olan ülkeler de bu dönemde, önceki dönemlerde olduğu gibi yabancı yatırımı şartsız ve koşulsuz kabul etmemiş, yabancı yatırımlara ilişkin milli mevzuatını oluşturarak sektörel bazlı kısıtlamalar, devlet denetimine tâbi olma, yerli yatırımcı ile ortaklık zorunluluğu gibi bazı sınırlandırmalar getirmiştir⁴¹.

³⁸ Kaynaklarda askeri güç kullanılması suretiyle korumanın en tipik örneği olarak 1902 senesinde meydana gelen Venezuela limanının ablukaya alınması gösterilmektedir. Zira, Venezuela hükümetinin borçlarını ödeyemeyeceğini açıklaması üzerine Almanya, İtalya ve Birleşik Krallık donanmaları ülkenin Caracas limanını abluka altına almış, Venezuela hükümetinin borçları ödeyeceğini taahhüt edene dek abluka devam etmiştir. Dönemin Arjantin Dışişleri Bakanı Drago'nun ABD'ye gönderdiği bildirge ile devletlerin borçlarının silah ve güç suretiyle tahsil edilemeyeceğini savunmuştur. Sonrasında bu olay Drago Doktrininin oluşmasına sebebiyet vermiş ve güç kullanmak suretiyle devletlerin borçlarının tahsil edilemeyeceği yönünde görüş meydana gelmiştir. Bkz. Baker/Yoder, s. 90.

³⁹ Tiryakioğlu, s. 192-193.

⁴⁰ **Bernardini, P.:** *Development Agreements with Host Governments*, Economic Development, Foreign Investment and the Law, Pritchard, R. Ed. Kluwer Law International and International Bar Association, 1996, s. 162-163.

⁴¹ Sornarajah, s.12.

Bağılantısızlar Hareketi gibi siyasi gruplanmalar ile gelişmekte olan devletler, sayıca üstünlüklerini kullanarak, “Doğal Kaynaklar Üzerinde Kalıcı Egemenlik⁴²” (*Permanent Sovereignty Over Natural Resources*) ve “Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen Deklerasyonu⁴³” (*Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*) kararlarını BM Genel Kurulunda kabul ettirmişlerdir. Bu kararlar da ev sahibi devletlere kamu güvenliği veya ulusal çıkarların gözetilmesi amacıyla millileştirme ve el koyma yetkisi tanınmış ve bu yetkinin kullanılması halinde yatırımcıya ev sahibi devlet mevzuatına ve uluslararası hukuka uygun bir tazminat ödenmesi ile uyuşmazlık ortaya çıkması halinde öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmesi, tarafların anlaşmasıyla uyuşmazlıkların milletlerarası tahkime götürülmesi hususlarına yer verilmiştir. Ayrıca, petrol ihracatçısı gelişmekte olan ülkeler OPEC çatısı altında bir araya gelmiş ve yatırımcılara karşı pazarlık güçlerini artırmışlardır. Bu durumun neticesi olarak sömürgecilik döneminde imzalanan imtiyaz sözleşmeleri feshedilmiş, uyarlanmış ve yeniden müzakere yöntemi ile koşulları değiştirilmiştir. Örneğin, sömürgecilik döneminde çıkarılan doğal kaynakların neredeyse tamamı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan şirketler bu dönemde, çıkarılan kaynaklarda azınlık hissedarı olmuş, hatta şirket hisseleri bile ev sahibi devletler tarafından satın alınmıştır⁴⁴. Ayrıca, sömürgecilik döneminde sahip olduğu kaynakların kullanımını ve hatta mülkiyetini kaybeden devletler, kaybettikleri

⁴² BM Genel Kurulu’nun 14.01.1962 tarih ve 1803 sayılı kararı. Karar metni için Bkz. UN General Assembly Resolution 1803 “*Permanent Sovereignty Over Natural Resources*” https://research.un.org/en/docs/ga?_gl=1*1q2age9*_ga*MTIyNjI5MTcwNS4xNjg4NTY3ODQ2*_ga_TK9BQL5X7Z*MTY4ODU2Nzg0NS4xLjEuMTY4ODU2Nzg5Mi4wLjAuMA (E.T.: 17.02.2023).

⁴³ BM Genel Kurulu’nun 01.05.1974 tarih ve 3201 sayılı kararı. Karar metni için Bkz. UN General Assembly Resolution 3201 https://research.un.org/en/docs/ga?_gl=1*1q2age9*_ga*MTIyNjI5MTcwNS4xNjg4NTY3ODQ2*_ga_TK9BQL5X7Z*MTY4ODU2Nzg0NS4xLjEuMTY4ODU2Nzg5Mi4wLjAuMA (E.T.: 17.02.2023).

⁴⁴ Sornarajah, s. 18-19.

kaynakları geri alabilmek için yabancı yatırımları kamulaştırma yoluna başvurmuşlardır⁴⁵.

Bu dönemde, yabancılara tanınan geniş imtiyazların sona erdirilmesi ile beraber devletler, bir yanda ülkelerindeki kaynaklar üzerindeki egemenlik haklarını muhafaza etmek, diğer yanda ise geliştirebilmeleri için ihtiyaç duydukları yabancı sermaye ve teknolojileri ülkelere çekebilmek için iki taraflı yatırım antlaşmaları yapmaya başlamışlardır⁴⁶. Bu doğrultuda da ilk olarak 25 Kasım 1959 tarihinde Pakistan ile Almanya arasında ikili yatırım antlaşması imzalanmıştır⁴⁷. 1960'lı yıllara gelindiğinde ise Dünya Bankası öncülüğünde Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi ile Devlet ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme imzalanmıştır⁴⁸. Bu dönemde, yatırım sözleşmelerine ve yatırımdan doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak olan hukuka ilişkin de çeşitli tartışmalar olmuştur. Ev sahibi devletler, yabancı yatırım sözleşmelerine ve ortaya çıkan uyuşmazlıklara ev sahibi devlet hukukunun uygulanmasını savunurken, gelişmiş devletler hukukun genel ilkeleri, milletlerarası hukuk, *lex mercatoria* gibi çeşitli hukuk sistemlerinin uygulanması gerektiğini savunmuştur⁴⁹.

⁴⁵ Dickstein, s. 74.

⁴⁶ **Şit Köşgeroğlu, B.:** *Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı*, TBB Dergisi, S. 107, 2013, s. 146, (Model); **Akıntürk, E./ Baklacı, P.:** *İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme*, BATIDER, C. 25, S. 4, 2009, s. 480.

⁴⁷ Pakistan ve Almanya Arasında imzalanan yatırımların teşviki ve korunması antlaşmasının İngilizce metni için Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1732/germany---pakistan-bit-1959-> (E.T.:04.03.2023)

⁴⁸ **Erten, R.:** *ICSID Tahkimi*, BATIDER, C. 19, S. 4, 1998, s. 211.

⁴⁹ UNCTAD (State Contracts), s. 6; Dumberry, s. 225; Sornarajah, s. 353.

c. Modern Dönem

20. yüzyılın sonlarına doğru dünya genelinde ekonomide ve yatırımlarda liberalleşme yönünde birtakım gelişmeler gerçekleşmiştir. Asya kıtasında yabancı yatırımlara ev sahipliği yapan ülkelerin göstermiş olduğu gelişmeler, gelişmekte olan ülkelere de yabancı yatırımları teşvik etme ve ev sahipliği yapma saiki oluşturmuştur⁵⁰. Yabancı yatırımların girişinin serbestleşmesi, yatırımlara milli muamele ilkesinin uygulanması, güvence edilmiş muamele standartlarının ihlali halinde birtakım korumalar getirilmesi ve uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kurallar öngörülmesi Dünya Bankası ve IMF'nin öncülüğünde yürütülen politikalarla birçok devlet tarafından kabul edilmiştir⁵¹.

Bu akım doğrultusunda, ülkeler arasında yabancı yatırımı çekmek için rekabetler artmış, yabancı yatırımcının korunmasına ilişkin düzenlemelere verilen önem yaygınlaşmıştır. Bu noktada, ikili yatırım antlaşmaları yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde ICSID sisteminin yaygın hale gelmesi ile yabancı yatırımların korunmasında önemli gelişmeler kaydedilmiştir⁵².

Ülkelerin yabancı yatırım alması ile beraber zaman içerisinde gelişmekte olan ülke kategorisinden gelişmiş ülke kategorisine geçiş yaptığı görülmektedir. Bunun neticesi olarak önceleri yatırıma ev sahipliği yapan gelişmekte olan ülkeler, yatırım ihraç etmeye başlamışlardır. Ancak zamanla gelişmiş ülkelerin de yabancı yatırım ihtiyacı doğmasıyla birlikte, gelişmiş ülkeler arasındaki yatırımlar artmış ve bu durum beraberinde birtakım problemleri getirmiştir. Zira, ülkeler için stratejik öneme sahip bazı şirketler veya kullanılan teknolojilerin yabancı devletlerin kontrolündeki

⁵⁰ Dumbery, s. 216.

⁵¹ Sornarajah, s. 13.

⁵² Şit Köşgeroğlu (Model), s. 146; Aksi yönde, yatırım antlaşmalarının ve yatırım tahkimi sisteminin esasında sermaye ihraç eden ülkeler tarafından az gelişmiş ülkelere dayatılan ve kapitülasyonları andırdığı kabul edilen görüş için Bkz. **Çal, S.:** *Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi*, AÜHFD, C. 57, S. 4, 2008, s. 144-146.

şirketlerin eline geçmesi milli güvenliği tehdit eden unsur olarak görülmüştür. Bu duruma paralel olarak, önceden zayıf devletler için öngörüldüğünde karşı çıkan gelişmiş devletler yatırımların izlenmesi gibi korumacı politikalar izlemeye başlamışlardır⁵³.

Bu dönemde imzalanan yabancı yatırım sözleşmeleri, sömürgecilik döneminde imzalanan sözleşmelere kıyasla daha kısa süreli olduğu, daha sınırlı bir alanı kapsadığı ve yatırımcılara daha sınırlı yetkiler öngördüğü görülmektedir. Gerçekten de sözleşme süreleri 50-60 yıllardan 30-35 yıla düşürülmüş, sözleşmelerde öngörülen alan ülkenin tamamı yerine belirli bölgelerle sınırlandırılmış, yatırımcılara tanınan yetkiler de azaltılarak devlet kontrolünü tâbi kılınmış ve ev sahibi devletin yetkileri artırılmıştır⁵⁴.

Son dönemlerde mevcut ihtiyaçları tam anlamıyla karşılamayan yatırım antlaşmalarının revize edilmesi, uyuşmazlıkların çözümünde reform, insan hakları, çevrenin korunması gibi konular özellikle UNCITRAL 3. Çalışma Grubu'nun gerçekleştirmiş olduğu çalışmalar nezdinde önem kazanmıştır⁵⁵. Bu gelişmeler ve özellikle UNCITRAL nezdinde yürütülen reformist faaliyetler ICSID Merkezini de etkilemiş ve 2016 yılında başlanan Konvansiyonunun revize çalışmaları 21.03.2022 tarihinde tamamlanarak 01.07.2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir⁵⁶.

⁵³ Şit Köşgeroğlu (Model), s. 147; Dumberry, s. 216.

⁵⁴ Bernardini, s. 163; Dumberry, s. 218.

⁵⁵ UNCITRAL 3. Çalışma Grubu'nun yatırımdan doğan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik çalışmaları için Bkz. https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state (E.T.: 17.06.2023)

⁵⁶ Bu değişiklikler ile yargılama sürecindeki zaman ve maliyeti azaltmaya, şeffaflığı ve tahkim yoluna ulaşılabilirliği arttırmaya yönelik birtakım yenilikler öngörülmüştür. Bkz. <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments#:~:text=ICSID%20submitted%20%20resolutions%20on%20the,%20effect%20on%20July%201%2C%202022.> (E.T.: 19.05.2023); Değişikler hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. **Shaw, G.J.:** *The 2022 ICSID Rules: A Leap Toward Greater Transparency in ICSID Arbitration*, ICSID Review, Vol. 38, No. 1, 2023, s. 57-71.

2. Doğrudan Yabancı Yatırım ve Dolaylı Yabancı Yatırım Ayrımı

Yabancı yatırımın türleri doktrinde değişik açılardan ayrımlara tâbi tutulmaktadır. Kamu yatırımları ve özel yatırımlar, finansal yatırımlar ve teknik yatırımlar, sanayi yatırımları ve ticari yatırımlar, doğrudan yatırımlar ve dolaylı (portföy) yatırımları bu sınıflandırmalardan birkaçını oluşturmaktadır⁵⁷.

Milletlerarası hukuk çerçevesinde yabancı yatırım denildiği zaman akla ilk olarak doğrudan yabancı yatırımlar gelmekte olup, ulusal veya uluslararası düzeyde korumadan yararlanması gereken yatırım türü de doğrudan yabancı yatırımlar olarak kabul edilmektedir⁵⁸. Bu sebeple, hangi faaliyet türlerinin doğrudan yatırım teşkil edeceği ve uluslararası hukuk korumasından faydalanabileceğinin tespitinde bulunabilmek için doğrudan yabancı yatırım ve dolaylı yabancı yatırım kavramları üzerinde durulması gerekmektedir.

Doğrudan yabancı yatırım, maddi ve maddi olmayan varlıkların bir ülkeden başka bir ülkeye, bu varlıkların sahibinin kısmen veya tamamen kontrolü altında, ev sahibi ülkenin refahını artırmak amacıyla transfer edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁹. Yabancı yatırımcı tarafından başka bir ülkede firma kurulması, kurulmuş olan bir firmanın satın alınması, bir firma için kuruluş sermayesi sağlanması veya mevcut bir firmanın sermayesinin artırılması doğrudan yatırım olarak kabul edilmektedir⁶⁰.

⁵⁷ Tiryakioğlu, s. 58; Erten, s. 210; Bu çalışma kapsamında, bahsi geçen sınıflandırmalardan doktrinde üzerinde en çok durulan doğrudan-dolaylı yabancı yatırım ayrımına değinilmekle yetinilecektir.

⁵⁸ Sornarajah, s. 4.

⁵⁹ Tiryakioğlu, s.10.

⁶⁰ Sornarajah, s. 5; Benzer şekilde 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunun 2(b) maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “*Doğrudan Yabancı Yatırım: Yabancı yatırımcı tarafından, 1) Yurt dışından getirilen; -Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası’na alım satımı yapılan konvertible para şeklinde nakit sermaye, -Şirket menkul kıymetleri (devlet tahvilleri hariç), -Makine ve teçhizat, -Sanayi ve fikri mülkiyet hakları, 2) Yurt içinde sağlanan; -Yeniden yatırımda kullanılan kar, hasılat, para alacağı veya mali değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar; -Doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar, gibi iktisadi kıymetler aracılığıyla; i) yeni şirket kurmayı veya şube açmayı, ii) Menkul kıymet*

OECD 2008 yılında yayımladığı raporda doğrudan yabancı yatırımı, kaynak ülke devleti vatandaşının, ev sahibi devletin ülkesinde, asgari yüzde on oranında oy hakkına sahip olduğu yerleşik bir işletmeyle uzun süreli ekonomik bir menfaat ilişkisi kurmasını temin eden, ülkeler arası bir yatırım kategorisi olarak kabul etmiştir⁶¹.

IMF ise 2009 tarihli Raporda doğrudan yabancı yatırımı, başka ülke ekonomisinde yerleşik işletmenin ev sahibi devlet ekonomisinde yerleşik bir işletmenin yönetimi üzerinde kontrol gücüne veya bu işletmenin yönetimine etkide bulunma kapasitesine sahip olması (*significant degree of influence*) biçiminde ortaya çıkan yatırım şeklinde tanımlanmıştır⁶². IMF de OECD gibi, ev sahibi devletteki şirket üzerinde asgari yüzde on oranında oy hakkının bulunması halinde söz konusu işletmeye etkide bulunma kapasitesine sahip olduğunu ifade etmiş, bunun yanı sıra yüzde elli oranının üzerinde bir oy hakkına sahip olması halinde ise işletmeyi kontrol ettiğinin kabul edileceğini ifade etmiştir. Hem OECD raporu hem IMF raporu nazara alındığında gerçek veya tüzel kişi yatırımcının ev sahibi devletteki iştirakte asgari yüzde on oranında oy hakkına sahip olması doğrudan yabancı yatırım varlığı hususunda gereklilik olarak kabul edildiği görülmektedir.

Uluslararası hukuk doktrininde ise doğrudan yabancı yatırım kavramına ilişkin olarak farklı görüşler bulunmaktadır. Birtakım yazarlar, araç, teçhizat, donanım gibi bir ülkeden diğer bir ülkeye transfer edilebilen malvarlığı değerleri ile ev sahibi ülkede

borsaları dışında hisse edimini veya menkul kıymet borsalarından en az %10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı...". Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere; gerçek veya tüzel kişi yatırımcının yurtdışından getirmek kaydıyla hisse senedi, bono ve nakit sermaye gibi şirket menkul kıymetleri ile makine ve teçhizatı, fikri mülkiyet hakları yabancı yatırım kapsamı içerisinde yer verilmiştir. Ayrıca, yurtiçinden temin edilmekle beraber yurtdışından getirilen kaynağın işletilmesinden doğan kar, hasılat, para alacakları ve mali değere sahip diğer hakları veya herhangi bir doğal kaynağın aranmasına ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadi kıymetler aracılığıyla şirket kurulması, şube açılması veya borsada en az %10 hisse edimi ya da oy hakkına sahip olunması, borsa dışı hisse edinimi de Kanun yabancı yatırım olarak kabul etmektedir.

⁶¹ OECD: Benchmark of Definition of Foreign Direct Investment, OECD, 4th Edition, 2008, s. 17; Yılmaz, s. 14.

⁶² Yılmaz, s. 15; Wang, s. 2.

satın alınan veya inşa edilen fabrika veya diğer üretim sahalarını konu alan yatırımları doğrudan yabancı yatırım olarak kabul etmektedir⁶³. Birtakım yazarlar ise, belirli bir malvarlığı değerlerinden ziyade, yönetim kapasitesi, teknik bilgi ve beceri gibi unsurların da ev sahibi devlete aktarılmasını kapsayan daha geniş kapsamlı tanımlara yer verdiği görülmektedir⁶⁴.

Doğrudan yabancı yatırımlar sayesinde ülkeler arasında uzun dönemleri kapsayan istikrarlı bağlantılar kurulması ve hem ev sahibi devlet hem de kaynak devlet ekonomilerinin gelişimine katkı sağlanması sebebiyle bu yatırımlar küresel ölçekte ekonomik bütünleşmeleri yönlendiren en temel dinamik olarak kabul edilmektedir. Zira, doğrudan yabancı yatırımlar vasıtasıyla ev sahibi ülkenin ekonomik kalkınmasına, istihdamına, teknolojik gelişmesine ve üretim gücüne farklı yönlerden katkı sağlandığı kabul edilmektedir⁶⁵.

Doğrudan yatırımlar, hisse senedi veya tahvil ihraç edilerek uluslararası piyasalarda satmak ve çeşitli kredi araçlarından yararlanmak biçiminde ifade edilen dolaylı (portföy) yatırımlardan ayrılmaktadır. Nitekim dolaylı yatırım, ağırlıklı olarak hisse senedi, tahvil ve türevler olmak üzere farklı menkul kıymetlerden meydana gelen, belirli bir kişi veya grubun elinde olan finansal nitelikteki kıymetler şeklinde ifade edilmektedir⁶⁶. Bu çerçevede dolaylı yabancı yatırım ise, yabancı yatırımcıların ülkeleri dışındaki bir ülkede kurulmuş ya da faaliyet gösteren bir şirket veya organizasyon tarafından ihraç edilen menkul kıymetleri satın alması şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁷. Her ne kadar bu tanımlarda, yabancı portföy yatırımından

⁶³ Sornarajah, s. 4-5.

⁶⁴ Wang, s. 2.

⁶⁵ **Franck, S. D.:** *Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law*, Pacific McGeorge Global Business and Development Law Journal, Vol. 19, No. 2, 2007, s. 338; Dost, s. 108.

⁶⁶ Sornarajah, s. 5; Yılmaz, s. 17.

⁶⁷ Sornarajah, s. 4.

bahsedebilmek için gerekli olan kontrol yetkisinin kapsamının ne olacağı ifade edilmemiş olsa da, bazı yazarlar doğrudan yabancı yatırımlar için öngörülen eşik değerinin (yüzde on) bu yatırım türünde de uygulanabileceğini ifade etmektedirler⁶⁸. Bu cümleden olarak, bir yabancı yatırımcının, başka bir ülkede yerleşik bulunan bir şirketin hisselerinin yüzde onundan daha düşük bir oranda hissedarı olması halinde yatırımın dolaylı yabancı yatırım olacağı kabul edilmektedir. Bu bakımdan, doğrudan yabancı yatırımların mevcudiyeti için gerekli görülen yüzde onluk oranın dolaylı yabancı yatırımlar bakımından da aşılmaması gerekli olan bir değer olarak kabul gördüğü anlaşılmaktadır.

Bu bilgiler doğrultusunda, doğrudan yabancı yatırımlar ile dolaylı (portföy) yatırımlar arasında birtakım farklılıkların olduğu açıktır. Bu farklılıklar esas itibariyle, yönetimin kontrolü, yatırımcının üstlendiği risk ve yatırımın ev sahibi devlete katkısı şeklindedir⁶⁹. Bu farklılıklar arasında, doğrudan ve dolaylı yatırım türlerini birbirinden ayıran en temel ayırt edici unsurun yabancı yatırımcının yatırıma konu şirket üzerindeki yönetim ve denetim hakkının ölçüsü olduğu kabul edilebilecektir. Zira, doğrudan yabancı yatırımdan bahsedebilmek için esas kriter yönetim ve denetimin, yani kontrol gücünün, asgari oranda gerçek veya tüzel kişi yatırımcıda olması iken, dolaylı yabancı yatırımlarda bu durum önem arz etmemekte ve salt genel kar amaçlanmaktadır⁷⁰. Ayrıca, portföy yatırımlarının aksine doğrudan yatırımlar, sermaye haricinde üretim teknolojisi, yönetim bilgisi gibi maddi olmayan aktarımları da konu edinmekte ve uzun bir dönemi ele almaktadır⁷¹. Son olarak ise, doğrudan yabancı yatırımlarda yatırımcı, kendi ülkesinde kullanabileceği birtakım kaynakları ev sahibi

⁶⁸ Yılmaz, s. 18.

⁶⁹ Sornarajah, s. 6.

⁷⁰ Sornarajah, s. 6-7.

⁷¹ Franck, s. 2.

devlete transfer etmektedir. Benzer şekilde dolaylı yatırımlar içinde söz konusu transfer mümkün olsa da doğrudan yatırımlara nazaran daha düşük seviyede kalması sebebiyle iki türün farklılaştığı bir diğer dayanak olarak gösterilmektedir⁷².

Her ne kadar farklı gerekçelere dayandırılıyor olsa da doktrinde genel olarak kabul edilen görüş, dolaylı yatırımların ev sahibi devletin sorumluluğundan ve uluslararası hukuk korumasından yararlanamayacağı yönündedir. Bazı yazarlar, dolaylı yatırımın bilinçli bir yatırımcının göz önünde bulundurması gereken olağan ticari riskleri barındırdığını ve yatırımcının muhtemel bir ekonomik kaybı karşısında ev sahibi devletten herhangi bir tazmin hakkı bulunmadığını ifade etmektedir. Bazı yazarlar ise, doğrudan yabancı yatırımlarda yatırımcının ev sahibi devletteki yatırımını bu devletin açıkça verdiği bir izne/rızaya dayanarak gerçekleştirildiğini, ancak dolaylı yabancı yatırımlarda menkul kıymet borsaları aracılığıyla herhangi bir yerden gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedirler⁷³. Hangi yabancı menkul kıymet borsalarının rol aldığı bilinmesi gerçekçi olmadığından, yatırımlar ile ev sahibi devletin sorumluluğu arasında doğrudan bir irtibat kurulabilmesi de mümkün görülmemektedir. Aksi yönde, birtakım yazarlarca iki yatırım türünde de riskin üstlenilmesi bakımından temel bir farklılık bulunmadığı gerekçesiyle her iki yatırım türüne sağlanan korumanın benzer olması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüş doktrinde genel bir kabule mazhar olmasa da, ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarının sağladığı koruma portföy yatırımlarını da kapsamaktadır⁷⁴.

⁷² Sornarajah, s. 7.

⁷³ Sornarajah, s. 7-8.

⁷⁴ Yılmaz, s. 13; Başlangıçta yabancı yatırım kavramı salt doğrudan yabancı yatırımları ifade etmek için kullanılıyorken, günümüzde kavramın kapsamı genişletilmiş ve bir kısım dolaylı yatırımları da ifade etmek üzere kullanılmaya başlanmıştır. Bkz. İzmirli, s. 100.

3. Milletlerarası Yatırım Antlaşmalarındaki Yatırım Kavramı

Milletlerarası yatırım antlaşmalarında *yatırım* kavramının sınırları net bir biçimde çizilmemekte, genellikle normatif olarak farklı yaklaşımlar ve yöntemlerle kavramın barındırdığı birtakım unsurlara yer verilmektedir. Bu yaklaşımlar esas itibariyle; varlığa dayalı tanım (*asset based definition*), teşebbüse dayalı tanım (*enterprise based definition*) ve ticari mevcudiyete dayalı tanım (*definition by reference to commercial presence*) şeklindedir⁷⁵. Devletler bahsi geçen yaklaşımlardan bir veya birkaçını antlaşmalarda benimserken, *yatırım* olarak kabul edilen ve *yatırım* kapsamına alınan faaliyetleri örnekleyici, tahdidi veya karma liste yöntemleriyle kategorize etmektedirler. Örnekleyici liste yönteminde yatırımın *her türlü malvarlığı değeri* olduğu ifade edilirken, yatırım türlerine ilişkin örneklere yer verilmektedir⁷⁶. Genellikle bu yöntem sermaye ihraç eden gelişmiş ülkelerin, antlaşmanın imzalandığı

⁷⁵ UNCTAD, Scope and Definition, Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 2011, s. 22, (Scope and Definition); Çalışkan, Z.: *Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Antlaşmalarda Yatırım Kavramı*, MBK Y. 29, S. 1-2, 2009, s. 88; Wang, s. 141; Antlaşmaların çoğunluğunda benimsenen varlığa dayalı tanım yaklaşımı, genel bir ifadeye yer vermek suretiyle yatırımcının sahip olduğu her türlü varlığı *yatırım* kapsamına alınmasını öngörmektedir. Teşebbüse dayalı tanım yönteminde ise, genel bir ifadeye yer verilmeksizin, yatırımın mevcudiyeti ev sahibi devlette bir ticari teşebbüs kurulması veya mevcut bir teşebbüste kontrol sahibi olunmasına bağlanmaktadır. Son olarak, kullanım alanı oldukça dar olan ticari mevcudiyete dayalı tanım yöntemine göre ise yatırımdan bahsedebilmek için yatırımcı tarafından ev sahibi devlette bir şirket kurulması ve yatırıma konu faaliyetlerin bu şirket veya şirketin şubeleri üzerinden gerçekleştirilmesi öngörülmektedir. Bkz. UNCTAD (Scope and Definition), s. 22-24; Çalışkan, s. 88-89; Wang, s. 141-142.

⁷⁶ Yılmaz, s. 62; Türkiye ile Hırvatistan arasında imzalanan İkili Yatırım Antlaşmasının 1(2) maddesi bu yönüne örnek teşkil etmekte olup, Antlaşmanın ilgili maddesi şu şekildedir: "...ev sahibi Akit Tarafın kanun ve düzenlemelerine uygun olarak yapılmış tüm doğrudan yatırımları ifade eder ve bir Akit Tarafın yatırımcısının diğer Akit Tarafın ülkesindeki ekonomik faaliyetleriyle bağlantılı olarak yatırılmış her türlü malvarlığı anlamına gelir ve özellikle, bunlarla kısıtlı olmamak koşuluyla aşağıdakileri içerir:

(a) hisseler, hisse senetleri ya da şirketlere iştirakin diğer şekilleri;

(b) yeniden yatırılan gelirler, para alacakları veya bir yatırımla ilgili mali değeri olan ve yasal olarak ifa edilen diğer haklar;

(c) taşınır ve taşınmaz mallar, aynı zamanda ipotek, haciz, rehin gibi ayni haklar ve benzeri diğer haklar;

(d) telif hakları, patentler, lisanslar, sınai tasarımlar, teknik prosesler gibi sınai ve fikri mülkiyet hakları, aynı zamanda ticari markalar, peştamiliye, know-how ve benzeri diğer haklar;

(e) Akit Tarafların ülkelerinde, daha sonra tanımlandığı şekilde, doğal kaynakların aranması, istihracı, işlenmesi veya kullanılması gibi konulardaki imtiyazları da içerecek şekilde, kanun veya sözleşme uyarınca sağlanan iş imtiyazları." R.G. 07.05.2013/28640. Antlaşmanın Türkçe ve İngilizce metni için Bkz. <http://ua.mfa.gov.tr> (E.T.: 27.02.2023).

tarix itibariyle öngörölemeyen bazı yatırım türlerini *yabancı yatırım* için öngörölen koruma kapsamı dışında bırakmak istememesi ve kendi vatandaşı olan yatırımcıların diğör ölkelerdeki her nevi faaliyetlerini koruma kapsamına almak istemesi sebebiyle tercih edilmektedir⁷⁷. Tahdidi liste yönteminde ise, her türlü malvarlığı değeri için bir *yatırım* tanımına yer verilmemekte, yatırım türlerinin neler olduğı sınırlı bir biçimde sayılmaktadır⁷⁸. Kimi yatırım antlaşmalarında ise örnekleyci bir liste suretiyle yatırım türlerine yer verilmekte, ardından faaliyetlerin yatırım olarak kabul edilebilmesi için bazı kriterler öngörölmektedir. Karma liste yöntemi olarak adlandırılan bu yönteme, yakın zamanda Hırvatistan ve San Marino arasında imzalanan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma'nın 1. maddesi örnek olarak gösterilebilir⁷⁹.

⁷⁷ McLachlan/Shore/Weiniger, s. 27.

⁷⁸ UNCTAD (Scope and Definition), s. 23; Devletler, bu yönteme başvurarak antlaşmaların sağladığı hukuki korumanın hangi tür faaliyetleri kapsayacağını sınırlı olarak belirleyebilmektedir. 14.11.2006 tarihinde Kanada ve Peru Cumhuriyeti arasında akdedilen İkili Yatırım Antlaşmasının 1. maddesinde 11 bent halinde yer verilen yatırım tanımı bu yönteme örnek teşkil etmektedir; Antlaşmanın İngilizce metni için Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/793/canada---peru-bit-2006-> (E.T.: 02/07/2023); Yılmaz, s. 69, dn. 225.

⁷⁹ Hırvatistan ve San Marino Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma'nın 1. maddesi şu şekildedir:

"1. The term "investment" means every kind of asset invested in connection with economic activities by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the latter including characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, assumption of risk or certain duration. Forms that an investment may take include: a. movable and immovable property as well as any other rights in rem such as mortgages, liens, pledges and similar rights; b. shares, stocks and debentures of companies or any other form of participation in a company; c. claims to money or to any performance having an economic value associated with an investment; d. intellectual and industrial property rights, as defined in the multilateral agreements concluded under the auspices of the World Intellectual Property Organization, in as far as both Contracting Parties are parties to them, including copyrights, trademarks, patents, designs, rights of breeders, technical processes, know-how, trade secrets, geographical indications, trade names and goodwill associated with an investment; e. any right conferred by law or under contract and any licenses and permits pursuant to law, including the concessions to search for, extract, cultivate or exploit natural resources. Any alteration of the form in which assets are invested shall not affect their character as investment on condition that this alteration is made in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in the territory of which the investment has been made..".

Söz konusu Antlaşma taraflar arasında 21/09/2022 tarihinde imzalanmış olup, henüz yürürlöğe girmemiştir. Antlaşmanın İngilizce metni için Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/5054/hungary---san-marino-bit-2022-> (E.T.: 11.04.2023).

Yatırım antlaşmalarının imzalanmasından itibaren uzun süreler yürürlükte kalması ve antlaşmanın imzalanmasından sonra yeni yatırım türlerinin ortaya çıkması, antlaşmalarda yer alan *yatırım* kavramının sınırlarının oldukça geniş tutulması yönünde bir eğilime sebebiyet vermektedir⁸⁰.

a. Çok Taraflı Yatırım Antlaşmaları Kapsamında Yabancı Yatırım

Zaman içerisinde yabancı yatırımların sayısının artması, kaynak devletlerin yatırımcılarını korumayı, ev sahibi devletlerin ise ülke menfaat ve çıkarlarını gözetmeyi amaçlaması sebebiyle birden çok devletin bir araya gelerek çok taraflı antlaşmalar yapma ihtiyacını doğurmuştur⁸¹. Günümüz itibariyle *yatırım* kavramını tam anlamıyla ele alan herhangi birçok taraflı yatırım antlaşması bulunmasa da, yatırım kavramını farklı yönlerden ele alan, kavramın kapsamını çeşitli şekillerde düzenleyen çok taraflı antlaşmalar bulunmaktadır. Bu doğrultuda, ICSID Konvansiyonu, MIGA Konvansiyonu, Enerji Şartı Anlaşması ve yakın zamanda yürürlüğe giren USMCA Antlaşması üzerinde durulacaktır.

i. ICSID Konvansiyonu

ICSID Konvansiyonu'nda⁸² *yabancı yatırım* kavramından ne anlaşılması gerektiği açıkça ifade edilmemiştir. Nitekim Konvansiyonun “*Merkezin Yargılama*

⁸⁰ Örneğin, tarihteki ilk ikili yatırım antlaşması olarak kabul edilen Pakistan ile Almanya Arasındaki 1959 tarihli antlaşma yaklaşık elli yıl sonra 2009 tarihinde yenilenmiş ve tekrar imzalanmıştır. 2009 tarihli Almanya ve Pakistan arasındaki antlaşmanın İngilizce metni için Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1733/germany---pakistan-bit-2009-> (E.T.: 25.04.2023).

⁸¹ Sornarajah, s. 187.

⁸² Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*), Dünya Bankası Direktörler Kurulu tarafından 18 Mart 1965 tarihinde hazırlanarak üye devletlerin onayına sunulan ve 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe giren ICSID Konvansiyonu ile meydana gelen uluslararası bir kuruluştur. Konvansiyonu Türkiye, 24 Haziran 1987

Yetkisi” başlıklı II. Kısımında yer alan 25. maddenin 1. fıkrasında Merkezin, âkit devletlerden biri ile diğer âkit devletin vatandaşları arasındaki, bir yatırımdan doğrudan kaynaklanan herhangi bir uyuşmazlık hakkında yargılama yetkisine sahip olacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere, Merkezin doğrudan bir yatırımdan kaynaklanan herhangi bir hukuki uyuşmazlıkta münhasıran yargılama yetkisine sahip olduğu ifade edilirken, yabancı yatırım kavramından ne anlaşılması gerektiğine açıkça yer verilmemiştir. Bu durumun ise bir eksiklik olmadığı ve kavramın kapsamının gereksiz biçimde sınırlandırmamak amacıyla Merkezin bilinçli bir tercihi olduğu kabul edilmektedir⁸³.

ICSID Konvansiyonu nezdinde yabancı yatırımdan bahsedebilmek için *doğrudan* bir yatırımın mevcut olması gerekmektedir. Bu noktada, uyuşmazlığın *doğrudan* bir yatırımdan kaynaklanması ifadesinden anlaşılması gereken husus, yatırımlarla dolaylı olarak ilintili bulunan işlemlerden doğan uyuşmazlıkların ICSID’in yargılama yetkisinin dışında kalacağıdır. Bu hususta yaşanan en yoğun tartışma, *doğrudan* ifadesinin hukuki etki alanının ne şekilde sınırlandırılacağı hususunda yaşanmıştır⁸⁴. *Fedax v. Venezuela*⁸⁵ davasında hakem heyeti; *doğrudan* ifadesinin *doğrudan yabancı yatırımları* kastettiğini beyan etmiş ve bu şekildeki

tarihinde iki konuda bildirimde bulunmak suretiyle imzalamıştır. Bu noktada, Türkiye’nin bildirimde bulunduğu hususlar, Konvansiyonun 25(4) maddesinde öngörülen sözleşmenin kabulü veya onaylanması sırasında veya sonrasında hangi tür uyuşmazlıkların ICSID yargısına götürüleceğinin imzacı devletler tarafından ICSID’e ihbar edilmesine ilişkin hüküm ile 64. maddesinde öngörülen tahkim kararlarının uygulanması ve yorumlanması konusunda meydana gelecek uyuşmazlıkların müzakere yoluyla giderilememesi durumunda konunun ICSID’e iletilmesi hususuna ilişkindir. Bu bildirimler ile Türkiye, ülkede yer alan taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve aynı haklarla ilgili uyuşmazlıkların münhasıran Türk yargı mercilerinin yargılama yetkisinde olduğu, bu konuda ICSID yargılamasına gidilemeyeceği ve tahkim kararlarının uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin uyuşmazlığın taraflar arasında yapılacak müzakereler yoluyla çözüleceğini ve çözüm için üçüncü bir tarafa başvurulamayacağı kaydını koymuş bulunmaktadır. R.G.06.12.1988/20011. Konvansiyonun Türkçe ve İngilizce metni için Bkz. <http://ua.mfa.gov.tr> (E.T.: 07.12.2022).

⁸³ **Gölcüklü, İ.:** *ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar*, PPIL, C. 38, S. 2, 2018, s. 305; **Cole, C.:** *The Structure of Investment Arbitration*, Routledge, 2013, s. 2; McLachlan/Shore/Einiger, s. 164.

⁸⁴ Gölcüklü, s. 306.

⁸⁵ *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (Fedax v. Venezuela)*, ICSID Case No: ARB/96/3. Bkz. <https://italaw.com/cases/432> (E.T.: 25.05.2023).

yapılan nitelendirmenin Konvansiyonun benimsediği yatırım kavramının geniş tutulması yönündeki eğilimi de uygun olacağını ifade etmiştir⁸⁶. Ancak kimi yazarlarca *doğrudan* ifadesinin doğrudan yabancı yatırımlardan doğan uyuşmazlıklardan ziyade bir yabancı yatırımdan doğrudan kaynaklanan uyuşmazlıkları kastettiği kabul edilmektedir⁸⁷. *Amco Asia v. Indonesia*⁸⁸ davasında ise hakem heyeti; davalı devletin davacı aleyhine ileri sürdüğü vergi kaçakçılığı karşı iddiası ile muhatap olmuş, ancak bu iddianın Endonezya devletinin iç hukuk düzenlemelerinden ileri gelen bir ihlal iddiası olduğunu ve yatırım antlaşmasında düzenlenmemiş olduğunu tespit etmiş ve vergi kaçakçılığı iddiasının doğrudan yatırımdan kaynaklanan bir ihtilaf olmadığından bahisle ICSID Konvansiyonu çerçevesinde yargılama yetkisinin bulunmadığına karar kılmıştır⁸⁹.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın *hukuki* bir uyuşmazlık olması ise, bu uyuşmazlıktan doğan iddiaların hukuk tarafından koruma altına alınan bir hak veya yükümlülüğün varlığına dayanmasını ifade etmektedir. Bu anlamın mefhumu muhalifinden de taraflar arasında ortaya çıkan ahlak, ticaret veya siyaset nitelikli uyuşmazlıkların ICSID'in yargılama yetkisine girmeyeceği anlaşılmaktadır⁹⁰. Uyuşmazlıklarda tarafların, iddia ve savunmalarını çoğunlukla hukuki metinler üzerine inşa etmelerinden ötürü bu hususta pek fazla tartışma olmamaktadır. Zira, ICSID yargılaması nezdinde yürütülen tahkim yargılamalarında hakem heyetlerinin çoğu zaman siyasi amaçların söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda bile, hukuki etkileri

⁸⁶ *Fedax v. Venezuela*, para. 192-199; McLachlan/Shore/Eeiniger, s. 166.

⁸⁷ Gölcüklü, s. 306.

⁸⁸ *Amco Asia Corporation and others v. Indonesia (Amco Asia v. Indonesia)*, ICSID Case No. ARB/81/1. Bkz. <https://www.italaw.com/cases/3475> (E.T.: 03.06.2023).

⁸⁹ *Amco Asia v. Indonesia*, para. 154.

⁹⁰ **Avşar, M.:** *ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı*, PPIL, C. 37, S. 2, 2017, s. 107.

bulunması şartıyla hukuki uyumsuzluk olarak değerlendirme eğiliminde oldukları kabul edilmektedir⁹¹.

ii. MIGA Konvansiyonu

Taraf ülkelerdeki yatırımcıların, diğer taraf ülkelerdeki yatırımlarının ticari olmayan risklere (kamulaştırma, millileştirme, el koyma, savaş vb. uygulamalara) karşı korunmasını amaçlayan Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (*Multilateral Investment Guarantee Agency*), 11 Ekim 1985 tarihinde imzalanan sözleşme ile kurulmuştur⁹². MIGA nezdinde bir yatırımdan bahsedilebilmesi için *uygun yatırım (eligible investment)* olması gerekmektedir. Antlaşma'nın 12. maddesinde yatırım tanımına yer verilmemekle beraber uygun yatırımın unsurlarına yer verilmiştir⁹³. Bu doğrultuda da Kuruluş, Antlaşmanın 12. maddesindeki kriterleri karşılayan yatırımcılara, ev sahibi devletin onayına tâbi olarak yatırımlarının ticari olmayan risklere karşı (transfer sınırlaması (*transfer restriction- currency incorvertibility*), politik şiddet (*political violence, war and civil disturbance*), kamulaştırma (*expropriation*), sözleşme ihlali (*breach of contract*) korunmasını garanti etmektedir. MIGA tarafından garanti altına alınan yatırımların kapsamını belirleme yetkisine

⁹¹ Gölcüklü, s. 306.

⁹² Tiryakioğlu, s. 154; Türkiye söz konusu Konvansiyona 27.05.1988 tarihinde 3454 sayılı Kanun ile uygun bularak taraf olmuştur. R.G: 02.06.1988/19830. Antlaşma metni için Bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201508/volume-1508-I-26012-English.pdf> (E.T.: 06.03.2023).

⁹³ Madde kapsamında; sermaye sahipleri tarafından verilen ya da garanti edilen orta veya uzun vadeli krediler dahil olmak üzere, sermaye yatırımları ile üye devletlerin her birinden bir Temsilcinin (Governor) yer aldığı ve MIGA'nın tüm yetkilerini kullanmaya yetkili Temsilciler Kurulu'nun uygun göreceği diğer doğrudan yatırımlar uygun yatırım olarak kabul edilmiştir. Doğrudan mali katkının bulunmadığı, *know-how*, patent, *franchising* sözleşmeleri ve iş birliği ve ortak girişim şeklinde yapılacak olan yatırımlar da Kuruluş'un garantisine konu olabilecektir. Konvansiyonda yapılan 2010 tarihli değişiklikler ile mevcut yatırımların elverişli bir yatırımcı tarafından devralınması veya modernize edilmesi gibi faaliyetler de 12. madde kapsamında uygun yatırımlar arasında yer verilmiştir. Bkz. **Yılmaz, Ç.:** *MIGA Konvansiyonunun Uygulama Alanı ve Konvansiyon Kapsamındaki Uyuşmazlıklara İlişkin Çözüm Yöntemleri*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 1, 2018, s. 385-386, (MIGA).

sahip olan Kurul (*Board*); lisans, hizmet ve yönetim, üretim ve leasing sözleşmeleri gibi yatırım türlerini en az 3 yıllık bir zaman dilimine yayılması halinde uygun yatırım kavramı kapsamında değerlendirebilmektedir⁹⁴.

iii. Enerji Şartı Anlaşması

1994 yılında Lizbon’da imzalanan ve 16.04.1998 tarihinde yürürlüğe giren Enerji Şartı Anlaşması (*Energy Charter Treaty*), yatırım kavramını ayrıntılı bir biçimde tanımladığı için önemli antlaşmalardan biri olarak kabul edilmektedir⁹⁵. Söz konusu Anlaşma enerji sektörüne ilişkin düzenlemeler öngördüğünden yatırım kavramı da sektörel faktörler göz önüne alınarak belirlenmiştir. Antlaşmanın 1(6) maddesinde yatırım, “...yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan ve kontrol edilen her türlü varlığı ifade eder” şeklinde geniş bir biçimde tanımlanmıştır. Aynı maddenin devamında da yatırımın; aynı (maddi) veya aynı olmayan (gayri maddi) mallar ile taşınır (menkul) ve taşınmaz (gayrimenkul) mallar üzerindeki mülkiyeti, ipotek, haciz ve teminat gibi her türlü mülkiyet hakkını, bir firma veya teşebbüs ya da bir firma veya teşebbüsün sahip olunan hisse senetleri, tahvilleri veya diğer iştirak şekilleri ile bonolarını, bir firma veya teşebbüsün borçlarını, ekonomik bir değere sahip olan ve bir yatırıma ilişkin olarak yapılan sözleşme ile ilgili para ve hizmet performansı talepleri ile fikri mülkiyet hakları, kazanç, kanun, sözleşme veya kanunlara uygun olarak verilen ruhsat ve izin

⁹⁴ Wang, s. 37.

⁹⁵ **Baklacı, P./ Akıntürk, E.:** *Enerji Şartı Antlaşmasına Göre Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, BATIDER, C. 24, S. 2, 2007, s. 308 (Enerji Şartı); **Kılavuz, A.K.:** *Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1-2, 2009, s. 180; 17.12.1994 tarihinde Lizbon’da imzalanan Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi, Enerji Şartı Antlaşması ve ekini oluşturan kararlar ile Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolü (*The Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects*) 01.02.2000 tarihinde 4519 sayılı Kanun ile onaylamıştır. R.G.: 06.02.2000/23956. Antlaşmanın Türkçe metni için Bkz. <http://ua.mfa.gov.tr> (E.T.: 19.12.2022). Antlaşmanın İngilizce metni için Bkz. <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> (E.T.: 19.12.2022).

belgelerinde tanınan hakları ihtiva ettiği hüküm altına alınmıştır. Anlaşmanın bu maddesi kapsamında, yatırımın özet bir ifadeyle yatırımcının doğrudan veya dolaylı olarak sahip olduğu veya kontrolünde olan her türlü varlığı ifade ettiği belirtilmiş, 1(5) maddesinde ise enerji sektöründeki ekonomik faaliyetlere yer verilmiştir⁹⁶.

Anılan maddelerden de anlaşıldığı üzere, yatırımcının kontrolünde olan veya sahip olduğu ekonomik bir faaliyet kapsamında yatırım olarak özgülünen her türlü varlık, enerji sektöründe olması ön şartıyla yatırım olarak kabul edilecektir. Yatırım kapsamında sayılı “*kanun ve sözleşmeyle verilen her türlü hak*” ifadesinden yola çıkarak Enerji Şartı Anlaşması’nda yer verilen yatırım kavramının, diğer yatırım antlaşmaları ve özellikle ICSID Konvansiyonu’na nazaran daha geniş tutulduğu görülmektedir⁹⁷.

iv. ABD-Meksika-Kanada Antlaşması

NAFTA 2.0. veya *Yeni NAFTA* olarak da adlandırılan ABD-Meksika-Kanada Antlaşması (*United States-Mexico-Canada Agreement*) 01.07.2020 tarihinde yürürlüğe girerek Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması’nın (*North American Free Trade Agreement*) yerini almıştır⁹⁸. Dünya genelinde 500 milyonun üzerinde insan yaşayan bir bölgeye ilişkin serbest ticaret alanı oluşturan ve bu sebeple de oldukça önemli görülen bu antlaşmada da *yatırım* kavramına yer verilmiştir. Antlaşmanın “*Yatırım*” başlıklı 14. bölümünde bu kavram; “...*bir yatırımcının*

⁹⁶ Anlaşmanın 1(5) maddesinde genel çerçevesine yer verilen ekonomik faaliyetler şu şekilde örneklendirilebilir: petrol, doğalgaz, kömür gibi doğal kaynaklar için yapılan arama, sondaj ve çıkarma faaliyetleri, rüzgar veya diğer yenilebilir enerji kaynakları tarafından güçlendirilmiş enerji üretim tesislerinin inşası ve işletilmesi, kara taşımacılığı, dağıtım, depolama (saklama) ve enerji ürünleri tedarik etme.

⁹⁷ Baklacı/Akıntürk (Enerji Şartı), s. 315.

⁹⁸ Antlaşma 30.08.2018 tarihinde imzalanmış olup, 01.07.2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Antlaşmanın İngilizce metni için Bkz. <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between> (E.T.: 05.04.2023).

doğrudan veya dolaylı olarak sahip olduğu veya kontrol ettiği, sermaye veya diğer kaynakların taahhüdü, kazanç veya kar beklentisi veya risk üstlenilmesi gibi özellikler dahil olmak üzere yatırım niteliği taşıyan her varlık...” şeklinde tanımlanmıştır. Devamında ise yatırım kavramının içerdiği ve içermediği hususlara açıkça yer verilmiştir⁹⁹.

Bu maddeden de anlaşıldığı üzere antlaşmada yatırım kavramı genel hatlarıyla tanımlanmış, yatırım kapsamında yer alan faaliyet türlerine detaylı bir biçimde yer verilmiş ve son olarak yatırım olarak kabul edilmeyecek hususlar sayılmıştır.

b. İkili Yatırım Antlaşmaları Kapsamında Yabancı Yatırım

Yabancı yatırımcının faaliyetlerinin yatırım teşkil edip etmediği, yatırımcı sıfatına haiz olabilmek için hangi şartları taşıması gerektiği, yatırımların korunması, uyuşmazlıkların çözümü ve yargı yetkisi gibi birçok husus ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu kaynak devletin taraf oldukları yatırım anlaşması ile belirlenmektedir¹⁰⁰.

⁹⁹ Yatırım kavramına dahil olan varlıklar şu şekildedir: bir işletme; bir işletmedeki hisseler, hisse senetleri ve diğer iştirak biçimleri; bono, tahviller, diğer borçlanma araçları ve krediler; vadeli işlemler, opsiyonlar ve diğer türevler; anahtar teslim, inşaat, yönetim, üretim, imtiyaz, hasılat paylaşımı ve benzeri diğer sözleşmeler; fikri mülkiyet hakları; lisans, izin, ruhsat ve taraflardan birinin kanunları uyarınca tanınan benzeri haklar; diğer maddi veya maddi olmayan taşınır veya taşınmaz mülkiyet hakları ve rehin, ipotek ve kiralama gibi ilgili mülkiyet hakları.

Yatırım kavramına dahil olmayan hususlar ise şu şekildedir: adli veya idari makamlarca verilen emir veya karar; yalnızca bir Tarafın ülkesindeki bir gerçek kişi veya teşebbüs tarafından diğer bir Tarafın ülkesindeki bir teşebbüse mal veya hizmet satışına ilişkin ticari sözleşmelerden veya j ve i bentlerinde atıfta bulunulan bir ticari sözleşme ile bağlantılı olarak kredinin uzatılmasından kaynaklanan para alacakları. Antlaşmanın yatırımlara ilişkin 14. Bölümü için Bkz. <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14-Investment.pdf> (E.T.:05.04.2023).

¹⁰⁰ Comeaux/Kinsella, s. 102.

1959 yılında imzalanan ilk yatırım antlaşması ile başlayan iki taraflı yatırım antlaşması uygulaması, zaman içerisinde oldukça yayılmış ve günümüzde sayıları üç bine yaklaşmıştır¹⁰¹. Bu antlaşmaların akdedilmesindeki temel etmenlerin yabancı yatırımları korumak, teşvik etmek ve serbestleştirmek olduğu ifade edilmektedir¹⁰². Son zamanlarda imzalanan ikili yatırım antlaşmalarında yabancı yatırıma ve yatırımcıya daha geniş kapsamlı bir koruma sağlamak amacıyla *yatırım* kavramının genel itibariyle örnekleyici liste yöntemiyle tanımlandığı görülmektedir¹⁰³.

4. Tahkim Kararlarında Kabul Edilen Yatırım Tanımları

Hangi hukuki ilişkilerin veya faaliyetlerin yatırım olarak kabul edileceği hususu hakem heyetlerinin kararlarında da tartışılmıştır. ICSID Merkezi nezdinde yürütülen yargılamalardaki hakem heyetleri de, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında iki veya çok taraflı yatırım antlaşmalarının ihlal edildiği iddiasıyla önlerine gelen uyuşmazlıkta, ICSID'in yargılama yetkisinin sadece *yatırımlardan doğan* uyuşmazlıklar için söz konusu olmasından ötürü, uyuşmazlığa konu faaliyetin yatırım teşkil edip etmediğini belirlemek için birtakım unsurların üzerinde durmaktadır. Bu unsurlar esas itibariyle, yatırımcı tarafından ortaya konan faaliyetin; belirli bir süre devamlılık gösterip göstermediği, risk ve kazanç olgularını içerip içermediği, ev sahibi devlet ekonomisine katkıda bulunup bulunmadığı, önemli bir taahhüt altına girip girmediği, düzenli kar ve kazanç getirip getirmediği, kaynağının yabancı sermaye

¹⁰¹ Modern anlamda imzalanan ilk iki taraflı yatırım antlaşması, 25.11.1959 tarihinde imzalanan ve 1962 tarihinde yürürlüğe giren Federal Almanya Cumhuriyeti ile Pakistan Hükümeti arası akdedilen antlaşma olduğu kabul edilmektedir. Bkz. b. İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönem; UNCTAD World Investment Report 2023'e göre 2022 yılı sonu itibariyle güncel iki taraflı yatırım antlaşması sayısı 2.830'dur. Bkz. UNCTAD, World Investment Report: Investing in Sustainable Energy for All, United Nations, 2023, s. 71.

¹⁰² Şit Köşgeroğlu (Model), s. 146-147.

¹⁰³ Vanhonnaeker, L.: *International Investment Agreements, Promoting and Managing International Investment*, Vanduzer, J.A./Leblond, P. Eds., Routledge, 2020, s. 205-206; Tuygun, S.: ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Güncel Yayınevi, 2007, s. 21.

kaynaklı olup olmadığı şeklindedir. Doktrinde, ICSID'in yargılama yetkisini belirlemekten ziyade ICSID Konvansiyonu nezdinde yatırımın taşınması gerekli olan özellikleri ifade ettiği kabul edilen bu kriterler üzerinde hakem heyetlerince yeknesak bir uygulamanın oluştuğundan bahsedebilmek mümkün değildir¹⁰⁴.

Özellikle ICSID tahkimi uyarınca hakem heyetleri önüne gelen uyuşmazlıklarda, yatırıma ilişkin olarak farklı sayı ve kriterde unsurların mevcudiyetini araştırdığı görülmektedir. ICSID Konvansiyonu'nda yatırım kavramına ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmediğinden ötürü hakem kararlarında yeknesak bir uygulamanın oluşmaması ve farklı yönde tahkim kararlarının mevcut olması olağan karşılanmaktadır¹⁰⁵.

ICSID nezdinde yürütülen davalarda hakem heyetleri, önlerine bir uyuşmazlık geldiği zaman öncelikli olarak yargılama yetkisine sahip olup olmadıklarını tespit etmektedirler. Böyle bir tespitte bulunulabilmek için ise ilk olarak çift yönlü yaklaşım (*double bareled test, two-fold test, dual aproach, double keyhole approach*) yöntemini uygulamaktadırlar¹⁰⁶. Bu yaklaşıma göre hakem heyetleri, bir yandan ICSID Konvansiyonu kapsamında bir yatırımın bulunup bulunmadığını incelerken diğer taraftan da uyuşmazlığın ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu kaynak devletin arasında akdedilen iki taraflı yatırım antlaşmasına dayanıp dayanmadığını ve bu antlaşmada öngörülen yatırım kavramı kapsamında bir faaliyetin olup olmadığını incelemektedirler. Bu noktada, taraflar arasındaki yatırım antlaşmasına dayalı uyuşmazlığa konu faaliyet, ev sahibi devlet ile kaynak devlet arasında akdedilen yatırım antlaşması veya ICSID hükümleri çerçevesinde *yatırım* kavramı kapsamında kabul edilmediği takdirde ICSID'in yargılama yetkisi bulunmadığından ötürü ICSID

¹⁰⁴ Yılmaz, s. 41.

¹⁰⁵ Avşar, s. 105.

¹⁰⁶ Wang, s. 113; Çalışkan, s. 108.

tahkime başvurulamayacaktır¹⁰⁷. Ancak taraflarca ICSID tahkim heyeti önüne getirilen uyuşmazlık iki taraflı yatırım antlaşmasına dayanmıyorsa, antlaşmadaki yatırım tanımı dikkate alınmayacaktır¹⁰⁸. Böyle bir durumda ise hakem heyeti, doğrudan yetkisizlik karar vermeyecek, Konvansiyon nezdinde bir yatırım uyuşmazlığı olup olmadığını taraflar arasındaki antlaşma ile birlikte yorumlayarak karar verecektir¹⁰⁹.

ICSID tahkiminde, yatırım kriterlerinin ilk defa *Fedax v. Venezuela*¹¹⁰ davasında tartışıldığı kabul edilmektedir. Bu karar, ICSID Konvansiyonunda yatırım kavramının kapsamını gereksiz yere sınırlandırmamak için bilinçli olarak bırakılan boşluğun doldurulması ve ekonomik gelişmelere paralel olarak yatırım türlerini revize edilmesi hususlarına ön ayak olduğu için önemli görülmektedir¹¹¹. Ancak doktrinde ağırlıklı olarak, hakem heyetinin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığına ve yatırım kavramının tanımlanmasına ilişkin en önemli içtihata *Salini v. Morocco*¹¹² davasında

¹⁰⁷ Avşar, s. 131.

¹⁰⁸ Çalışkan, s.108.

¹⁰⁹ Wang, 165; İzmirli, s. 13; Ayrıca, taraflar arasındaki uyuşmazlık iki taraflı yatırım antlaşmasına dayanmakla beraber ICSID Konvansiyonu nezdinde *yatırım* olarak kabul edilmeyorsa, uyuşmazlığın ICSID Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde çözülme ihtimali bulunmaktadır. Bkz. Gölcüklü, s. 307.

¹¹⁰ Hakem heyeti kararına konu uyuşmazlıkta Venezuela hükümeti tarafından ihraç edilen senetlerin Hollanda merkezli Fedax şirketi tarafından ciro yoluyla edinilmesi işleminin yabancı yatırım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenmiştir. Ev sahibi devlet, uyuşmazlığı konu senetlerin devralınmasının uzun dönemli bir mali kaynak transferi teşkil etmeyeceğini, Hollanda ile aralarında akdedilen iki taraflı yatırım antlaşması çerçevesinde uluslararası hukuk korumasından yararlanmaya kabil bir işlemin mevcut olmadığını ileri sürerek doğrudan yabancı yatırımın bulunmadığını savunmuştur. Hakem heyeti ise, yabancı yatırımın unsurlarına ilişkin olarak; yatırımcının faaliyetinin belirli bir süre devamlılık göstermesini, bu faaliyetin yatırımcıya belirli bir düzende kar veya finansal geri dönüş sağlamasını, bu faaliyet aleyhine risk unsurunun varsayımsal olarak mevcut bulunmasını, yatırımcının önemli bir taahhüt altına girmesini ve yürütülen faaliyetin ev sahibi devletin gelişimi bakımından önem arz etmesini kriter olarak kabul etmiş ve yabancı yatırımın mevcudiyetinden bahsedebilmek için gerekli görmüştür. Neticeten de somut olayda bahsi geçen kriterlerin mevcut olduğundan dolayı yabancı yatırım olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Ancak dava tarafların uzlaşması ile sona ermiş ve 04.02.2004 tarihinde yargılamanın devam ettirilmemesi şeklinde hüküm kurulmuştur. Bkz. Avşar, s. 114-115.

¹¹¹ Yılmaz, s. 39.

¹¹² *Salini Construttori S.P.A. et al v. Kingdom of Morocco (Salini v. Morocco)*, ICSID Case No: ARB/00/4; Davada, yatırımcı İtalyan Şirketleri *Salini ve Italstrade* ile Fas hükümeti tarafından finanse edilen bir kurum arasında otoyol yapım sözleşmesi yapılmış, ancak sözleşmesin ifası esnasında gecikmeler ve teknik aksaklıklardan ötürü uyuşmazlık çıkması üzerine yatırımcı şirketler tarafından ICSID'e başvurulmuştur. Ev sahibi devlet, uyuşmazlık konusu faaliyetin hem ICSID Konvansiyonu hem de İtalya ve Fas arasında akdedilen yatırım antlaşması kapsamında yatırım olarak kabul

yer verildiği kabul edilmektedir¹¹³. Zira, bu dava ile ortaya çıkan içtihata sonraki davalarda da değinilmiş ve *Salini Kriterleri (Testi)* olarak adlandırılmıştır¹¹⁴. Bu davada kabul edilen kriterler ise; yatırımcının yaptığı katkı, faaliyetin belirli bir süre devamlılık göstermesi, faaliyet sebebiyle yatırımcının üstlendiği risk ve yatırımın ev sahibi devlet ekonomisine katkısı şeklindedir¹¹⁵. Esas itibarıyla ICSID Konvansiyonda yatırım kavramına ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamış olması, Salini davası ile hakem heyetinin yabancı yatırımın mevcudiyetine ilişkin bu kriterleri öngörmesine sebebiyet vermiştir.

II. SÖZLEŞME TÜRLERİ

Yabancı yatırımcının ev sahibi devlette gerçekleştireceği faaliyetin niteliğine göre taraflar arasında imzalanan yabancı yatırım sözleşmesinin türünün değiştiği görülmektedir. Genellikle doğal kaynaklara ilişkin yatırım sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi şeklinde iken, altyapı ve kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmeler Yap-İşlet-Devret gibi sözleşmelerle gerçekleştirilmektedir. II no'lu "Tarihsel Gelişim" başlıklı

edilemeyeceğini, taraflar arasındaki inşaat sözleşmelerinin iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan yatırım kapsamında bulunmadığını, ICSID Konvansiyonuna göre de inşaat sözleşmelerinin yatırım oluşturmadığını belirtmiş ve bu sebeple hakem heyetinin yargı yetkisi bulunmadığını ve ev sahibi devlet mahkemelerinin yetkili olduğunu ileri sürmüştür. Hakem heyeti ise, inşaat faaliyetlerinin yatırım olarak ele alınıp alınmayacağına ilişkin birtakım değerlendirmelerde bulunmuş ve neticeden inşaat faaliyetlerinin hem Konvansiyon hem de iki taraflı yatırım anlaşması nezdinde yatırım oluşturduğu tespitinde bulunmuştur Bkz. **Gailard, E. /Banifatemi, Y.:** *Introductory Note To ICSID: Salini Costruttori Spa and Italstrade Spa v. Kingdom of Morocco (Proceeding on Jurisdiction)*, International Legal Materials, Vol. 42, No. 3, 2003, s. 605-608.

¹¹³ Avşar, s. 109; İzmirli, s. 114.

¹¹⁴ Kimi yazarlar ise bu kriterleri, kararda *Fedax v. Venezuela* davasında yapılan tespitlere yer verilmesi sebebiyle *Salini Kriterleri* yerine *Fedax/Salini Kriterleri* olarak adlandırmaktadır. Bkz. Yılmaz, s. 40.

¹¹⁵ Yatırımcı tarafından yapılan katkı ile kastedilenin, yatırımcı tarafından ev sahibi devlette gerçekleştirilen, teknik bilgi ve teknolojinin transfer edilmesi, yatırım için gerekli ekipmanın ve araçların temin edilmesi, nitelikli personel istihdam edilmesi ve organizasyonlar için fon transferi yapılması veya kredi kullanılması gibi faaliyetler olduğu kabul edilmektedir. Bu katkıda bulunma şartının yanı sıra aynı zamanda faaliyetin belirli bir süre devamlılık göstermesi, faaliyetin gerçekleştirilmesine ilişkin yatırımcının birtakım riskleri üstlenmesi ve faaliyetin ev sahibi devlete katkıda bulunması gerektiği öngörülmüştür. Bkz. Gailard/Banifatemi, s. 606-608; Avşar, s. 116-117; Yılmaz, 39-48.

kısımda da detaylıca izah edildiği üzere, zaman içerisinde yabancı yatırım kavramına olan yaklaşımın değişmesiyle beraber yatırım sözleşmeleri de değişikliğe uğramış ve birtakım güncel sözleşme türleri ortaya çıkmıştır¹¹⁶. Çalışmamız kapsamında da hem hakem heyetlerinin kararlarında hem doktrinde üzerinde en çok durulan ve sık rastlanan imtiyaz sözleşmeleri, yeraltı kaynakların çıkarılmasına ve işlenmesine yönelik ortaya çıkan üretim paylaşımı ve servis sözleşmeleri, Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri, ortak girişim sözleşmeleri ve inşaat sözleşmeleri üzerinde durulacaktır.

A. İmtiyaz Sözleşmeleri

İmtiyaz sözleşmeleri, yatırımcıyı, belirli bir süre boyunca bir bölgede bulunan doğal kaynakları arama ve çıkarma konularında belirli bir ücret karşılığında yetkilendirilmesini konu edinen sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır¹¹⁷. Sömürge öncesi dönemden beri kullanılan imtiyaz sözleşmeleri, sömürgecilik faaliyetlerini çağrıştırdığı gerekçesiyle birtakım devletlerce kullanımı terk edilse de bazı devletlerce hali hazırda da kullanımına devam edilmektedir.

Her ne kadar geçmiş dönemlerde kullanılıyor olsa da günümüzdeki kullanımı ve özellikleri geçmişe göre büyük ölçüde değişmiştir. Bu sebeple, bu sözleşme türünü geleneksel imtiyaz sözleşmeleri ve modern imtiyaz sözleşmeleri olarak iki kısımda incelemek faydalı görülmüştür.

¹¹⁶ Voss, J.O.: The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, s. 20; Günümüz itibarıyla yabancı yatırım sözleşmesi türlerinin arasında dikkate değer bir farklılığın bulunmadığı, bu yüzden de sözleşmelerin şeklinden ziyade ekonomik yapısının önem arz ettiği vurgulanmaktadır. Zira, iki farklı ülkede aynı tür sözleşmenin özelliklerinin ve ekonomik şartlarının çok farklı olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Bernardini, s. 166.

¹¹⁷ Bernardini, s. 163.

1. Geleneksel İmtiyaz Sözleşmeleri

Esas itibariyle geleneksel imtiyaz modelinde yatırımcı, çok geniş bir imtiyaz bölgesinde yer alan doğal kaynakları, uzun bir süre boyunca, tekeli bir hakka sahip olarak işletirken, ev sahibi devlete *rödovans* adı altında belirli bir pay karşılığı olarak ödemeler yapmaktadır¹¹⁸. Bu modelde ev sahibi devletler, yatırım faaliyetinin idaresi ve kontrolünde görev alamamakta, hatta önemli kararların alınmasında da söz hakkı bulunmamaktadır¹¹⁹. Kimi sözleşmelerde imtiyaz bölgesi içerisinde yer alan doğal kaynaklar üzerinde mülkiyet hakkına dahi sahip olan yabancı yatırımcı, vergi muafiyeti ve vergisel avantajlar gibi birçok ayrıcalıklara da sahip olmaktadır¹²⁰.

Ancak İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle birlikte imtiyaz sözleşmesinin tarafı olan, bağımsızlığını ilan eden ve bir araya gelerek milletlerarası hukuk nezdinde önemli kararlar aldırarak gelişmekte olan devletler tarafından sözleşmelerin yeniden müzakeresi, uyarlanması veya feshi gibi çeşitli yollarla geleneksel imtiyaz sözleşmelerinin geçerliliğini yitirdiği söylenebilir¹²¹.

2. Modern İmtiyaz Sözleşmeleri

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra imtiyaz sözleşmelerinin özelliklerinin önemli ölçüde değişikliğe uğradığı görülmektedir. Ev sahibi devletlerin doğal kaynakların çıkartılması ve işlenmesine ilişkin kendi mevzuatını oluşturmaları ile beraber imtiyaz sözleşmelerinde de ev sahibi devletlere düşen gelir paylarının arttığı, bu devletlerin imtiyaza konu faaliyetler üzerinde mülkiyet hakkı ve denetim yetkisini elde ettiği

¹¹⁸ Accaoui Lorfing, s. 395.

¹¹⁹ Bernardini, s. 163.

¹²⁰ Şit Köşgeroğlu, s. 78.

¹²¹ Accaoui Lorfing, s. 396.

kabul edilmektedir¹²². Modern anlamda imtiyaz sözleşmelerinin, geleneksel imtiyaz sözleşmelerine göre yabancı yatırımcıya daha kısa süreler için, daha dar bir alanı konu edinen imtiyazlar sağladığı görülmektedir. Ayrıca, geleneksel dönemde yatırımcıya tanınan tekel hakkından vazgeçildiği, daha küçük bir bölgede yer alan faaliyetlerin çeşitli safhalarında (üretim, taşıma vb.) birden çok yabancı yatırımcıya imtiyazlar tanındığı görülmektedir¹²³. Ev sahibi devletin aldığı payın artması, yatırımcıya tanınan vergi muafiyeti ve teşviklerin azaltılması, ev sahibi devlet vatandaşlarının istihdamına ilişkin kotalar belirlenmesi ve sosyal projelere kaynak ayrılması gibi düzenlemelerden ötürü ev sahibi devlet ekonomisine ve gelişimine katkısının geleneksel imtiyaz sözleşmelerine göre daha büyük olduğunu söylemek mümkündür¹²⁴.

B. Üretim Paylaşımı Sözleşmeleri

Özellikle petrol arama ve çıkarma gibi faaliyetlerde gündeme gelen bu sözleşme türü, mülkiyeti devlete ait olan doğal kaynağın, maliyeti ve riski yatırımcıya ait olmak üzere aranması, çıkartılması ve geliştirilmesini konu edinen, yatırımcının da karşılığında üretilen petrolden belirli bir pay aldığı sözleşme olarak ifade edilmektedir¹²⁵. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra imtiyaz sözleşmelerinde meydana gelen değişimle beraber, bazı ülkelerde modern anlamda imtiyaz sözleşmeleri yerine üretim paylaşım sözleşmelerinin tercih edildiği görülmektedir¹²⁶. Bu sözleşmeler, yabancı yatırımcının, mülkiyeti devlete ait olan ve çıkarma imtiyazı genellikle devlet şirketine devredilmiş petrolü, masraflar ve riskler kendisine ait olmak üzere devlet

¹²² Bernardini, s. 163-164.

¹²³ Şit Köşgeroğlu, s. 82.

¹²⁴ Şit Köşgeroğlu, s. 96.

¹²⁵ Sornarajah, s. 117; Bernardini, s. 166.

¹²⁶ Bu model ile beraber özellikle petrol sektöründe imtiyaz sözleşmelerinin kural olmaktan çıktığı kabul edilmektedir. İlk defa 1966 yılında Endonezya'da imzalanmasının akabinde İran, Libya, Malezya, Nijerya, Peru gibi birçok ülke tarafından da kısa süre içerisinde tercih edilmiştir. Bkz. Bernardini, s. 166-167.

şirketi ile imzaladığı sözleşmeye binaen arama ve çıkarma işlemlerinde bulunmasını ifade etmektedir. Bu doğrultuda, yabancı yatırımcı tarafından çıkarılan petrolün belirli bir kısmı yatırımcının masrafları için ayrıldıktan sonra kalan kısım sözleşmede öngörülen biçimde yabancı yatırımcı ile devlet şirketi arasında paylaşılmaktadır¹²⁷. Geleneksel imtiyaz sözleşmelerine kıyasla bu sözleşmelerde petrol yatakları üzerinde mülkiyet ve yönetim hakları devlete ait olduğundan güç dengesinin değiştiği kabul edilmektedir¹²⁸. Ayrıca, ev sahibi devletlerin yabancı yatırımı denetleme yetkisine sahip olması da doğal kaynak rezervlerine sahip gelişmekte olan devletleri bu sözleşmeyi imzalamaya sevk etmiştir¹²⁹.

C. Servis Sözleşmeleri

Doğal kaynaklar üzerinde egemenliğini ilan eden gelişmekte olan devletlerin, petrol vb. doğal kaynakların aranmasına ilişkin coğrafi riski üstlenmek istememelerinden ötürü servis sözleşmeleri gelişmiştir¹³⁰. Bu sözleşme türüne göre yabancı yatırımcı, riski kendine ait olmak üzere ev sahibi devletten doğal kaynak arama faaliyetine ilişkin izin almakta, bu faaliyetin karşılığında da çıkarılan kaynağın belli bir oranını satın alma hakkını elde etmektedir. Bu noktada yabancı yatırımcı, mülkiyeti devlete ait olan doğal kaynağı (özellikle petrolü), bir nevi devlet şirketinin müteahhidi gibi hareket ederek, rezervlerin sondajı veya geliştirilmesi için gerekli operasyonları gerçekleştirir. Yabancı yatırımcı burada, imtiyaz sahibi olmadığı gibi ortak girişimdeki gibi ortak statüsünde de değildir¹³¹. Yabancı yatırımcı risk kendisine ait olmak üzere, gerekli maddi kaynağı da sağlayarak faaliyette bulunur. Bu durumun

¹²⁷ Bernardini, s. 167.

¹²⁸ Sornarajah, s. 117.

¹²⁹ Leung/Wang, s. 831.

¹³⁰ Şit Köşgeroğlu, s. 103.

¹³¹ Bernardini, s. 168.

da neticesi olarak, yabancı şirketin yürüttüğü faaliyetler için yaptığı harcamaların, herhangi bir doğal kaynak çıkarılmadığı takdirde ev sahibi devlet tarafından karşılanmayacağı kabul edilmektedir¹³². Bu sözleşme türünün tipik bir örneği olarak Irak ile Fransa arasında imzalanan servis sözleşmesi gösterilmektedir. Zira, bu sözleşme uyarınca Fransız şirket yatırım için gerekli sermayeyi ortaya koyarken, bağlı ortaklığı da gerekli teknoloji transferini gerçekleştirmeyi üstlenmiş ve üretilen petrolün belirli bir miktarı sözleşmede belirlenen fiyat üzerinden Fransız şirket tarafından satın alınmıştır. Ayrıca, çıkarılan petrolün uluslararası piyasalarda satış yetkisi de Fransız şirkete verilmiş ve satışı gerçekleşen petrolden elde edilen gelirle Fransız şirketin kârı ve masrafları ödenmiştir¹³³.

Servis sözleşmelerini, üretimi paylaşım sözleşmelerinden ayıran en temel farklılık yabancı şirkete yapılan ödeme şeklinin satıştan komisyon alma veya üretilen petrolün belirli bir yüzdesini indirimli olarak satın alma şeklinde olmasından kaynaklandığı kabul edilmektedir. Zira, servis sözleşmelerinde devlet şirketinin bir tür temsilcisi olarak görülen yabancı yatırımcı, ortaya koyduğu hizmetin karşılığında salt ayni veya nakdi bir ödeme almakta, çıkan petrolde herhangi bir söz hakkı bulunmamaktadır¹³⁴. Ancak petrol şirketlerinin çoğunlukla servis ücretinin yanı sıra çıkarılan petrolden de pay almak istemelerinden dolayı yabancı yatırım sözleşmelerinde geri alım (*buy-back*) hükümlerine yer verilmektedir. Böylelikle şirketler, servis ücreti miktarı ile sınırlı olmak üzere çıkarılan petrolün bir kısmını satın alma hakkını elde etmektedir¹³⁵.

¹³² Şit Köşgeroğlu, s.106.

¹³³ Leung/Wang, s. 831.

¹³⁴ Şit Köşgeroğlu, s. 107.

¹³⁵ Leung/Wang, s. 831.

D. Yap-İşlet-Devret ve Benzeri Model Sözleşmeler

Doktrinde Yap-İşlet-Devret (*Build-Operate-Transfer*) sözleşmeleri, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren kamu alt yapı yatırım veya hizmetinin, finansmanının özel hukuk gerçek veya tüzel kişi tarafından karşılanarak yerine getirilmesi, kamu tarafından öngörülen bir süre boyunca işletilmesi, bu süre içerisinde üretilen mal veya hizmetin belirlenen tarife uyarınca kamu kuruluşlarına satılması ve işletilen tesisin öngörülen süresinin sonunda kamu kuruluşuna devredilmesini öngören sözleşmeler şeklinde tanımlanmaktadır¹³⁶. Bu modelde projenin finansmanı, inşası ve işletilmesi yabancı yatırımcı tarafından üstlenilmekte, sözleşmede belirlenen sürenin sonunda ise inşa edilen tesisin ev sahibi devlete devredilmesi öngörülmektedir¹³⁷. Diğer sözleşmeleri türlerine nazaran daha sonraları ortaya çıkan Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri, kamu yatırımlarının gereksinim duyduğu finansmanı sağlaması, projenin hem yatırım hem de işletme aşamasında yabancı yatırımcı tarafından yabancı sermaye, ileri teknoloji, etkin işletme ve yönetim hizmeti sunulmasına imkan tanınması bakımından ev sahibi devletler için faydalı bir model olduğu kabul edilmektedir¹³⁸. Bu sözleşmenin uygulama alanı ise; hidroelektrik tesisler, nükleer santraller, doğal gaz çevrim santralleri, köprü, otoyol, tünel, demiryolu, baraj, içme ve sulama tesisleri,

¹³⁶ **Kaplan, İ.** : İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, 2019, s. 321; Dost, s. 65; Bernardini, s. 168; Benzer şekilde 08.06.1994 tarih ve 21959 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 3996 sayılı “*Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun*” 3/a maddesinde “*İleri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi*” şeklinde tanımlanmıştır; Yap-İşlet Finans Modeli ise, elektrik enerjisi üretim şirketlerinin, elektrik santrallerinin kendi mülkiyetlerinde kendi finansmanları ile kurmaları ve işletmeleri, üretilen elektrik enerjisinin ise uygulama sözleşmesinde belirlenen esas ve usuller çerçevesinde devlete veya devlet kuruluşuna satışını içeren sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Bu sözleşmelerin kullanım alanı ise elektrik enerjisi üretme tesislerinin (termik ve doğal gaz santrallerinin) kurulması ve işletilmesine ilişkindir. Bkz. Kaplan, s. 322-324.

¹³⁷ Voss, s. 24.

¹³⁸ Dost, s. 66.

arıtma tesisleri, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, sivil kullanımına yönelik limanlar gibi yatırım ve kamu hizmetleridir¹³⁹.

Kamuya ait bir yatırımı üstlenen yatırımcı, kamudan herhangi bir avans veya ücret talep etmeksizin yatırımı gerçekleştirmektedir. Bu sebeple, devletlerin yatırım bütçelerinin yetersiz olması halinde, başvurulacak önemli yöntemlerden biri olarak kabul edilmektedir¹⁴⁰. Bu modele göre yatırımcı kazancını, gerçekleştirdiği yatırıma ait tesisi sözleşmede öngörülen süre ve esaslar çerçevesinde işleterek (geçiş ücreti, katılım ücreti vb.) elde etmektedir. Öngörülen işletme süresinin sonunda da işlettiği tesisleri eksiksiz, bakımı yapılmış ve işler durumda kamuya devretmesi öngörülmektedir¹⁴¹.

Bu model çerçevesinde kamu ile yatırımcı arasında akdedilen sözleşme genel itibariyle bir eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Buradaki eser sözleşmesi bir çatı sözleşme olarak ele alınmakta, başka sözleşme çeşitlerini de içeriğinde barındırabilmektedir¹⁴². Bazı yazarlar, yatırımcının ücretini kendi finansmanı ile tamamlamış ve işletilmesi için yetkilendirilmiş tesisten elde etmesinin kamuya ait olan bir yetkinin yatırımcıya devredilmesi anlamına geleceğini ifade ederek bu sözleşmelerin kamu imtiyaz sözleşmeleri olduğunu kabul etmektedir. Ancak bu kamu imtiyazının bir sözleşme tipi olmadığı, sözleşme özgürlüğünün sağladığı serbestlik içinde finansman ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesi amacıyla geliştirilen bir model olduğu doktrinde genel olarak kabul edilmektedir¹⁴³.

¹³⁹ Kaplan, s. 323.

¹⁴⁰ Voss, s. 24; Dost, s. 67.

¹⁴¹ Kaplan, s. 321.

¹⁴² Örneğin, danışmanlık sözleşmesi (*consultant agreement*), inşaat sözleşmesi (*contruction agreement*), işletme sözleşmesi (*operation and maintenance contract*) veya finansman sözleşmesi (*financing contract*) Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin içerisinde yer alabilmektedir. Bkz. Dost, s. 68-69.

¹⁴³ Kaplan, s. 322; Dost, s. 68.

E. Ortak Girişim Sözleşmeleri

Ortak girişim (*Joint Venture*) sözleşmeleri, iki veya daha fazla gerçek ya da tüzel kişinin bir araya gelerek kaynaklarını ve/veya teknolojilerini birleştirmek suretiyle belirli bir amaca ulaşmak için birlikte çalışmalarını konu edinen sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁴. Bu sözleşmeler, konu bakımından her türlü yabancı yatırım sözleşmesini ikame edebildiği için oldukça yaygın görülmektedir¹⁴⁵. Ancak bu sözleşmelerin tercih edilmesinde temel itibariyle iki sebep bulunmaktadır. İlk olarak, tek bir yatırımcının karşılayamayacağı sermaye gerektiren veya yatırımcının üstlenmek istemeyeceği risk barındıran faaliyetlerde, sermaye ihtiyacını veya riski taraflar arasında paylaştırdığı için bu sözleşmeler tercih edilmektedir. İkinci olarak ise, doğal kaynaklar gibi önemli milli değerlerin kontrolünü yabancı yatırımcılara bırakmak istemeyen ev sahibi devletler, milli çıkarlarını korumak amacıyla yabancı yatırımcılar ile bir araya gelerek ortak girişim sözleşmesi imzalayabilmektedir¹⁴⁶. Doktrinde ortak girişimlerin tüzel kişiliğe göre ayrıma tâbi tutulduğu ve farklı yönlerden ele alındığı görülmektedir¹⁴⁷.

¹⁴⁴ **Pritchard, R.:** *The Use of Joint Ventures in FDI*, Economic Development, Foreign Investment and the Law, Pritchard, R. Ed. Kluwer Law International and International Bar Association, 1996, s. 176; Bernardini, s. 166.

¹⁴⁵ Sornarajah, s. 116.

¹⁴⁶ Pritchard, s. 176-177; Özellikle doğal kaynakların araştırılması veya çıkarılmasına yönelik imzalanan ortak girişim sözleşmelerinde ev sahibi devletlerin kurulacak olan ortak girişimde veto hakkını koruyabilmek için hisselerin yarısından fazlasını elinde tutmayı tercih etmektedir. Leung/Wong, s. 830; Pritchard, s. 178.

¹⁴⁷ Tüzel kişiliğe sahip olan ortak girişimler *corporate/ incorporated/equity joint venture* olarak adlandırılırken, tüzel kişiliğe sahip olmayanlar *partnership/ contractual/ unincorporated joint venture* şeklinde adlandırılmaktadır. Söz konusu ayırım ve farklı ortak girişim türlerinin avantajları için Bkz Pritchard, s. 179-184.

F. İnşaat Sözleşmeleri

Temel anlamıyla inşaat sözleşmeleri, yapı sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bir bedel karşılığında müteahhidin bir yapıyı inşa edip teslim etmeyi üstlendiği, iki tarafa karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler şeklinde tanımlanabilir¹⁴⁸. İnşaat sözleşmelerinin yabancı yatırım sözleşmesi olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu tartışmalıdır¹⁴⁹. Bu noktada genellikle inşaat sözleşmeleri ile yabancı yatırımcının gerçekleştireceği faaliyetin niteliği üzerinde durulduğu görülmektedir. Zira inşaat sözleşmeleri, salt basit bir yapının kısa sürede inşasından ziyade teknoloji ve *know-how* gerektiren, belirli bir süreye yayılan ve yatırımcının belirli riskleri üstlenmesini öngören faaliyetlerin gerçekleştirilmesini konu ediniyorsa, çoğunlukla yabancı yatırım sözleşmesi olarak kabul edilmektedir¹⁵⁰.

III. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

Temel anlamıyla yabancı yatırım sözleşmelerinin tarafları, yatırımı gerçekleştiren yatırımcı sıfatına haiz gerçek veya tüzel kişi ile ülkesinde yatırım gerçekleştirilen ev sahibi devlettir.

A. Yabancı Yatırımcı

Bir yatırımın yabancı yatırım olarak kabul edilebilmesi ve yatırımcının bir uluslararası anlaşmanın getirdiği koruma rejiminden yararlanabilmesi için, ilk olarak

¹⁴⁸ Kaplan, s. 47.

¹⁴⁹ Wong, s. 7.

¹⁵⁰ **Dunham, P./Represa, J.M.G.:** *Construction Arbitration and Concession Contracts*, The Guide to Construction Arbitration, Global Arbitration Review, Brekoulakis, S./Thomas, D.B. Eds. 2018, s. 226-228; Uyuşmazlık konusu inşaat sözleşmelerine konu faaliyetlerin hakem heyetlerince yatırım olarak kabul edildiği kararlar için Bkz. *Salini v. Morocco*; *Beifing Urban Construction Group Cp Ltd v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/03/16; *Pantechniki S.A. v. Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21; Dunham/Represa, s. 226.

yatırımcının yabancı olması ve anlaşmada öngörülen *yatırımcı* tanımını karşılaması gerekmektedir.

Egemen devletler, bir gerçek ya da tüzel kişiliğe tâbiyet tanıma hususunda özgürdürler. Bu sebeple devletler, vatandaşlık tanıyacağı kişileri iç hukuk yoluyla düzenleyebileceği gibi iki taraflı yatırım antlaşmaları ile de kararlaştırabilirler¹⁵¹.

Antlaşmalarda *yatırımcı* kavramı farklı biçimlerde tanımlanabilmektedir. Genel itibariyle *yatırımcı* kavramı, âkit devletlerin tâbiyetinde bulunan gerçek kişiler ile tarafların yürürlükteki hukukuna göre kurulan veya tüzel kişilik kazanan şirketleri veya iş ortaklarını içermektedir¹⁵². Bu tanımdan da hareketle, yabancı yatırım sözleşmelerine taraf olan yabancı yatırımcıları gerçek kişi yatırımcı ve tüzel kişi yatırımcı şeklinde ele almak mümkündür.

1. Gerçek Kişi Yatırımcı

Uluslararası hukukta her devlet, vatandaşlık tanıyacağı kişileri belirleme noktasında serbestiye sahip olduğu ve bu serbesti uyarınca belirlenen kriterlerin milletlerarası hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmediği sürece diğer devletlerce saygı gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁵³. Ancak bir gerçek kişinin birden fazla ülke vatandaşı olması halinde, hangi ülkenin diplomatik koruma hakkından yararlanabileceği hususu tartışmalıdır. Bu tartışmalar esas itibariyle; birden çok ülkenin vatandaşı olan gerçek kişinin, vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu tüm devletlerin diplomatik korumasından yararlanıp yararlanamayacağı ve *Hâkim/Etkin Vatandaşlık*

¹⁵¹ Doktrinde, sermaye ihraç eden devletlerin geniş bir *yatırımcı* tanımı yapma eğiliminde oldukları ifade edilirken, sermaye ithal eden devletlerin dar kapsamlı tanımları tercih ettikleri ifade edilmektedir. Bkz. Akıntürk/Baklacı, s. 492.

¹⁵² Wong, s. 88.

¹⁵³ Wong, s. 90.

(*Dominant or Effective Nationality*) gibi özel birtakım bağların aranıp aranamayacağı noktasında toplanmaktadır¹⁵⁴.

Bir diğer tartışma ise, birden çok ülke vatandaşlığı olan bir kişinin, vatandaşı olduğu bir devlete karşı taleplerine ilişkin vatandaşı olduğu diğer bir devletin diplomatik korumasından faydalanıp faydalanamayacağına ilişkindir. Bu konuda Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu, 2006 tarihli Diplomatik Koruma'ya İlişkin Taslak Metninin 7. maddesinde; bir devletin, vatandaşına karşı bir zararın meydana geldiği ve bu zarara ilişkin talepte bulunduğu anda hâkim vatandaşlığı bulunmuyorsa, kişinin vatandaşlığı olan diğer bir devlete karşı diplomatik koruma sağlayamayacağı ifade edilmiştir¹⁵⁵. Uygulamada çoğunlukla hâkim veya etkin vatandaşlığın esas alınmasının tercih edildiği, diplomatik korumayı tümüyle reddeden sorumsuzluk kuralının ise pek fazla uygulanmadığı ifade edilmektedir¹⁵⁶.

İki taraflı yatırım antlaşmalarında da yatırımcı tanımına yer verilmekle beraber, gerçek kişilerin milliyetine ilişkin yer verilen düzenlemelerde genellikle ilgili devletlerin iç mevzuatına atıf yapıldığı görülmektedir¹⁵⁷. Ancak istisnai olarak, bazı antlaşmalarda ilgili devlet hukukuna göre vatandaş olmasının yanı sıra ikamet yeri veya daimi yerleşik yer gibi başkaca kriterlere değinildiği görülmektedir. İstisnai olarak bazı iki taraflı yatırım antlaşmalarında belirlenen bu kriterlerin, bu antlaşmaya

¹⁵⁴ Vanhonnaeker, s. 203.

¹⁵⁵ Söz konusu taslakta 7. madde şu şekildedir: “Bir devlet kendi tâbiyetine hem zararın meydana geldiği hem de resmi talepte bulunulduğu tarihte üstün olmadıkça, kişinin aynı zamanda tâbiyetine sahip bulunduğu bir başka devlete karşı diplomatik koruma sağlayamaz”. Taslağın İngilizce metni için Bkz. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf (E.T.: 15.05.2023).

¹⁵⁶ Wong, s. 90.

¹⁵⁷ Örneğin, Türkiye ile Avusturya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşması'nın 1(2)(a) maddesinde gerçek kişi yatırımcı, “Âkit Taraflardan birinin meri kanunlarına göre o Âkit Tarafın vatandaşı sayılan ve diğer Âkit Tarafın ülkesinde yatırım yapan gerçek kişi...” şeklinde tanımlanmıştır. Antlaşmanın Türkçe ve İngilizce metni için Bkz. <http://ua.mfa.gov.tr> (E.T.: 10.04.2023).

dayalı talepleri içeren uyuşmazlıklarda kişi bakımından yetki hususunda dikkate alınacağı ve öncelikli olarak uygulanacağı hususu önem arz etmektedir¹⁵⁸.

Benzer şekilde Enerji Şartı Antlaşmasının 1(7)(a)(i) maddesinde yer verilen gerçek kişi yatırımcı tanımında; bir taraf devletin vatandaşlığına ya da tâbiyetine sahip olan kişilerin yanı sıra taraf devletin mevzuatına uygun şekilde o taraf devlette sürekli olarak ikamet eden gerçek kişiler yatırımcı olarak kabul edilmiştir.

ICSID Konvansiyonunda ise yabancı yatırımcı tanımına yer verilmemiştir. Ancak ICSID'in yargılama yetkisinin öngörüldüğü 25(2)(a) maddesinde ICSID'in kişi bakımından yetkili olabilmesi için gerçek kişinin tahkim rızasını beyan ettiği ve ICSID'in tahkim talebini kayda aldığı tarihte taraf devletlerden birinin vatandaşı olması gerekmektedir. Bu gerekliliğin yanı sıra aynı maddede, gerçek kişinin ev sahibi devletin de vatandaşı olmaması gerektiğine yer verilmiştir. Bu hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, milletlerarası hukukta baskın görüş olarak kabul edilen hâkim vatandaşlık kriteri ICSID nezdinde kabul görmemiş ve gerçek kişinin hem kaynak ülke hem de ev sahibi ülkenin vatandaşı olması halinde dava açma hakkı bulunmadığı kabul edilmiştir¹⁵⁹.

Davalı ev sahibi devlet haricinde birden çok ülke vatandaşı olan gerçek kişilerin hangi devlet vatandaşlığından yararlanıp ICSID nezdinde dava açıp açamayacakları hususu da hakem heyetlerince geniş yorumlanmış ve iki taraflı yatırım antlaşmalarındaki ilgili hükümler göz önünde tutulmak suretiyle etkin vatandaşlık testi reddedilerek yatırımcının istediği vatandaşlığa dayanarak talepte bulunması kabul edilebilir görülmüştür¹⁶⁰.

¹⁵⁸ McLachlan/Shore/Weiniger, s. 132.

¹⁵⁹ Gölcüklü, s. 299.

¹⁶⁰ Gölcüklü, s. 300.

2. Tüzel Kişi Yatırımcı

Gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de yatırımcı sıfatını haiz olabilir ve yabancı yatırım sözleşmelerine taraf olabilirler. Milletlerarası hukukta tüzel kişilerin tâbiyetin belirlenmesi hususu, günümüzde tüzel kişilerin farklı şekilde organize olup faaliyet gösterebilmeleri sebebiyle pek kolay değildir¹⁶¹. Gerçek kişilerin tâbiyetinin tespitinde göz önünde tutulan hususlara (ikametgâh, nüfus kaydı, pasaport vb.) nazaran tüzel kişilerin tâbiyetinde çok daha tartışmalı olan kuruluş yeri, merkez yeri ve kontrol sistemi gibi unsurlar dikkate alınmaktadır. Bu durumda, her somut olay nezdinde taraflar arasında uygulanacak olan ikili veya çok taraflı yatırım antlaşmaları ve yerel mevzuatın göz önünde tutularak tüzel kişilerin tâbiyetinin araştırılmasına ve yatırımcı sıfatına haiz olup olmadığına bakılması tercih edilmektedir¹⁶².

İki taraflı yatırım antlaşmalarında şirketlerin tâbiyetini belirlemek için kuruluş yeri, merkez yeri ve kontrol sistemi gibi birtakım kriterlerin belirlendiği görülmektedir. Kuruluş yeri kriterine göre; bir taraf devletin yürürlükte bulunan kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişi, o devletin yatırımcısı olarak kabul edilmektedir. Ancak bazı yatırım antlaşmalarında, antlaşmaya taraf devletlerden birinde kurulmuş olmakla birlikte antlaşmaya taraf olmayan üçüncü devletlerin vatandaşlarına ait olan veya bu vatandaşlar tarafından kontrol edilen şirketlerin, antlaşma kapsamındaki korumalardan faydalanmasını engellemek adına yatırım antlaşmalarına *Faydaların Reddi (Denial of Benefits)* kaydı konulabilmektedir¹⁶³. Merkez yeri kriterine göre ise tüzel kişi, merkezinin bulunduğu ya da idare edildiği

¹⁶¹ Vanhonnaecker, s. 204; Akıntürk/Baklacı, s. 492; Bir şirketin kuruluş yerinin bir ülkede, idari işlerinin yürütüldüğü veya kontrol edildiği yerin başka bir ülkede, ağırlıklı olarak faaliyetlerini gerçekleştirdiği yerin ise üçüncü bir ülkede olma ihtimali bu durumun temel sebebini teşkil etmektedir.

¹⁶² Gölcüklü, s. 301.

¹⁶³ Vanhonnaecker, s. 204; Faydaların Reddi Kaydı hakkında detaylı bilgi için Bkz. UNCTAD (Scope and Definition), s. 18; **Kaya, T.:** *Ticaret Şirketleri Bakımından Tâbiyet Planlaması ve Uluslararası Yatırım Hukuku Açısından Doğurduğu Sonuçlar*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 4, 2021, s. 90-94.

ülkenin yatırımcısı olarak kabul edilmektedir. Bu kriterin öngörülmesindeki esas amaç, yatırım antlaşmasının korumasından faydalanmak üzere paravan şirket kurarak veya edinerek uluslararası hukukun sağladığı koruma mekanizmalarından yararlanmak isteyen yatırımcıların önüne geçmektir¹⁶⁴. Bu sebeple, çoğunlukla bu kriterin kuruluş yeri kriteri ile beraber öngörüldüğü görülmektedir¹⁶⁵. Son olarak, bir taraf devletin yatırımcılarının asgari bir oranda hisse sahibi veya oy haklarını kontrol ettiği bir malvarlığının bulunmasını öngören kontrol kriterine, genellikle yatırımcı tanımını genişletmek amacıyla kuruluş yeri ve merkez yeri kriterine ilaveten yer verildiği görülmektedir¹⁶⁶.

Kişi bakımından yetki hususunun düzenlendiği ICSID Konvansiyonunun 25(2) maddesinde tüzel kişiler bakımından tâbiyetinin belirlenmesine yönelik herhangi bir kriter öngörülmemiştir. Ancak hakem heyetleri kararlarında baskın görüş tescil yeri ve yönetim merkezi kriterinin uygulanması şeklindedir¹⁶⁷.

Enerji Şartı Anlaşmasının 1(7)(a)(ii) maddesinde tüzel kişi yatırımcı, “*Bir âkit tarafın yürürlükteki hukukuna göre kurulmuş bir şirket ya da başkaca bir kuruluş anlamındadır*” şeklinde tanımlanmıştır¹⁶⁸. Bu maddeden anlaşıldığı üzere Anlaşmada merkez yeri veya kontrol sistemi gibi kriterlere yer verilmeksizin salt kuruluş yeri kriteri tüzel kişi yatırımcı sıfatına haiz olabilmek için yeterli görülmüştür.

USMCA’nın 1(5) maddesinde ise tüzel kişi “*kuruluş, her türlü şirket, tröst, ortaklık, şahıs şirketi, ortak girişim, birlik ya da diğer kuruluşlar dahil olmak üzere,*

¹⁶⁴ İlhan, E.D.: *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları ve Yatırım Tahkimi Yargılamasında Karşılaşılan Sorunlar*, TBB Dergisi S. 158, 2022, s. 436.

¹⁶⁵ Kaya, s. 69.

¹⁶⁶ Kaya, 76-77.

¹⁶⁷ Sinclair, A.: *The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration*, ICSID Review Foreign Investment Law Journal, Vol. 20, No. 2, 2005, s. 371; Bu yönde ICSID hakem heyetlerinin vermiş olduğu kararlar için Bkz. Kaya, s. 78-85; Gölcüklü, s. 301-304.

¹⁶⁸ Anlaşmanın Türkçe metni için Bkz. <http://ua.mfa.gov.tr> (E.T.: 19.12.2022). Antlaşmanın İngilizce metni için Bkz. <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> (E.T.: 19.12.2022).

kar amaçlı olup olmadığına ve özel ya da devletin mülkiyetinde ya da kontrolünde olup olmadığına bakılmaksızın, uygulanabilir hukuka göre kurulmuş ya da teşekkül etmiş her türlü işletme anlamındadır” şeklinde tanımlanmıştır¹⁶⁹.

Bazı durumlarda, yabancı yatırımcıya ülkeye giriş koşulu olarak yerli bir yatırımcı ile ortak girişim kurması şartı aranabilmektedir¹⁷⁰. Bu ihtimalde, yatırımı gerçekleştiren şirketin yabancı bir şirket olarak kabulü mümkün olmayacağından, uluslararası korumalardan yararlanıp yararlanamayacağı meselesi gündeme gelmektedir. Bu duruma ilişkin olarak ICSID Konvansiyonunun 25 (2) (b) maddesinde özel bir düzenleme öngörülmüştür. Bu hükme göre, ev sahibi ülke sınırları içerisinde gerçekleştirilen faaliyetlerin ev sahibi ülkede kurulan şirket eliyle gerçekleştirilmesine rağmen bu şirketin kontrolünün başka bir ülke vatandaşında olması halinde söz konusu şirket, konvansiyon nezdinde yerli yatırımcı olarak değil yabancı yatırımcı olarak kabul edilecektir. İkili yatırım antlaşmalarında da bu yönde hükümlere yer verildiği görülmekle beraber sırf ICSID tahkime başvuru imkanını elde edebilmek için yerli şirketin kontrolünün görünürde yabancıya devredilmesi halinde şirketin, Konvansiyonunun sağladığı korumalardan yararlanamayacağı kabul edilmektedir¹⁷¹.

Uluslararası Adalet Divanı’nın *Barselona Traction*¹⁷² davasında ise, bir ülkede kurulmuş şirketin bir başka ülke vatandaşı olan hissedarlarının, uluslararası teamül hukuku kurallarına göre korunması mümkün görülmemiştir¹⁷³.

¹⁶⁹ Antlaşmanın İngilizce metni için Bkz. <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between> (E.T.: 05.04.2023).

¹⁷⁰ Tiryakioğlu, s. 172-173.

¹⁷¹ Sinclair, s. 371-372.

¹⁷² *Barcelona Traction Light and Power Co. (Barcelona Traction), Limited, Judgment*, ICJ Reports 1970. Karar için Bkz. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> (E.T.: 30.06.2023).

¹⁷³ *Barcelona Traction* Şirketinin Kanada kanunlarına göre kurulması ve Şirketin merkez ofisinin de Kanada’da bulunması gerekçeleriyle Şirketin Kanada tâbiyetinde olduğunu tespit eden Uluslararası Adalet Divanı, Şirket hissedarlarının çoğunluğunun Belçika vatandaşı olması sebebiyle vatandaşı oldukları devlet üzerinden diplomatik himaye yoluna başvurulmasını Belçika’nın dava yetkisine (*jus standi*) sahip olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Ancak bu karar doktrinde yabancı yatırımcıların korunması açısından yeterli güvenceyi sağlamadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu karardan sonra devletler, ikili yatırım antlaşmalarında şirket hissedarlarının da yatırımın korunmasına ilişkin maddi

B. Ev Sahibi Devlet

Yabancı yatırım sözleşmelerinin taraflarından biri de ev sahibi devletlerdir. Küreselleşme ile beraber dünya genelinde rekabetin artması, gelişmekte olan devletleri yabancı yatırımları çekmek için birtakım hukuki ve ekonomik düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir. İşsizlik ve istihdam sorunları, yeterli hammadde ve doğal kaynağa sahip olunmasına rağmen üretim problemleri, üretim için yeterli teknolojik alt yapının bulunmaması gibi birçok etken, ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcıları çekebilmek için gerekli düzenlemeleri yapmasına motivasyon sağlamaktadır. Zira yabancı yatırımlar ile devletler, ülkede yaşanan ekonomik ve buna bağlı olarak siyasi istikrarın sağlanması, istihdam yolu ile sosyal gelişim ve kalkınmanın artırılması, ülkedeki gelir dağılımındaki dengesizliğin önüne geçilmesi ve yabancı yatırımcı ile yerli yatırımcı arasında rekabet ortamı oluşturarak daha kaliteli ürünleri daha ucuza üretme hedeflerine ulaşmayı amaçlamaktadır¹⁷⁴.

Devlet, yabancı yatırım sözleşmelerine bizzat taraf olabileceği gibi devletin organları veya devlete ait şirketler de taraf olabilmektedir. Bu hususta devletin yabancı yatırım sözleşmesine bizzat taraf olup olmadığı hususu pek çok durumda belirsizlik arz etmektedir. Nitekim devletler de çoğu zaman, özel hukuk tüzel kişileri gibi temsil yetkisine sahip temsilcileri ve organları vasıtasıyla hareket etmektedir¹⁷⁵.

Devletlerin yatırım sözleşmelerine bizzat taraf olup olmadığı hususundaki belirsizlik, devletin yatırım ilişkilerindeki rolünün esas itibariyle iki yönü bulunmasından kaynaklanmaktadır. İlk olarak devletin, yatırımları düzenleyici rolü

hükümlerden yararlanabileceğine açıkça yer vermeye başlamıştır. Bkz. **Söyler, Y.:** *Barcelona Traction Davası ve Uluslararası Hukuka Etkisi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19. S. 3, 2015, s. 209-214.

¹⁷⁴ Tuygun, s. 23.

¹⁷⁵ Dumberry, s. 217; Voss, s. 25.

bulunmaktadır. Devlet, yatırıma ilişkin olarak düzenleyici tedbirler olarak egemen yetkilerini kullanma gücüne sahiptir. Bu gücünü devlet, kanuni düzenlemeler yapma yoluyla kullanabileceği gibi ruhsat/lisans/izin verme şeklinde de kullanabilir. Böyle bir durumda devletin, yatırım sözleşmesinin tarafı sıfatıyla değil, egemen otorite sıfatıyla kamu yararına sözleşme dışı düzenleyici işlem yapma yetkisini kullandığı kabul edilmektedir. İkinci olarak devlet, yabancı yatırım sözleşmelerinin bizzat tarafı olabileceği gibi devlet adına hükümetin, ilgili bakanlığın veya devlet teşekküllerinin sözleşmeye taraf olması da mümkündür¹⁷⁶.

Yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından genellikle devletlerin, özelleştirme akımı, bürokrasinin işleyişinin yavaş ve hantal olması, yatırımların gereklerini karşılayamaması gibi gerekçelerle kamu hukuku veya özel hukuk hükümlerine tâbi olarak kurulan ve sermayesi devlete veya devlet kuruluşlarına ait olan devlet şirketleri eliyle hareket ettiği görülmektedir¹⁷⁷.

Her ne kadar milletlerarası hukukta devletlerin hukuka aykırı eylemlerden ötürü sorumluluğu hususunda, eylemi gerçekleştiren devlet organının devleti temsile yetkili olup olmadığı incelenmeksizin söz konusu devlet organının *görünürdeki yetkisinin* (*apparent authority*) mevcudiyeti hukuka aykırı eylemin devlete atfedilebilmesi için yeterli kabul edilse de, yatırımdan doğan uyuşmazlıklarda devletlerin bizzat taraf olmadığı yabancı yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda sorumlu olup olmayacağı ve sözleşmesel yükümlülük altına girip girmeyeceği hususları tartışmalıdır¹⁷⁸. Devlet organlarının yanı sıra, devlet

¹⁷⁶ Şit Köşgeroğlu, s. 31-32.

¹⁷⁷ Şit Köşgeroğlu, s. 31.

¹⁷⁸ **Feit, M.:** *Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity*, Berkeley Journal of International Law, Vol 28. No. 1, 2012, s. 143; Enerji Şartı Anlaşmasına dayanarak başlatılan uyuşmazlıklar bakımından ise, Anlaşmanın 22. ve 23. maddelerinde taraf devletlerin teşebbüslerinin ve şirketlerinin işlemlerinden doğrudan doğruya sorumlu olacaklarına dair hükme yer verilmesi, Enerji Şartı Anlaşması bakımından konunun açıklığa kavuşturulmasını sağlamıştır. Bkz. Feit, s. 146.

şirketlerinin ve belediyeler gibi devletin siyasi alt birimlerinin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması ve ticari faaliyetlerde bulunabiliyor olması bu tartışmaların temel sebebini oluşturmaktadır. Her ne kadar bağlayıcılığı bulunmasa da Uluslararası Hukuku Komisyonu'nun 2001 tarihli "Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemleri Nedeniyle Devletin Sorumluluğu" (*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*)¹⁷⁹ düzenlemesinin bu konuda yol gösterici mahiyette önemli olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁰. Doktrinde ise devletlerin bizzat taraf olmadığı yabancı yatırım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların yatırım tahkimi önünde görülebilmesi için tüzel kişilik perdesinin aralanması, kamu gücünün kullanılması, sözleşme ihlalinin devlete atfedilebilir bir eylem olması ve milletlerarası hukuk kuralının ihlal edilmiş olması gibi şartlarının arandığı görülmektedir¹⁸¹.

Yabancı yatırımcı ile devlet şirketleri arasındaki sözleşmeden doğan taleplere yönelik uyuşmazlığın yatırım tahkimine götürülebilmesi için öngörülen yollardan bir tanesi de şemsiye hükümlerdir. Bu husus ikinci bölümde ele alınacaktır.

¹⁷⁹ Söz konusu taslağın 4-11. maddelerinde devletlere sorumluluk yüklenmesi hususu ele alınmıştır. Taslağın İngilizce Metni için Bkz.

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (E.T.: 07.06.2023).

¹⁸⁰ Şit Köşgeroğlu, s. 39.

¹⁸¹ Feit, s. 143 vd.; Comeaux/Kinsella, s. 33.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMESEL TALEPLERİN YATIRIM TAHKİMİ ÖNÜNDE KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ VE ŞEMSIYE HÜKÜMLERİN İŞLEVİ

I. YATIRIM UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM VE HAKEM HEYETLERİNİN YETKİSİ

A. Yatırım Tahkiminin Esasları

1. Genel Olarak

En temel anlamı itibariyle tahkim, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı devlet mahkemeleri yerine, kendileri tarafından seçilen ve hakem olarak adlandırılan kişilere sunduğu uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ifade edilmektedir¹⁸². Bu kavram, çeşitli yönlerden ayrıma tutularak birtakım kategorilere ayrılmaktadır. Örneğin, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların ele alınması hali uluslararası tahkim olarak adlandırılırken¹⁸³ yabancılık unsuru bulunmaması halinde ulusal tahkim terimi kullanılmaktadır¹⁸⁴. Benzer şekilde uyuşmazlığın tarafları ve karakterine göre de, yabancılık unsuru içeren ve devletlerarası uyuşmazlıkları konu alanlar devletlerarası tahkim¹⁸⁵, yabancılık unsuru içeren fakat ticari uyuşmazlıkları konu alanlar ise uluslararası ticari tahkim olarak adlandırılmaktadır¹⁸⁶. Bir başka kategoriye göre ise

¹⁸² Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 5; Tiryakioğlu, B.: *Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi*, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları C. 1, S. 2, 2007, s. 171, (Yatırımlar).

¹⁸³ Şanlı, C./ Esen, E./ Ataman Fıganmeşe, İ.: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 2021, s. 758; Nomer, E.: Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınları, 2017, s. 556.

¹⁸⁴ Arslan, R./ Yılmaz, E./ Taşpınar Ayvaz, E./ Hanağası, E.: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2018, s. 779.

¹⁸⁵ Pazarcı, H.: Uluslararası Hukuk, Turhan Kitapevi Yayınları, 2017, s. 432.

¹⁸⁶ Ataman Fıganmeşe, İ.: *Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar*, MHB, Y. 31, S. 1, 2012, s. 93.

tahkim, usuli işlemlerin belirli bir kurum tarafından idare edilmesi halinde kurumsal tahkim, belirli bir kurumun kurallarından bağımsız olarak yürütülen tahkim yöntemi ise *ad hoc* tahkim olarak belirtilmektedir¹⁸⁷.

Konumuz bakımından önem arz eden tahkim türü ise yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının giderilmesi için başvurulacak çözüm yöntemi olan yatırım tahkimidir. Yatırım tahkimi en temel anlamıyla yabancı yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasındaki yatırımdan doğan uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntem olarak ifade edilebilir¹⁸⁸. Tarafları yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet olan yatırım tahkimi esas itibarıyla yabancı yatırımcıların ev sahibi devlette gerçekleştirdiği yatırımlardan doğan uyuşmazlıkları konu almaktadır.

Yatırım tahkimin, diğer tahkim türlerinde olduğu gibi birbirinden bağımsız ve birbirinden farklı tahkim kurallarına tâbi biçimde *ad hoc* olarak veya farklı tahkim merkezlerinin kurallarına göre yürütülmesi mümkündür¹⁸⁹. Bu cümleden olarak yatırım uyuşmazlığının, ICSID’de görülmesi, ICC tahkiminde görülmesi veya Stocholm Ticaret Odası Tahkim Kurallarına ya da UNCITRAL *Ad Hoc* Tahkim Kurallarına tâbi olarak görülmesi mümkündür. Zira, yatırım antlaşmalarının büyük bir çoğunluğunda da taraflara kurumsal veya *ad hoc* tahkim yoluna başvurma olanağı tanınarak ICSID, ICC ve SCC bünyesinde gerçekleşecek olan tahkim usullerini ve UNCITRAL Tahkim Kurallarını tercih etme yolu açılmaktadır. Ancak yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin birçok merkez ve alternatif usul öngörülmüş olsa da uyuşmazlıkların genellikle ICSID nezdinde görüldüğünü

¹⁸⁷ **Tahmaz, A.:** *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Ticari Tahkim Arasındaki Farklara Genel Bir Bakış*, Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu 11-12 Ekim 2019, Orhan, U./ Göka, M.E./ Göztepe, E. Eds., On iki Levha Yayıncılık, 2020, s. 365.

¹⁸⁸ **Bungenberg, M./ Griebel, J./ Hobe, S./ Reinisch, A.:** *General Introduction to International Investment Law*, International Investment Law, Bungenberg, M./Griebel, J./ Hobe, S./ Reinisch, A. Eds., C.H.BECK-Hart-Nomos, 2015, s. 1.

¹⁸⁹ Ataman Figanmeşe, s. 95.

söylemek mümkündür¹⁹⁰. Bu durumun temel sebebi olarak, Dünya Bankasının bir kuruluşu olan ICSID nezdinde yürütülen hakem kararlarının tenfiz edilmeksizin ICSID’e taraf olan tüm devletlerde icra kabiliyetine sahip olması, yargılama esnasında verilen bir tedbir kararının ICSID’e taraf olan tüm devletlerde geçerli olması, hakem kararlarına yönelik iptal taleplerinin taraf devlet mahkemelerinden ziyade ICSID iç mekanizmalarıyla karara bağlanıyor olması ve hakem kararlarının yayınlanması sebebiyle şeffaf bir yargılama sunması gösterilmektedir¹⁹¹.

Bu noktada değinilmesi gereken önemli bir husus, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi halinde tahkim usulüne uygulanacak hukuktur. Zira, belirlenen tahkim usulüne uygulanacak hukuk (*lex arbitri*), hakem heyetinin oluşturulması, hakemlerin sayısı ve atanması, kararların biçimi gibi tahkim işleyişine ilişkin tüm hususları ele almaktadır¹⁹². Devlet mahkemesinde yargılamalarına kıyasla tahkim yolunda taraflar usule uygulanacak hukuku seçme hakkına sahip olduğu gibi taraflarca herhangi bir seçim yapılmadığı takdirde usule uygulanacak hukuk hakem veya hakem heyetleri tarafından belirlenmektedir¹⁹³. Bu noktada, usule uygulanacak kurallar antlaşmalarda açıkça yer verilerek belirlenebileceği gibi antlaşma doğrultusunda başvurulabilecek tahkim kurumlarına değinmek suretiyle de belirlenebilmektedir¹⁹⁴.

İster tahkim yargılamasında görev alan bir hakem heyeti isterse devlet yargılamasındaki hâkim olsun, uyuşmazlık çözüm merciinin önüne gelen uyuşmazlığı inceleme ve çözüme kavuşturma konusundaki hakkı *yetki* olarak ifade edilmektedir¹⁹⁵.

¹⁹⁰ 1966-2022 tarihleri arası ICSID merkezi nezdinde görülen uyuşmazlık sayısı 910’dur. Bkz. The ICSID Caseload-Statistics, 2023-1, s.7. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf (E.T.: 07.07.2023).

¹⁹¹ Ataman Figanmeşe, s. 98-99.

¹⁹² Tahmaz, s. 376.

¹⁹³ Ataman Figanmeşe, s. 114-115.

¹⁹⁴ Yatırım tahkiminde uygulanacak kurallara ilişkin detaylı bilgi ve tartışmalar için Bkz. **Kjos, H.E.**: Applicable Law in Investor- State Arbitration: The Interplay Between National and International Law, Oxford Monographs in International Law, 2013.

¹⁹⁵ Gölcüklü, s. 290.

Rızai bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim yolunda hakem heyetlerinin yetkili olabilmesi için taraflarca yetkilendirilmiş olmaları gerekir. Tahkim yoluna başvurulması halinde hakem heyetlerinin yetkisi, taraflar arasında imzalanan tahkim anlaşması uyarınca belirlenmektedir. Ancak yatırım tahkiminde, yetkiye yönelik konulara ilişkin birtakım farklı kuralların öngörülmesi, yetki incelemesinin yatırım antlaşmaları veya devletlerin yatırıma ilişkin iç mevzuatı da dikkate alınarak geniş bir çerçevede yapılıyor olması bu durumu oldukça tartışmalı kılmaktadır. Zira birçok tahkim yargılamasında, hakem heyetlerinin yetkisine ilişkin itirazlar gelmekte, hakem heyetleri de yetkiye ilişkin bu itirazları *Kompetenz-Kompetenz* ilkesi¹⁹⁶ gereği karara bağlamaktadır. Bu doğrultuda, önüne gelen uyuşmazlıktaki yetki itirazını değerlendiren hakem heyetleri, itirazı yerinde görmezse uyuşmazlık konusu taleplerin kabul edilebilirliğine ilişkin bir araştırmaya başlayabilmektedir. Ancak hakem heyeti yetki itirazı üzerine kendisinin yetkisiz olduğu sonucuna varırsa, tarafların uyuşmazlığa konu taleplerini incelemeye başlamadan uyuşmazlıktan elini çekecektir.

Yatırım tahkiminde hakem heyetlerinin yetkisi de esas itibariyle üç unsur üzerinden incelenmektedir. Bunlar; tahkime rıza, kişi bakımından yetki (*ratione personae*) ve konu bakımından yetki (*ratione materiae*) unsurlarıdır.

Kişi bakımından yetki unsuru, tarafların tahkim usulüne taraf olmaya ehil olmalarını ifade etmekte olup, yatırım tahkimi bakımından da tahkim yargılamasına taraf olabilecek kişiler uyuşmazlığa konu faaliyeti gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi yabancı yatırımcı ile faaliyetin gerçekleştirildiği ev sahibi devlettir. Tezimizin “Sözleşmelerin Tarafları” başlıklı III. kısmında, gerçek ve tüzel kişi yabancı yatırımcılar ile ev sahibi devletlerin yabancı yatırım sözleşmeleri nezdinde taraf

¹⁹⁶ Kompetenz-Kompetenz ilkesi hakkında detaylı bilgi için Bkz. **Waibel, M.:** *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, International Investment Law, Bucgenberg, M./Griebel, J./ Hobe, S./ Reinisch, A. Eds., C.H.BECK-Hart-Nomos, 2015, s. 1231.

sıfatları incelenirken kişi bakımından yetki unsuru bakımından da gerekli açıklamalara yer verilmiştir. Bu sebeple, tekrardan kaçınmak amacıyla gerçek veya tüzel kişiler ile ev sahibi devletlerin kişi bakımından yetki unsuru konusunda tezin III. kısmına atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

Tarafların tahkime rızalarının olması veya tahkim yoluna başvuran kimselerin kişi bakımından yetki unsurunu karşılıyor olması, hakem heyetinin yetkisinin varlığı ortaya koymaz. Zira, hakem heyetinin önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin konu bakımından da yetkili olması gerekmektedir. Yatırım tahkimi nezdinde konu bakımından yetki esas itibariyle, devletlerin yatırım antlaşmaları veya iç mevzuatıyla sınırlarını çizdiği yatırıma ilişkin uyuşmazlık kapsamında söz konusu olabilmektedir. Bu hususta, yabancı yatırım sözleşmelerinin izahı için değinilen II. Kısımdaki “Yabancı Yatırımlar” başlığı altında gerek ICSID konvansiyonu nezdinde gerek diğer çok taraflı veya iki taraflı yatırım antlaşmaları nezdinde yabancı yatırımlara yer verildiği için bu kısımda ele alınmayacaktır.

2. Tahkime Rıza

Yatırım tahkimine başvuru usulü, ilk olarak devletin yatırım antlaşmalarında veya yatırıma ilişkin iç mevzuatında ya da yatırım sözleşmelerinde yer verdikleri tahkim rızasına dayanılarak başlatıldığı için bu husus önem arz etmektedir¹⁹⁷. Tahkim yargılamasında, devlet mahkemelerinde olduğu gibi taraflardan birinin tek başına diğer tarafın rızasından bağımsız olarak uyuşmazlığı hakem heyetlerinin önüne getirmesi mümkün değildir. Nitekim, uyuşmazlığı hakem heyetlerinin önüne getirebilmek için, her iki tarafın da tahkim yolunu bir uyuşmazlık çözüm vasıtası

¹⁹⁷ Kuğuoğlu D./ Demirkol, E.M.: *ICSID Takiminde Onay (Rıza)*, TAAD, Y. 9, S. 34, 2018, s. 520; Tahmaz, s. 374.

olarak kabul ettiğine ilişkin irade beyanı bulunması gerekmektedir¹⁹⁸. Bu noktada, her ne kadar uluslararası ticari tahkimde uyuşmazlığın tahkim önüne getirilebilmesine yönelik tarafların tahkim iradelerini ortaya koydukları ve aralarında imzaladıkları bir tahkim anlaşması bulunsaydı da, yatırım tahkiminde tarafların tahkime ilişkin rızaları çoğunlukla yatırım antlaşmalarından ve istisnai olarak da bazı ülkelerin milli mevzuatından kaynaklanmaktadır. Yabancı yatırım sözleşmelerinde tahkim anlaşmalarına daha az rastlanmaktadır¹⁹⁹.

En temel anlamıyla *tahkime rıza*, yatırım hukuku sùjelerinin aralarında çıkacak olan muhtemel uyuşmazlıkları tahkim yolu ile hakem heyetleri önünde çözüme iradelerini ifade etmektedir²⁰⁰. Bu çerçevede devletlerin, yatırım antlaşmalarında veya yatırıma ilişkin ÷lke mevzuatında yer alan uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümler vasıtasıyla yatırımcılara tahkim yoluna başvurma hususunda açık ve sürekli bir teklifte bulunduğu kabul edilmektedir. Yabancı yatırımcı ise, tahkim sürecini başlatması nedeniyle devletlerin önceden vermiş olduğı teklifi olumlu karşılayarak tahkim iradesini ortaya koymuş olmaktadır²⁰¹. Ayrıca, yatırım antlaşmalarının veya yatırım mevzuatının yanı sıra, devletle yatırımcı arasında bir tahkim anlaşması akdedilerek ya da aralarındaki mevcut yatırım sözleşmesine tahkim kaydı eklenerek de taraflar tahkim yoluna başvurulmasına ilişkin izinlerini ifade edebilirler²⁰². Bu doğrultuda, yatırım hukuku kapsamında tahkime rızanın yer alabileceğı kaynaklar; iki veya çok taraflı

¹⁹⁸ **Ataman Figanmeşe, İ.:** *Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of “Arbitration Without Privity”*, Annales de la Faculte de Droit, No. 60, 2011, s. 189, (Consent); **Özsu, G.:** *ICSID Tahkimi Bakımından “Tahkime Rıza” ve Bu Rıza Çerçevesinde Tahkim Öncesi Süreçler*, TAAD, C. 9, S. 334, 218, s. 590.

¹⁹⁹ **Tiryakioğlu, B.:** *Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik*, Tahkim Anlaşması, Özdemir Kocasakal, H./ Balkar, S. Eds., On iki Levha Yayıncılık, 2020, s. 88, (Yetki ve Kabul Edilebilirlik); Ataman Figanmeşe, s. 107; Bu sebepten ötürü yatırım tahkiminde *tahkim sözleşmesi* kavramından ziyade *tahkime rıza* kavramına yer verildiğı gör÷lmektedir. Bkz. Tahmaz, s. 373.

²⁰⁰ Özsu, s. 592.

²⁰¹ Ataman Figanmeşe (Consent), s. 189; Özsu, s. 594.

²⁰² Tahmaz, s. 375.

yatırım antlaşmaları, yabancı yatırımlara ilişkin iç mevzuat veya yatırım sözleşmeleri ya da tahkim antlaşmaları olabilmektedir.

İlk olarak devletler, diğer devletlerle imzaladıkları ikili veya çok taraflı yatırım antlaşmalarında uyuşmazlık çözüm yöntemi veya yöntemlerinden biri olarak tahkim yoluna başvurulmasına yer verebilirler²⁰³. İkili yatırım antlaşmalarının büyük bir çoğunluğunda uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümler ev sahibi devletin tahkime rızasının kaynağını oluşturmaktadır. Devletlerin ikili yatırım antlaşmalarında tahkime rızalarının kaynağı olan hükümlere bakıldığında bunların kapsamının farklılık gösterdiği görülmektedir. Örneğin bir kısım ikili yatırım antlaşmasında, ICC, ICSID veya SCC tahkim kuralları gibi uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak usule veya kurumlara atıfta bulunulurken, bazı yatırım antlaşmalarında bu kural ve kurumlara ilaveten *ad hoc* tahkim usulü de rızanın kapsamına alınarak UNCITRAL Tahkim Kuralları gibi kuralların veya tahkim kurumlarının kurallarına atıfta bulunmaktadır²⁰⁴. Kimi yatırım antlaşmalarında ise devletlerin tahkime rızalarının, tahkim yargılamasına konu edilemeyecek uyuşmazlık türlerine önceden yer verilmek suretiyle konu bakımından sınırlandırıldığı görülmektedir. Ancak tahkime rızanın bu tarz kısıtlandığı hallerde, antlaşmada en çok gözetilen ulus kaydı bulunması ve rızasını kısıtlayan devletin bir başka devletle akdettiği ikili yatırım antlaşmasında daha geniş

²⁰³ Bu noktada devletler, barışçıl çözüm yollarının denenmesi veya öngörülen belirli bir süre içerisinde ev sahibi makamlarına başvurulması ya da devlet mahkemelerinin belirli bir süre içinde kararını vermemiş olması gibi çeşitli basamakları öngörebilir. Bu tarz farklı aşamaların öngörüldüğü kayıtlara doktrinde çok katmanlı kayıtlar denilmektedir. Bkz. Tiryakioğlu (Yetki ve Kabul Edilebilirlik), s. 89-90; Devlet yargısına ve tahkime başvurma imkanının birlikte düzenleyen ve davacıya bu hususta hangi yola başvuracağına ilişkin seçme hakkı tanıyan kayıtlara ise *yol ayrımı* (*fork in the road*) kayıtları denilmektedir. Konuya ilişkin Bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik, G.:** *ICSID Hakem Kararlarında “Yol Ayrımı” (“Fork in the Road”) Kayıtları*, PPIL, C. 40, S. 1, 2020, s. 500.

²⁰⁴ Kuşuoğlu/Demirkol, s. 529.

kapsamlı bir rıza öngörmesi halinde hakem heyetlerinin kendilerini yetkili buldukları hakem kararlarına rastlamak mümkündür²⁰⁵.

İki taraflı antlaşmaların yanı sıra devletler, çok taraflı antlaşmalar vasıtalarıyla da tahkime rızalarını açıklayabilmektedir. Örneğin, Enerji Şartı Anlaşması'nın 26. maddesinde ICSID, SCC gibi kurumlara veya UNCITRAL kuralları uyarınca *ad hoc* tahkime başvurulması öngörülmüştür. Zira bu hükümlerde, belirsizliği önlemek maksadıyla ayrıntılı bir biçimde tahkime başvuru hususuna yer verilmiş ve başka herhangi bir tahkim kaydı ihtiva eden sözleşme veya antlaşma aranmaksızın tahkim yoluna başvurulması mümkün kılınmıştır²⁰⁶.

Enerji Şartı Anlaşması'ndan farklı olarak, ICSID Konvansiyonu'nda hakem heyetlerinin yetkili olabilmesi için yatırım antlaşmalarında, yatırıma ilişkin iç mevzuat veya yatırım sözleşmelerinde öngörülen ICSID tahkime rıza verilmesi haricinde Konvansiyon hükümlerince öngörülen şartların da mevcudiyeti aranmaktadır. Şöyle ki; ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinde, ICSID nezdinde görülecek olan uyuşmazlıklarda hakem heyetlerin yetkisinden bahsedebilmek için konu ve kişi bakımından yetkilerin haricinde tahkime rızanın da belirli koşullara bağlandığı görülmektedir. Bu koşullar esas itibariyle yabancı yatırımcının tâbi olduğu devlet ile ev sahibi devletin Konvansiyona taraf olması ve tahkim yoluna ilişkin rızalarının yazılı olmaları şeklindedir. Zira, yatırımcının tâbi olduğu devletin veya ev sahibi devletin Konvansiyon'a taraf olmaması halinde ya da tarafların yazılı rızaları olmamaları halinde ICSID nezdinde oluşturulan hakem heyetlerinin yetkisinden bahsedilemeyecektir²⁰⁷. Ayrıca, Konvansiyon'un 71. maddesinde devletlerin

²⁰⁵ Özsu, s. 602-603; Konu hakkında detaylı inceleme için Bkz. **Aydoğmuş, Y.:** *İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı*, MBH, Y. 29, S. 1-2, 2009, s. 38-40.

²⁰⁶ Kılavuz, s. 198.

²⁰⁷ Gölcüklü, s. 293.

Konvansiyon'dan çekilme yolu düzenlenmiş olup, Konvansiyon'u imzalayarak üye olan devletlerin tahkime rızalarını bu hüküm doğrultusunda geri alabilmeleri düzenlenmiştir. Ancak bu durum, çekilmenin yürürlüğe gireceği tarihe dek dava açarak veya devlete bildirimde bulunarak tahkim iradelerini ortaya koyan yabancı yatırımcılar için geçerli olmayacak ve ev sahibi devletin tahkime rızasının mevcut olduğu kabul edilecektir²⁰⁸. Uygulamada da genellikle devletlerin taraf oldukları yatırım antlaşmalarında veya yatırıma ilişkin iç mevzuatında ICSID'e atıfta bulundukları görülmektedir²⁰⁹. Aynı zamanda taraflar, aralarında imzaladıkları yabancı yatırım sözleşmelerinde de uyuşmazlık doğması halinde ICSID tahkimi yoluna başvurulmasını öngörebilirler. Ancak bu durum, yatırıma konu faaliyetin ev sahibi devletle yazılı bir yabancı yatırım sözleşmesi imzalanmaksızın gerçekleştirilmesi halinde mümkün olmamaktadır²¹⁰.

İkinci olarak, devletlerin yatırımlara ilişkin mevzuatında tahkim yoluna başvuru imkanına yer verilmektedir²¹¹. Ancak devletlerin iç mevzuatında yer verdikleri bu hüküm tahkime rızanın kaynağını teşkil etmez. Devletin hangi tahkim usulüne gidilebileceğini de hükme bağlaması gerekir²¹². Bazı devletler, tahkime rızalarını yabancı yatırımcı ile imzalanmış bir yatırım sözleşmesinin mevcudiyetine bağlamakta, bazı devletlerse bu tarz bir sözleşmenin yanı sıra yatırımın ev sahibi devlet tarafından onaylanmasını şart koşturmaktadır. Bütün bu durumlara ilişkin doktrinde, devletler tarafından tahkim yoluna başvurulmasına ilişkin doğrudan bir rıza

²⁰⁸ Gölcüklü, s. 295; Kuşuoğlu/Demirkol, s. 532; Ayrıca, ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcı ile birlikte tahkime rızalarını karşılıklı olarak ortaya koyduğu yabancı yatırım sözleşmesi veya tahkim anlaşması halinde ICSID m.25(1)'de yer alan tek taraflı geri alma yasağından yararlanacak ve geçerliliğini sürdürecektir. Bkz. Gölcüklü, s. 296.

²⁰⁹ Kuşuoğlu/Demirkol, s. 526-527; Özsu, s. 595.

²¹⁰ Özsu, s. 593.

²¹¹ Ataman Fıganmeşe (Consent), s. 191; Özsu, s. 594.

²¹² Kuşuoğlu/Demirkol, s. 529.

öngörülmediği, rızanın ancak yatırım sözleşmeleri kapsamında belirlenebileceği ileri sürülmektedir²¹³.

Üçüncü olarak, yabancı yatırımcılar ile devletler, aralarında akdettikleri yabancı yatırım sözleşmelerinde uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim yoluna başvurulmasına ilişkin tahkim kaydı öngörebileceği gibi müstakil bir tahkim anlaşması da imzalayabilirler. Genellikle iki ve çok taraflı yatırım antlaşmalarının henüz yaygınlaşmadığı dönemde sıklıkla başvuru bu yöntemlere, günümüzde yatırım antlaşmalarının yaygınlaşması ve geniş kapsamlı bir koruma rejimi öngörmesinden ötürü daha az başvurulduğu görülmektedir. Nitekim 2022 yılı sonu itibariyle ICSID’e yapılan başvuruların sadece yüzde on beşi taraflar arasındaki sözleşmeye, yüzde altmış ise iki taraflı yatırım antlaşmalarına dayanmaktadır²¹⁴. Ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının devleti arasında herhangi bir yatırım antlaşması bulunmaması halinde ise yatırımcılar devletlerle imzaladıkları yatırım sözleşmelerindeki tahkim kayıtlarına veya tahkim anlaşmasına dayanarak tahkim yoluna başvurabilecektir.

B. Sözleşmesel Talepler Bakımından Hakem Heyetlerinin Yetkisi

Devletlerin yabancı yatırımcılarla akdettiği yabancı yatırım sözleşmelerini ihlal etmesinin uluslararası hukuk ihlali teşkil edip etmediği hususu uzun yıllardan beri tartışılmaktadır²¹⁵. Ancak iki veya çok taraflı yatırım antlaşmalarında öngörülen uluslararası koruma rejimleri kapsamında sözleşmelerden doğan hakların

²¹³ Özsu, s. 594-595; Kuşuoğlu/Demirkol, s. 529.

²¹⁴ ICSID, Caseload, s. 11; Aynı tabloya göre, ICSID Merkez’e yapılan başvuruların yüzde onu Enerji Şartı Anlaşmasında, yüzde yedisi ev sahibi devletlerin mevzuatında, yüzde dördü diğer yatırım antlaşmalarında, yüzde üçü NAFTA’da, yüzde üçü ise Dominik Cumhuriyeti-ABD-Orta Amerika Serbest Ticaret Anlaşmasında yer alan tahkim rızalarına dayanmaktadır.

²¹⁵ Amerasinghe, C.F.: *State Breach of Contracts with Aliens and International Law*, The American Journal of International Law, Vol. 58, No. 4, 1964, s. 881; Bottini, G.: In Admissibility of Shareholder Claims under Investment Treaties, Cambridge University Press, 2020, s. 215; McLachlan/Shore/Weiniger, s. 99.

korunabilmesi için her şeyden önce hakem heyetlerinin bu haklardan doğan uyuşmazlıklarda yetkili olması gerekmektedir.

1. Sözleşmeden Doğan ve Antlaşmadan Doğan Taleplerin Birbirinden

Ayrılması

Sözleşmeye dayalı talepler ile yatırım antlaşmasına dayalı talepler ayrımı, yatırım antlaşmasının sağlayacağı hukuki korumanın kapsamı ve hakem heyetlerinin yetkisi bakımından önem arz etmektedir. Bu sebeplerden ötürü hakem heyetleri, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında imzalanan yabancı yatırım sözleşmelerine dayalı taleplere ilişkin yetki tesis edip edemeyecekleri hususunu incelemektedirler. Bu incelemeyi yapabilmek için, öncelikle hangi taleplerin sözleşmeye dayandığını hangi taleplerin ise yatırım antlaşmasına dayandığının belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde, sözleşmeye dayalı talepler ile antlaşmaya dayalı talepleri birbirinden ayırt etmek için çeşitli kriterler öngörülmüştür²¹⁶.

a. Öngörülen Kriterler

Her iki talebi birbirinden ayırt etmek için doktrinde öngörülen bu kriterler; taleplerin kaynağı, taleplere konu hakların içeriği, taleplerin tarafları, taleplere uygulanacak hukuk ve ev sahibi devletin sorumluluk düzeyi şeklindedir²¹⁷.

İlk olarak taleplerin, dayanak veya kaynağı olan metin itibariyle birbirinden ayrılması öngörülmektedir²¹⁸. Zira, antlaşmaya dayanan taleplerin kaynağı iki devlet arasındaki yatırım antlaşmaları iken, sözleşmesel talepler yabancı yatırımcı ile ev

²¹⁶ **Cremades, B.M./ Cairns, D.J.A.:** *Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes*, Arbitrating Foreign Investment Disputes, Procedural and Substantive Legal Aspects, N. Horn, Ed., 2004, s. 327-329.

²¹⁷ Cremades/Cairns, s. 327-329; Şit Köşgeroğlu, s. 267-268; McLachlan/Shore/Weiniger, s. 99-100.

²¹⁸ Cremades/Cairns, s. 327; Şit Köşgeroğlu, s. 267.

sahibi devlet arasında imzalanan yabancı yatırım sözleşmesine dayanmaktadır²¹⁹. İkinci olarak, taleplere konu hakların içerik bakımından ayrılması öngörülmektedir. Bu ölçüte göre antlaşmaya dayalı haklar, uluslararası hukuk tarafından tanımlanan ve ikili yatırım antlaşması ile öngörülen soyut hakları içermektedir. Sözleşmesel haklar ise, yatırıma özgü ve ev sahibi devlet hukuku tarafından öngörülen somut hakları içermektedir²²⁰. Ancak antlaşmaya dayalı hakların içeriği ile sözleşmeye dayalı hakların içeriği bazı durumlarda örtüşebileceği için bu ölçütün taleplerin birbirinden ayrılması bakımından her durumda geçerli olmayacağı kabul edilmektedir²²¹. Üçüncü olarak, tarafların dikkate alınması suretiyle sözleşmesel ve antlaşmaya dayalı taleplerin birbirinden ayrılması öngörülmektedir. Buna göre, sözleşmesel talepler bakımından taraflar, yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet veya devletin bir organı veya iştiraki olabilecektir. Ancak antlaşmaya dayalı taleplerde âkit taraflardan birinin tâbiyetindeki yatırımcı ile diğer âkit taraf olan ev sahibi devletin kendisi taraf olacaktır²²². Dördüncü olarak, taleplere uygulanacak hukukun dikkate alınması suretiyle taleplerin birbirinden ayrılması öngörülmektedir. Sözleşmesel talepler, genellikle ev sahibi devlet hukukuna tâbi olmaktadır. Ancak antlaşmaya dayalı taleplere uygulanacak hukuk, taraflar arasında dayarılan antlaşma hükümleri ile beraber uluslararası hukukun genel ilkeleri ve ev sahibi devlet hukukudur²²³. Beşinci olarak, ev sahibi devletin sorumluluk düzeyine göre taleplerin birbirinden ayrılması öngörülmektedir. Zira, sözleşmesel taleplerde ev sahibi devletin sorumluluğunun

²¹⁹ Bottini, s 224.

²²⁰ Cremades/Cairns, s. 328; Şit Köşgeroğlu, s. 267.

²²¹ Bottini, s. 229-230.

²²² Cremades/Cairns, s. 329; Şit Köşgeroğlu, s. 268.

²²³ Amerasinghe, s. 890; Cremades/Cairns, s. 329; Şit Köşgeroğlu, s. 268; McLachlan/Shore/Weiniger, s. 100.

kendi iç hukuk kuralları uyarınca gerçekleşeceği, ancak antlaşmaya dayalı taleplerde devletlerin uluslararası hukuk düzeyinde sorumlu olacağı ifade edilmektedir²²⁴.

b. *Vivendi* İptal Kararı

Doktrinde en çok üzerinde durulan ve sözleşmesel talepler ile antlaşmadan doğan talepler ayrımının kavramsal temellerinin atıldığı kabul edilen ilk karar *Vivendi* İptal (*Annulment*)²²⁵ olarak bilinen karardır²²⁶.

İptal kararına konu ilk davada²²⁷, Fransız yabancı yatırımcılar ile Arjantin'in bir eyaleti olan Tucuman'da bulunan su ve kanalizasyon tesislerinin işletilmesi için imtiyaz sözleşmesi imzalanmış ve bu imtiyaz sözleşmesinin 16(4) maddesinde sözleşmenin uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin Tucuman mahkemelerinin yetkili olacağına ilişkin münhasır yetki kuralına yer verilmiştir²²⁸. Yatırımcıların, Fransa ile Arjantin arasında akdedilen iki taraflı yatırım antlaşmasının 3. ve 5. maddelerinde yer alan adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü ile koruma ve tam güvenlik hükümlerinin ihlal edildiği iddiasıyla tahkim yoluna başvurması üzerine hakem heyeti, davacının iddialarının imtiyaz sözleşmesi yerine ikili yatırım antlaşmasına dayanıyor olması gerekçesiyle davaya konu uyuşmazlığın Tucuman mahkemelerinin yargı yetkisine tâbi olmadığını kabul etmiştir. Bununla birlikte, uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak imtiyaz sözleşmesinin koşullarının ikili yatırım antlaşmasının ihlal edildiği iddia edilen maddeleri ile önemli bir bağlantı (*crucially*

²²⁴ Cremades/Cairns, s. 330; Şit Köşgeroğlu, s. 268.

²²⁵ *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Compagnie Generale des Eaux (Vivendi Universel S.A.) v. Argentina (Vivendi v. Argentina, Decision on Annulment)*, Decision on Annulment, ICSID Case No. ARB/97/3 Annulment.

²²⁶ Bottini, s. 218; Dumbery, s. 233.

²²⁷ *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universel S.A. v. Argentina (Vivendi v. Argentina)*, Award, ICSID Case No. ARB/97/3.

²²⁸ *Vivendi v. Argentina*, para. 25; Söz konusu münhasır yetki kuralı şu şekildedir: “For purposes of interpretation and application of this Contract the parties submit themselves to the exclusive jurisdiction of the Contentious Administrative Tribunals of Tucuman”. Bkz. **Cremades, B.M.:** *Clarifying the Relationship Between Contract and Treaty Claims in Investor-State Arbitrations*, Business Law International, No. 3, 2003, s. 208.

connected) içerisinde olduğunu ifade ederek imtiyaz sözleşmesinde yer alan münhasır yetki hükümlerince uyuşmazlığın çözülmesi gerektiği sonucuna varılmıştır²²⁹. Bir başka deyişle hakem heyeti, mevcut uyuşmazlıkta yargılama yetkisi olduğunu kabul ederken, dava konusu uyuşmazlığa yönelik sözleşmeden doğan talepler ve antlaşmadan doğan talepler ayrımını yapamamış, sözleşmenin ifa edilmesi ile ilgili hususlar incelenmeden ikili yatırım antlaşmasından doğan taleplerin incelenemeyeceğini ifade ederek, imtiyaz sözleşmesinde yer verilen münhasır yetki hükmü uyarınca Tucuman mahkemelerinde sözleşmeye dayalı taleplerin ileri sürülmesi gerektiği kanaatine varmış ve davanın reddine karar vermiştir²³⁰.

Bu karara yönelik yabancı yatırımcının iptal istemini ele alan *Ad Hoc* Komite, özellikle Arjantin'in ikili yatırım antlaşması kapsamındaki uluslararası sorumluluğu ile taraflar arasındaki imtiyaz sözleşmesi doğrultusunda tarafların hak ve yükümlülükleri arasındaki ilişkinin üzerinde durmuştur²³¹. Bu doğrultuda, sözleşmeden doğan taleplerle yatırım antlaşmasına dayanan taleplerin bir arada bulunulabileceği ve her iki talebin de sözleşmenin ihlalinden doğabileceği görüşünde olan *Ad Hoc* Komite, aynı zamanda taraflar arasındaki imtiyaz sözleşmesinin ihlal edilmesi ile yatırım antlaşmasının ihlal edilmesinin farklı konular olduğunu ifade ederek, bu konuların tâbi olduğu hukuk uyarınca ele alınması gerektiği sonucuna varmıştır²³². *Ad Hoc* Komite, yatırım antlaşmasının ihlalinin taraflar arasındaki imtiyaz sözleşmesi ile sıkı bir ilişki içerisinde olmasının hakem heyetinin kendisini yetkisiz görmesine sebebiyet vermeyeceğini ve bir devletin yatırımcı ile arasındaki

²²⁹ *Vivendi v. Argentina*, para.78-79.

²³⁰ Bottini, s. 220; Dumberry, s. 233.

²³¹ *Vivendi v. Argentina*, Decision on Annulment, para. 95. vd.; **Shany, Y.:** *Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*, American Journal of International Law, Vol. 99, No. 4, 2005, s. 839.

²³² Bottini, s. 221; Bu hususta *Ad Hoc* Komite, taleplerin tâbi olduğu hukuka ilişkin iki taraflı yatırım antlaşması bakımından uluslararası hukukun, imtiyaz sözleşmesi için ise Tucuman yasalarının gündeme geleceğini ifade etmiştir. *Vivendi v. Argentina*, Decision on Annulment, para. 95-96; Cremades, s. 209.

sözleşmeyi ihlal etmeden bir yatırım antlaşmasını ihlal edebileceğini (veya tam tersinin de olabileceğini) ifade ederek, sözleşmenin ihlali olarak değerlendirilen hususların yatırım antlaşmasının da ihlalini teşkil etmesi halinde ihlallerin ayrı ayrı ele alınması gerektiği sonucuna varmış ve hakem kararının ICSID Konvansiyonu’nun 52(1)(b) maddesi uyarınca iptaline karar vermiştir²³³. Böylelikle Komite, yargılama yetkisine sahip bir uluslararası merciinin antlaşmadan doğan taleplere ilişkin ev sahibi devlet mahkemeleri tarafından veya münhasır yetki maddesi uyarınca yetkili kılınan merci tarafından karara bağlanmasının öngörülmesini doğru bulmamıştır²³⁴. Nitekim hakem heyeti, uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisine sahip olduğunu doğru bir biçimde belirlerken, bir nevi bu yetkisini kullanmayı reddederek, antlaşmaya dayalı talepler ile sözleşmeye dayalı talepler ayrımını gerçekleştirememiş, *Ad Hoc* Komite ise bu bakımdan iptal kararı vermiştir²³⁵. Bu karar doğrultusunda sözleşmesel ve antlaşmaya dayalı taleplerin birbirinden ayrılabilirdiği durumlarda her bir talebin ayrı ayrı tâbi olduğu usul ve prosedür çerçevesinde dikkate alınması gerektiği çıkarımında bulunabilmek mümkündür²³⁶.

2. Sözleşmeden Doğan Taleplerin Konu Bakımından Yetkiye Dahil Edilmesi ve Yatırım Tahkimi Önünde Dermeyan Edilmesi

Yatırım tahkiminde kural olarak, devletlerin yabancı yatırımcı ile imzalamış olduğu yatırım sözleşmelerini ihlal etmesinin devletlerin uluslararası sorumluluğunu doğurmayacağı kabul edilmektedir²³⁷. Bir başka deyişle, yatırım tahkimine devletlerin

²³³ *Vivendi v. Argentina*, Decision on Annulment, para. 110-115.

²³⁴ Bottini, s. 221.

²³⁵ Shany, s. 839.

²³⁶ Aksi takdirde, ayrımın gerçekleştirilemediği hallerde hakem kararlarının *Vivendi v. Argentina* kararında olduğu gibi kendi içerisinde çelişmesine sebebiyet verdiği görülmektedir. Dumberry, s. 233.

²³⁷ Bottini, s. 231.

uluslararası hukuka aykırı eylemlerinin konu edilebileceği, uluslararası hukuka aykırılık teşkil etmeyen salt sözleşme ihlallerinin yatırım tahkimi nezdinde görülemeyeceği genel kural olarak ifade edilmektedir. Ancak bu kuralın istisnası olarak bazı durumlarda sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların da yatırım tahkimi yolunda dermeyeran edilebileceği kabul edilmektedir. Bu istisnai durumlar, sözleşme ihlallerinin aynı zamanda yatırım antlaşmalarında yer alan maddi hükümleri de ihlal etmesi hali, devletin tahkime rızasının sözleşmeden doğan talepleri de kapsam dahiline alması ve şemsiye hükümler vasıtasıyla sözleşmeden doğan taleplerin yatırım tahkimi önüne götürülebilmesi halidir. Bu durumlardan ilk ikisine bu kısımda değinilecek olup, tez konusunu teşkil eden şemsiye hükümler bu bölümün II numaralı başlığı altında ele alınacaktır.

a. Antlaşmada Yer Alan Maddi Hükümler Kapsamında Koruma

İlk olarak, yabancı yatırım sözleşmelerinin, sözleşmeye taraf ev sahibi devlet tarafından ihlal edilmesine dayanan yatırımcının talepleri, ihlale konu hakların aynı zamanda yatırım antlaşmasında koruma altına alınan hakların da ihlalini teşkil etmesi durumunda yatırım tahkimine konu edilebilecektir. Ancak yatırım sözleşmesinin ihlal edilmesi, her zaman yatırım antlaşmasının da ihlal edildiği sonucunu vermeyeceği gibi yatırım antlaşmalarının ihlal edilmesi de doğrudan doğruya yatırım sözleşmelerinin ihlali anlamına gelmeyecektir²³⁸. Her ne kadar hangi hallerde sözleşme ihlallerinin aynı zamanda yatırım antlaşmasının da ihlali anlamına geleceğine ilişkin genel bir kaide (devletin egemenlik gücü gibi) oluşturulmaya çalışılsa da, bu durum sözleşme ile antlaşma ihlalleri arasında ayırım yapmanın güç olmasından ötürü mümkün

²³⁸ Şit Köşgeroğlu, s. 272.

görülmemiş ve her somut durumun koşullarına göre incelemek ve karara bağlamak gerektiği sonucuna varılmıştır²³⁹. Ancak uygulamada bu incelemenin özellikle yatırım antlaşmalarında öngörülen yatırımın korunmasına ilişkin maddi hükümlerden adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü ile kamulaştırma yasağı kapsamında yapıldığı görülmektedir.

i. Adil ve Hakkaniyetli Davranma Yükümlülüğüne Aykırılık

Ev sahibi devletin yatırım sözleşmesi ihlalinin aynı zamanda yatırım antlaşması ihlali de teşkil edebileceği ilk ihtimal, sözleşme ihlali ile antlaşmada öngörülen adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğünün (*fair and equitable treatment*) de ihlal edilmesidir²⁴⁰. Gerçekten de, yatırımların korunmasına ilişkin standartlardan biri olarak öngörülen ve yatırımların korunmasında önemli bir role sahip olduğu kabul edilen bu ilkeye, yabancı yatırım sözleşmelerinin ihlali halinde de başvurulabilmektedir²⁴¹. İlkenin genel kabul görmüş kapsamlı bir tanımı yapılamamış ve her somut olay nezdinde yorumlanması gerektiği ifade edilmiş olsa da en temel anlamıyla adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü, yabancı yatırımcının menfaatine aykırı şekilde ayrımcı ya da başka adil olmayan tedbirler nedeniyle iyi muamele edilmemesi olarak kabul edilmektedir²⁴². Adil ve hakkaniyetli davranma ilkesini bazı yazarlar uluslararası asgari standart esasının bir yansıması olarak kabul ederken, kimi yazarlar ise bu ilkenin uluslararası hukuka ek olarak getirilen bağımsız bir esas olduğunu savunmaktadır²⁴³. İlkenin niteliğine yönelik ortaya çıkan bu

²³⁹ Bottini, s. 226-227.

²⁴⁰ Adil ve hakkaniyetli davranma kaydının böyle bir işleve sahip olması, doktrinde kimi yazarlarca *de facto* şemsiye hükümler olarak anılmasına sebebiyet vermiştir. Bkz. Ho, s. 391.

²⁴¹ Bottini, s. 218.

²⁴² **Partalci, R.:** *Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen “Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü”*, MBK, C. 36, S. 2, 2016, s. 134.

²⁴³ Şit Köşgeroğlu, s. 274.

tartışma, ilkenin kapsamını da etkilemektedir. Zira, adil ve hakkaniyetli muamele esasının asgari standart esasına bağlı olması halinde yatırıma sağlanacak korumanın sınırlı olacağı kabul edilirken, ilkenin bağımsız bir esas olduğunun kabulü halinde daha kapsamlı bir koruma sağlayacağı kabul edilmektedir²⁴⁴. Sözleşmeden doğan taleplerin adil ve hakkaniyetli muamele kapsamında korunması hususu, özelde ilkenin sağladığı yatırımcının haklı beklentilerinin korunması, istikrarlı bir hukuki çevre sağlanması ve şeffaflık gibi esaslar doğrultusunda değerlendirilmektedir²⁴⁵. Bu konuda hakem heyetleri, sözleşme ihlallerinin aynı zamanda adil ve hakkaniyetli muamele ilkesi kapsamında yatırım antlaşmasının ihlalini teşkil edip etmediğini incelerken yabancı yatırımcıya istikrarlı bir hukuki alanın öngörülüp öngörülmediği, yabancı yatırımcının yatırım sözleşmesine ilişkin olağan beklentilerinin korunup korunmadığı ve şeffaf bir muamelede bulunup bulunmadığı üzerinde durmaktadır²⁴⁶. Ancak sıradan sözleşmeye aykırılık hallerinin, ilkenin ihlalini teşkil etmeyeceği, zira aksi yöndeki kabulün ilkenin şemsiye hükümler ile arasındaki farkı ortadan kaldıracığı kabul edilmektedir²⁴⁷.

ii. Kamulaştırma Yasağı

İkinci ihtimal olarak, ev sahibi devletin sözleşme ihlali, yatırım antlaşmasında maddi koruma sağlayan kamulaştırma yasağı kapsamında değerlendirilebiliyorsa, bu talepler de yatırım tahkimi önünde görülebilecektir²⁴⁸. Uluslararası hukukta devletlerin, belli koşulları yerine getirmek şartıyla ülkesel egemenlik gerekçesine

²⁴⁴ Şit Köşgeroğlu, s. 274-275.

²⁴⁵ Partalcı, s. 150-151.

²⁴⁶ Şit Köşgeroğlu, s. 275.

²⁴⁷ Ho, s. 392.

²⁴⁸ **Baklaci, P.:** *Uluslararası Yatırımlarda “Dolaylı Kamulaştırma” ve Düzenleyici Yetkiler*; MHB, Y. 28, S. 1-2, 2008, s. 8.

dayanarak kamulaştırma yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir²⁴⁹. Ancak devletin bu kamulaştırma yetkisini kullanırken, kamulaştırmanın sadece kamusal amaç doğrultusunda gerçekleştirilmesi, kamulaştırma yapılırken ayrımcılık yapılmaması ve kamulaştırmanın karşılığında yatırımcıya adil ve uygun bir tazminat ödenmesi gerekmektedir²⁵⁰. Devletlerin, yabancı yatırımcıya ait malvarlığı unsurları üzerindeki mülkiyet hakkına açıkça müdahale etmesi, doğrudan kamulaştırma olarak kabul edilirken, hukuken kamulaştırma teşkil etmemekle beraber kamulaştırma ile benzer sonuç doğuran tedbirler ise dolaylı kamulaştırma olarak kabul edilmektedir²⁵¹. Günümüzde, devletler tarafından doğrudan kamulaştırmaya pek başvurulmadığı, genellikle birtakım tedbirler ile kamulaştırma ile aynı sonuca varılmak suretiyle dolaylı kamulaştırma yapıldığı görülmektedir. Ancak hangi tedbirlerin kamulaştırma sonucunu doğuracağı ve hangi tedbirlerin ise devletlerin meşru işlemlerinden biri olarak kabul edilebileceği hususu tartışmalıdır²⁵². Doktrinde, dolaylı kamulaştırmanın tespiti için, kamulaştırmanın şekli, devlet tarafından alınan tedbirin sonucu, devletin tedbiri gerçekleştirirken ki amacı ve düzenleyici işlevi gibi çeşitli yaklaşımlar ileri sürülmüştür. Bununla beraber, bu konuda kesin bir ölçütün kabul edilmesinden ziyade her somut olayda dolaylı kamulaştırmanın olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği genel kabul görmüş bir yaklaşımdır²⁵³. Sözleşmeden doğan taleplerde doğrudan veya dolaylı olarak kamulaştırma konusunda doktrinde ve hakem kararlarında farklı görüşlerin benimsendiği görülmektedir. Ancak uygulamada genel olarak devletlerin kamulaştırmaya konu işlemlerinin *devletin egemen yetkisi* kapsamında olup olmadığı

²⁴⁹ McLachlan/Shore/Weiniger, s. 266; Devletlerin kamulaştırma yapabilmesine yönelik öngörülen şartlar için Bkz. Baklacı, s. 4-5.

²⁵⁰ Ataman Fıganmeşe, s. 124.

²⁵¹ Baklacı, s. 9; Şit Köşgeroğlu, s. 292.

²⁵² Bu noktada kimi yazarlar, dolaylı (*indirect*) yerine *de facto*, *creeping* (sürünge) ifadelerini kullanmaktadır. Bkz. McLachlan/Shore/Weiniger, s. 292; Baklacı, s. 9.

²⁵³ McLachlan/Shore/Weiniger, s. 293.

araştırılmaktadır. Örneğin, *Bayındır v. Pakistan*²⁵⁴ davasında hakem heyeti, Pakistan tarafından yatırımcıya karşı uygulanan tedbirlerin etkili tedbirler olduğunu belirterek sözleşmeden doğan hakların kamulaştırılabileceğini ifade etmiş ve davacının talepleri üzerinde yetkili olduğuna karar vererek esasa girmiştir. Hakem kararında, Pakistan devletinin yatırımcıyı otoyol inşa işini gerçekleştirdiği alandan çıkarması ve çıkarıldığı ana kadar yatırımcı tarafından gerçekleştirilen işlerin ücretinin ödenmemesi kamulaştırma kapsamında değerlendirilirken, bu durumun sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyeceği, sözleşmeye aykırılık teşkil etseydi bile devletin devlet egemen yetkilerini kullanmadığı, bu nedenle sözleşmeden doğan hakların kamulaştırması sonucunu doğurmayacağına hükmedilmiştir²⁵⁵.

b. Tahkime Rızanın Sözleşmesel Talepleri Kapsamı

Devletlerin tahkime rızasının yer aldığı kaynağa ve rızaların kapsamına göre tahkime konu edilebilecek uyuşmazlık türleri değişiklik gösterebilmektedir. Zira, devletler tahkime rızalarını herhangi bir kısıtlama öngörmeksizin her türlü uyuşmazlığı kapsayacak şekilde verebileceği gibi konu bakımından belirli sınırlamalar da öngörebilir²⁵⁶.

Sözleşmeden doğan haklar, devletin tahkim rızasına yer verdiği iki veya çok taraflı yatırım antlaşmasında ya da devletin iç mevzuatında açıkça yer verilmiş ise veya devletin tahkime rızasını yer verdiği kaynak yabancı yatırım sözleşmeleri ise sözleşmeden doğan haklara yönelik taleplerin de yatırım tahkimi önüne

²⁵⁴ *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan (Bayındır İnşaat v. Pakistan)*, ICSID Case No. ARB/03/29. Bkz. <https://www.italaw.com/cases/131> (E.T.: 22.06.2023).

²⁵⁵ *Bayındır İnşaat v. Pakistan*, para. 240-262.

²⁵⁶ Bu noktada, uyuşmazlık çözümüne ilişkin antlaşma hükmü taraf devletlerin tahkime rızasını konu bakımından sınırlandırıyor ise dar kapsamlı, herhangi bir sınırlandırma yapılmaksızın her türlü uyuşmazlığı kapsam dahiline alan kayıtlar ise geniş kapsamlı olarak kabul edilmektedir. Bkz. Tiryakioğlu (Yetki ve Kabul Edilebilirlik), s. 95-97.

götürülebileceği kabul edilmektedir²⁵⁷. Ancak devletlerin tahkime rızalarında sözleşmeden doğan haklara açıkça yer vermemesi veya rızalarını sözleşmeden doğan talepleri kapsam dışında bırakacak şekilde konu bakımından sınırlandırmaması halinde sözleşmeden doğan taleplerin yatırım tahkimi heyeti önüne getirilip getirilemeyeceği hususu tartışmalıdır²⁵⁸.

Yatırım antlaşmalarında devletlerin, sözleşmeden doğan hakların açıkça tahkime götürüleceğini yer vermeksizin, aynı zamanda kapsam bakımından da herhangi bir sınırlama yapmaksızın, geniş bir biçimde *yatırımlara ilişkin bütün uyuşmazlıklar* şeklinde ifadelere yer vermesi halinde, sözleşmeden doğan taleplerin de devletlerin rızası doğrultusunda hakem heyetlerinin yetkisinde olup olmayacağına ilişkin iki görüş bulunmaktadır. Bir kısım yazarlar sözleşmeye aykırılık iddialarının da yatırım antlaşmalarına dayanan tahkim kapsamında hakem heyeti önünde incelenebileceğini savunurken, bazı yazarlar sözleşmeye aykırılık iddialarının yatırım antlaşmaları kapsamına girmediğini ifade ederek hakem heyetlerinin sözleşmeden doğan talepleri inceleyemeyeceğini savunmaktadır²⁵⁹.

Esas itibariyle her iki görüşünde kendi içerisinde tutarlı olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim, geniş bir biçimde *yatırıma ilişkin bütün uyuşmazlıklar* ifadesine yer verilmesi, tarafların iradesinin uyuşmazlıkları sınırlandırmaya yönelik olmadığı ve tarafların sözleşmesel taleplerin kapsam dahiline alınmamasını istemeleri halinde bu yönde bir kısıtlamaya açıkça yer verebilecek olmaları gerekçesiyle açıklanmaktadır. Ayrıca bu yönde bir kabulün şemsiye hükümlerin mantığına da aykırı olmayacağı, zira

²⁵⁷ Özsu, s. 592.

²⁵⁸ Tiryakioğlu (Yetki ve Kabul Edilebilirlik), s. 89.

²⁵⁹ Şit Köşgeroğlu, s. 242-249; Örneğin, *Salini v. Morocco* davasında, uyuşmazlık çözümüne ilişkin maddenin geniş bir biçimde ele alınması sebebiyle sözleşmesel taleplerin de antlaşma kapsamında olduğu kabul edilmiş, ancak yatırımcının yatırım sözleşmesini doğrudan devlet yerine devlete ait şirketle yaptığı gerekçesiyle sözleşmeye dayalı taleplerin incelenemeyeceği sonucuna varılmıştır. Bkz. *Salini v. Morocco*, para. 59-60.

aşağıda açıklanacağı üzere şemsiye hükümlerin sözleşmeden doğan talepleri yatırım antlaşmasından doğan taleplere dönüştürürken, tahkime rızaya ilişkin hükmün geniş yorumlanmasının salt hakemlerce sözleşmeye uygulanacak hukukun belirleneceği ve sözleşmeye aykırılığın şemsiye hükümlerde olduğu gibi yatırım antlaşmasının ihlali olarak ele alınmayacağı ifade edilmektedir²⁶⁰. Karşı görüş ise, sözleşmelerden doğan taleplerin açıkça rızanın kapsamına alınmaması halinde hakem heyeti önüne getirilemeyeceğini savunurken, tarafların bu yönde bir iradeleri varsa buna açıkça antlaşmada yer vermeleri ve hakem heyetlerini ayrıca yetkilendirmeleri gerektiği²⁶¹, yatırım antlaşmalarının uluslararası hukuka ait düzenleme araçları olduğu ve yatırım tahkiminin de bu antlaşmalarda yer alan uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu, bu sebeple ayrıca ve açıkça bir hüküm öngörülmediği takdirde sözleşmesel taleplerin hakem heyetlerinin yetkisine girmeyeceği gerekçelerine dayanmaktadır²⁶².

Gerçekten de, salt hükmün lafzından yola çıkarak herhangi bir sınırlandırma yapılmamış olması sebebiyle hakem heyetlerinin sözleşmesel talepler bakımından da yetkili olacağı görüşünün, bir sonraki kısımda ele alınacak olan şemsiye hükümlerin işlev ve kapsamı dikkate alındığında kabulü mümkün görülmemektedir.

²⁶⁰ Sinclair, s. 102-104; Şit Köşgeroğlu, s. 249-250.

²⁶¹ Örneğin, 2012 tarihli ABD Model İkili Yatırım Antlaşmasının 24. maddesinde sözleşmeden doğan talepler açıkça tahkime rıza kapsamına alınmıştır; Model Antlaşmanın İngilizce metni için Bkz. <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (E.T.: 29.05.2023); Şit Köşgeroğlu, s. 250.

²⁶² McLachlan/Shore/Weiniger, s. 92.

II. ŞEMSIYE HÜKÜMLER

A. Tanım ve Kavram

Yatırım antlaşmalarında yer alan ve taraf devletlerin yabancı yatırım sözleşmeleri ile diğer taraf devletin yatırımcılarına karşı üstlenmiş olduğu yükümlülüklerini, yatırım antlaşması çatısı altına alarak uluslararası hukuk düzeyinde bir korumaya tâbi kılan hükümlere şemsiye hüküm (*umbrella clause*) denilmektedir²⁶³. Bir başka deyişle şemsiye hüküm, ev sahibi devletin yatırımcıya karşı üstlendiği sözleşmesel borçlara riayet etme yükümlülüğü getiren ve yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde uyuşmazlığın tahkime götürülmesine izin verilen hükümlerdir²⁶⁴. Nitekim bu hükümlerin uygulanması halinde, devletler tarafından yabancı yatırımcılara karşı üstlenilen yükümlülüklerin uluslararası antlaşmalarda öngörülen koruma rejimleri kapsamında güvence altına alındığı ve bahsi geçen yükümlülüklerin ihlali halinde ihlali gerçekleştiren devletin yatırım antlaşmasını da ihlal etmiş olacağı çoğunlukla kabul görmektedir²⁶⁵. *Ahde vefa kaydı* (*pacta sunt servanda clause*), *ayna etkisi kaydı* (*mirror effect clauses*), *borca özen kaydı* (*observance of undertakings clause*), *saygı kaydı* (*respect clause*), *sözleşmenin kutsallığı kaydı* (*sanctity of contract clause*) gibi terimlerle de ifade edilen şemsiye hükümler, sözleşmeden doğan taleplerin iç hukuka

²⁶³ **Sinclair, A.:** *The Origins of Umbrella Clause in the International Investment Law of Investment Protection*, Arbitration International, Vol. 20, No. 4, 2004, s. 411, (Umbrella Clause); **Lim, C.L.:** *Is the Umbrella Clause Not Just Another Treaty Clause?*, Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah, C.L. Lim Ed. 2016, s. 352; Her ne kadar antlaşmalarda farklı biçimlerde yer verilebilse de genel olarak yer verilen tipik şemsiye hüküm şu şekildedir: “Her bir taraf, karşı tarafın vatandaşlarının ve tâbiyetindeki şirketlerin yatırımları ile ilgili olarak üstlendiği her türlü borca riayet edecektir.”; “Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to investments by nationals or companies of the other Contracting Party.” Bkz. **Reinisch, A./Schreuer, C.:** *Umbrella Clause*, In International Protection of Investments: The Substantive Standards, Cambridge University Press, 2020, s. 855.

²⁶⁴ Reinisch/Schreuer, s. 855; Gölcüklü (Umbrella), s. 356.

²⁶⁵ Bottini, s. 214; Lim, s. 350.

tâbi olacağı kuralına istisna getirdiği ve devletlerin yükümlülüklerini önemli ölçüde etkilediği için hem doktrinde hem hakem kararlarında etraflıca ele alınmaktadır²⁶⁶.

Uluslararası hukuk çerçevesinde devletlerin imzalamış oldukları antlaşmaların hükümlerini yerine getirmek zorunda olmaları anlamına gelen ahde vefa ilkesine (*pacta sunt servanda*) dayanan şemsiye hükümler, yabancı yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların ev sahibi devlet mahkemelerinde görülmesi, ev sahibi devletleri yatırım sözleşmelerini ihlal etmekten caydıracak tedbirlerin bulunmaması gibi sebeplerle sözleşmelerde yer alan yükümlülüklerin uluslararası hukukta öngörülen koruyucu rejimlere tâbi kılınması amacıyla ilk defa 20. yüzyılın ortalarında gündeme gelmiştir²⁶⁷.

1950'li yıllarda İran'da yürütülen millileştirme politikalarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne yönelik *Anglo-Iranian Oil Company* (AIOC) ile İran arasında yürütülen müzakerelerde ilk kez şemsiye hükümler gündeme gelmiştir²⁶⁸. İran'da hükümetin değişmesi ve yeni hükümetin ülkedeki petrol kaynaklarına ilişkin millileştirme programı uygulaması, AIOC'nin petrol imtiyaz sözleşmesinden doğan haklarını ve ekonomik çıkarlarını önemli ölçüde zedelemişti²⁶⁹. Uluslararası mahkemeler de dahil olmak üzere hukuki süreçlerden ve müzakerelerden sonuç elde edemeyen AIOC, İngiliz akademisyen *Elihu Lauterpatch*'in tavsiyesiyle, İran devleti ile arasındaki sözleşmenin Birleşik Krallık ve İran arasındaki bir uluslararası antlaşma içerisine eklenmesini ve bu antlaşmada sözleşmeye atıf yapılarak sözleşmenin ihlal edilmesi halinde uluslararası antlaşmanın da ihlal edildiği sonucuna ulaşılmasını

²⁶⁶ Reinisch/Schreuer, s. 859; Wong, s. 142.

²⁶⁷ Sinclair (Umbrella Clause), s. 412; Modern anlamda şemsiye hükümlerden farklı olarak tarihte sözleşmeden doğan taleplerin antlaşmadan doğan talepler gibi korunmasına yönelik olarak ilk girişimlerin Birleşik Krallık ile Peru arasında imzalanan 1921 tarihli antlaşmada gerçekleştirildiği kabul edilmektedir. Bkz. Sinclair, (Umbrella Clause) s. 413-414.

²⁶⁸ Wong, s. 143-144; McLachlan/Shore/Weiniger, s. 93.

²⁶⁹ Sinclair (Umbrella Clause), s. 414-415; Gölcüklü (Umbrella), s. 356.

öngören şemsiye hükmün yer almasını talep etmişti²⁷⁰. Böylelikle AIOC, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların ev sahibi devlet mahkemelerinde, tek taraflı ve keyfi olarak değişikliğe uğrayabilen iç hukuk kuralları ile görülmesinin önüne geçerek uluslararası uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru yolunu açmayı hedeflemişti. Müzakerelerinden sonuç alınamamış olması sebebiyle şemsiye hüküm antlaşmada yerini alamamış ve AIOC amaçladığı hukuki korumaya ulaşamamış olsa da, hükmün yer verilmesine ilişkin gerçekleştirilen bu girişimler sonraki yatırım antlaşmalarında ilham verici bir niteliğe sahip olmuştur²⁷¹.

Şemsiye hükümlerin antlaşmalarda yer almasına yönelik bu ilk girişimden sonra, 1959 tarihli Abs-Shawcross Yabancı Yatırımlara İlişkin Taslak Konvansiyonda (*Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad*) şemsiye hükümlere yer verilmiştir²⁷². Taslağın 2. maddesinde bu hüküm, “*Her bir Taraf, diğer Taraf tâbiyetindeki kişilerce yapılan yatırımlarla ilgili olarak üstlenmiş olduğu her türlü taahhüde daimi olarak riayet etmeyi temin eder*” şeklinde ifade edilmiştir²⁷³. Benzer şekilde, tarihteki ilk iki taraflı yatırım antlaşması olarak kabul edilen Almanya ile Pakistan arasında akdedilen antlaşmanın 7. maddesinde de, “*Her bir taraf, karşı tarafın vatandaşlarının ve tâbiyetindeki şirketlerin yatırımları ile ilgili olarak üstlendiği*

²⁷⁰ Reinisch/Schreuer, s. 858; *Lauterpacht*’ın tavsiye ettiği şemsiye hüküm şu şekildedir: “*The idea that any contract made between, on the one hand, the Company and such other oil companies as may be concerned in the settlement, and NIOC (National Iranian Oil Company) and/or the Iranian Government on the other, shall be incorporated or referred to in a treaty between Iran and the United Kingdom in such a way that a breach of the contract or settlement shall be ipso facto deemed to be breach of the treaty.*” Bkz. Sinclair (Umbrella Clause), s. 415.

²⁷¹ Reinisch/Schreuer, s. 860.

²⁷² Sinclair (Umbrella Clause), s. 412; Reinisch/Schreuer, s. 866; Taslak, Eski Deutsche Bank Yöneticisi Hermann Abs ve Shell Petrol Şirketi Yöneticisi Sir Hartley Shawcross’un destekleriyle oluşturulduğu için Abs-Shawcross Yabancı Yatırımlara İlişkin Taslak Konvansiyon olarak anılmaktadır. Bkz. Sinclair (Umbrella Clause), s. 420; Lim, s. 351.

²⁷³ Taslağın orijinal metninde 2. madde şu şekildedir: “*Each Party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it may have given in relation to investments made by nationals of any other Party*”. Bkz. Reinisch/Schreuer, s. 866; Sinclair (Umbrella Clause), s. 421.

diğer her türlü borca riayet edecektir” hükmüne yer verilmiştir²⁷⁴. 1967 tarihli OECD’nin Yabancı Mülklerin Korunmasına İlişkin Taslak Konvansiyonu’nun 2. maddesinde ise şemsiye hüküm; *“Taraflar, diğer tarafın vatandaşlarının yatırımları ile ilgili olarak üstlendiği diğer her türlü borca daimi olarak riayet edecektir”* şeklinde ifade edilmiştir²⁷⁵.

Modern yatırım antlaşmalarında ise şemsiye hükümlere ilişkin farklı tutumların sergilendiği görülmektedir. Enerji Şartı Antlaşması’nda geniş kapsamlı bir şemsiye hükme yer verilirken, NAFTA 2.0. veya Yeni NAFTA olarak da adlandırılan USMCA’da “Annex 14-E” kısmında dar kapsamlı bir şemsiye hükme yer verildiği görülmektedir²⁷⁶. Bu iki farklı yaklaşım esas itibarıyla iki taraflı yatırım antlaşmalarında da görülmektedir. Zira, birtakım devletlerin (özellikle İngiltere, Almanya ve İsviçre) taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında çoğunlukla şemsiye hükümlere yer verildiği görülürken, bazı devletlerin (Kanada, Japonya, Fransa gibi) taraf oldukları yatırım antlaşmalarında şemsiye hükme yer vermekten genellikle kaçındığı ifade edilmektedir²⁷⁷.

Şemsiye hükümler çoğunlukla benzer ifadelerle kısa ve öz biçimde yatırım antlaşmalarında yer alsa da, bazı farklılıklar hükümlerin yorumlanmasında etkili olmakta ve hükümlerin kapsamını değiştirmektedir²⁷⁸. Aşağıda öncelikle şemsiye

²⁷⁴ Antlaşmanın asıl metninde *“Each Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other Party”* şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bkz. Sinclair (Umbrella Clause), s. 433; Wong, s. 148.

²⁷⁵ Taslağın orijinal metninde ise şu şekildedir: *“Each Party shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of nationals of any other Party.”* Bkz. Sinclair (Umbrella Clause), s. 427; Wong, s. 146.

²⁷⁶ Enerji Şartı Antlaşması’nın 10. maddesinin 1. fıkrasında şemsiye hüküm; *“Her sözleşmecî taraf, diğer sözleşmecî taraf/yatırımcı ya da yatırımcısının bir tarafı ile ilgili taahhüt etmiş olduğu sorumlulukları gözetir”* şeklinde hüküm altına alınmıştır; USMCA’da ise *“Covered Government Contract”* ve *“Covered Sector”* gibi ifadelerle yer verilerek kapsamın belli sözleşmeler ve faaliyetler ile sınırlandırıldığı görülmektedir; McLachlan/Shore/Weiniger, s. 94.

²⁷⁷ Dumbery, s. 236; Kanada taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında şemsiye hükümlere yer vermediği gibi Kolombiya, Hindistan ve ABD’de model iki taraflı yatırım antlaşmalarında şemsiye hükümlere yer vermemeyi tercih etmişlerdir. Reinisch/Schreuer, s. 867.

²⁷⁸ Bottini, s. 254.

hükümlerin yatırım antlaşmalarında düzenleniş biçimleri üzerinde durulacak, akabinde de küçük farklılıkların özellikle hükümlerin kapsamına ilişkin olarak sebep olduğu görüş ayrılıkları ve tartışmalara yer verilecektir.

B. Şemsiye Hükümlerin Düzenleniş Biçimleri

Şemsiye hükümler ikili yatırım antlaşmalarında yer alabildiği gibi çok taraflı yatırım antlaşmalarında da yer almaktadır. Çoğu modern ikili yatırım antlaşmasındaki şemsiye hükümler bazen bağımsız bir hüküm olarak düzenlenirken bazen de yatırımdan doğan hakların korunmasına yönelik maddi hükümler kısmında yer almaktadır²⁷⁹. Bu farklılık, başlı başına şemsiye hükmün kapsamı ve etkilerini önemli ölçüde etkilemese de, hükmün değerlendirmesinde dikkate alınmaktadır²⁸⁰.

Şemsiye hükümlerin ifade ediliş biçimlerinde de metinsel olarak birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Şemsiye hükümlerin antlaşma içerisindeki konumunun yanı sıra hükmün metinsel olarak farklı ifade edilmesi gerek doktrinde gerek hakem kararlarında şemsiye hükümlerin kapsamı ve etkilerini belirleyebilmek için oldukça önemli görülmüştür²⁸¹.

Şemsiye hükümlerde yer alan farklılıklar esas itibariyle, riayet edilecek veya gözetilecek borcun kapsamının her türlü borcu kapsayacak biçimde mi öngörüldüğü yoksa daha sınırlı bir kapsama mı sahip olduğu, ev sahibi devletin üstlendiği riayet ve gözetleme yükümlülüğün emredici bir dil ile mi yoksa yumuşak bir biçimde mi ifade edildiği, riayet edilecek veya gözetilecek borcun yatırımcının dolaylı muhataplığını kapsayıp kapsamadığı ve uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin ev sahibi devlet

²⁷⁹ **Radi, Y.:** Rules and Practises of International Investment Law and Arbitration, Cambridge University Press, 2020, s. 138; Reinisch/Schreuer, s. 866.

²⁸⁰ Radi, s. 138.

²⁸¹ Reinisch/Schreuer, s. 866-867.

mahkemelerinin yanı sıra başkaca çözüm yollarına başvuru imkanı sağlanıp sağlanmadığına ilişkindir.

Çoğu şemsiye hüküm, kapsam dahiline alınan yükümlülüklerin ve taahhütlerin diğer tarafın vatandaşlarının *yatırımlarına ilişkin* (*with regard to investments*) olduğunu belirtmekle beraber ev sahibi devletin yükümlülük altına girdiği borca riayet ve gözetleme yükümlülüğünün kapsamı antlaşmalarda farklı olarak belirlenebilmektedir²⁸². Şöyle ki, bir kısım antlaşmalarda devletlerin bu yükümlülüğünün kapsamı geniş bir biçimde her türlü borcu kapsama alacak (*any obligations, any undertakings, all obligations, any other obligation assumed*) ifadelere yer verilerek hüküm altına alınmaktadır. Bazı antlaşmalarda ise şemsiye hükümler daha dar bir kapsamda sadece yetkili kurum tarafından öngörülen veya yazılı olarak verilen taahhütleri kapsamaktadır²⁸³. Kimi yatırım antlaşmalarında ise, *belli yatırımlar* (*specific investments*) veya *diğer Âkit tarafın yatırımcılarının yatırımları* (*investments of investors of the other Contracting Party*) gibi ifadelere yer verilerek ev sahibi devletin riayet etme ve gözetleme yükümlülüğünün kapsamı belirlenmektedir²⁸⁴.

Yatırımlara ilişkin ikili veya çok taraflı yatırım antlaşmalarında *her türlü borçtan* doğan yükümlülüklerle devletlerin riayet edileceğinin öngörülmesinin devletlerin tek taraflı taahhütlerini de kapsayıp kapsamadığı üzerinde durulması gerekmektedir. Zira devletler, yabancı yatırım sözleşmelerinin veya yatırım antlaşmalarının yanı sıra yasama veya düzenleyici faaliyetlerde bulunarak veya idari işlem tesis ederek de taahhütte bulunabilmektedir²⁸⁵. Bu hususta doktrinde kabul edilen ağırlıklı görüş, şemsiye hükümlerin lafzında herhangi bir kısıtlama öngörülmezsizin *her türlü borç* ifadesine yer verilmesi halinde, devletin tek taraflı

²⁸² Radi, s. 138-139; Gölcüklü (Umbrella), s. 358.

²⁸³ Dumberry, s. 238.

²⁸⁴ Reinisch/Schreuer, s. 869-870.

²⁸⁵ Şit Köşgeroğlu, s. 346.

taahhütlerinin de şemsiye hüküm kapsamına gireceği yönündedir²⁸⁶. Nitekim, *CMS v. Argentina*²⁸⁷ davasında hakem heyeti, doğal gazın transferine yönelik ev sahibi devletin iç mevzuatında yer alan koruma ve garanti hükümlerinin yürürlükten kaldırılması ve feshedilmesini şemsiye hüküm kapsamında yasal ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali olarak değerlendirmiş ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yanı sıra devletlerin iç mevzuatında yer verdikleri düzenlemelerden doğan yükümlülüklerin de şemsiye hüküm kapsamında ihlal edilebileceği kanaatine ulaşmıştır²⁸⁸.

Yatırım antlaşmalarında genellikle emredici ifadeler kullanılarak, ev sahibi devletin üstlendiği borçlara riayet edeceği ve bu borçları gözeteceği öngörülmektedir. Ancak birtakım yatırım antlaşmalarında devletin üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmesini temin eden dolaylı olarak emredicilik niteliğini haiz kelimelerin kullanıldığı görülmektedir²⁸⁹. Bunların haricinde bazı antlaşmalarda ise, doğrudan veya dolaylı olarak emredicilik anlamı olmaksızın genel nitelikte bir borca yer verildiği görülmektedir²⁹⁰.

²⁸⁶ Reinisch/Schreuer, s. 890-891

²⁸⁷ *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina Republic (CMS v. Argentina)*, ICSID ARB No/01/8. Bkz. <https://www.italaw.com/cases/288> (E.T.: 23.05.2023)

²⁸⁸ *CMS v. Argentina*, para. 143; Wong, s. 160.

²⁸⁹ Bu noktada; *shall observe, shall respect undertakings, shall adhere to* gibi ifadeler doğrudan emredici ifadeler olarak kabul edilmektedir. Diğer tarafta; *shall guarantee, shall ensure the observance of undertakings* gibi ifadelerin ise dolaylı emredici ifadeler olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Reinisch/Schreuer, s. 868-872; Şit Köşgeroğlu, s. 308; Dumberry, s. 238.

²⁹⁰ Örnek olarak, İtalya ile Ürdün arasında akdedilen ikili yatırım antlaşmasının 2. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “*Her bir taraf devlet, her bir yatırımcı ile ilgili olarak üstlenilen taahhütlere iyi niyetli riyeti de kapsayacak şekilde, hukuka uygun muamelenin sürekliliğini temin etmek üzere kendi ülkesinde hukuki bir çerçeve yaratacak ve muhafaza edecektir.*” (*Each Contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of treatment, including the compliance, in good faith, of all obligations assumed with regard to each specific investor.*) hükmüne yer verilmiştir. Bu hükmeye dayanılarak başlatılan *Salini v. Jordan* davasında ise hakem heyeti, antlaşmada yer alan bu hükümde salt yatırımcı ile ilgili olarak üstlenilen yükümlülüklerle zorunlu bir riayet öngörülmeksizin riyeti temin etmek üzere bir hukuki çerçeve çizilmesinin öngörüldüğü ifade ederek, ev sahibi devletin karşı tarafın yatırımcısına yönelik olarak herhangi bir yükümlülüğü yerine getirmek üzere taahhütte bulunmadığını kabul etmiştir. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan (Salini v. Jordan)*, ICSID Case No. ARB/02/13, Karar için Bkz. <https://www.italaw.com/cases/954> (E.T.: 18.06.2023). Karara ilişkin inceleme için Bkz. Lim, s. 357; Şit Köşgeroğlu, s. 309.

Yatırım antlaşmalarında devletin şemsiye hüküm ile yükümlülük altına girdiği borcun muhatabı da farklı şekillerde ifade edilmiş olabilir. Zira, antlaşmalarda genellikle *yatırım* veya *yatırımcıların yatırımı* gibi ifadeler kullanılmakla beraber kimi antlaşmalarda *yatırımcı* muhatap olarak gösterilmiştir. Doktrinde, salt *yatırımcının* muhatap gösterildiği antlaşmaların yabancı yatırımcıya karşı üstlenilen dolaylı yatırımları kapsamayacak şekilde daha dar anlama geldiği kabul edilmektedir²⁹¹. Örneğin, ev sahibi devlet hukukuna göre kurulmuş bir şirketin yabancı yatırımcı tarafından satın alınması veya kontrol edilmesi halinde, şemsiye hükümde muhatap alınan *yatırımcı*, satın alınan veya kontrol edilen şirketin kendisi olacağı için, şirketi satın alan veya kontrol eden yatırımcının bu şirkete yönelik taahhütlerinin şemsiye hükmün kapsamı dışında yorumlanabileceği ifade edilmektedir²⁹². Hükmün bu şekilde dar bir biçimde yorumlanmasının neticesi olarak da yabancı yatırımcının kendisine taahhüt edilmeyen, ev sahibi devlette faaliyet gösteren bağlı şirketine taahhüt edilen bir borca riayet etme ve gözetme yükümlülüğüne dayanarak talep hakkı bulunmayacağı kabul edilmektedir²⁹³.

Kimi yatırım antlaşmalarında yer alan şemsiye hükümlerde şemsiye hükümlerden doğan uyuşmazlıkların antlaşmada öngörülen uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlere tâbi olacağına yer verilirken, kimi antlaşmalarda şemsiye hükümlerden doğan uyuşmazlıklarda yatırımcının öncelikle ev sahibi devletin yargı yollarına başvurması bir ön şart olarak belirlenmekte ve bu yoldan netice elde edilememesi halinde antlaşmada belirlenen uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması öngörülmektedir²⁹⁴.

²⁹¹ Şit Köşgeroğlu, s. 312; Dumberry, s. 239.

²⁹² Şit Köşgeroğlu, s. 312.

²⁹³ Köşgeroğlu, s. 312; Radi, s. 148-149; Aksi yönde karar için Bkz. *Burlington Resources Inc. V. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5. Bkz. <https://www.italaw.com/cases/documents/1647> (E.T.:29.05.2023).

²⁹⁴ Dumberry, s. 239.

C. Şemsiye Hükümlerin Kapsamı ve Geçerliliği

Her ne kadar şemsiye hükümlerin düzenleniş biçimleri birbirlerine oldukça benzer olsa da hükümlerin kapsamının hangi hususları ihtiva ettiği veya sözleşmesel taleplerin korunması bakımından geçerli olup olmadığı hakkında görüş birliği bulunmamaktadır. Bu yönde bir görüş birliğinin oluşmamasındaki temel sebep, şemsiye hükümlerin ifade ediliş veya düzenleniş biçimlerindeki küçük farklılıklardan ziyade, uluslararası hukukta faaliyet gösteren hakemlerin farklı kaynaklardan doğan talepleri farklı kuralları uygulayarak en doğru şekilde çözüme kavuşturma çabasındaki ideolojik farklılıklardır²⁹⁵. Bu sebeple, şemsiye hükümlerin yabancı yatırım sözleşmelerinin ihlali üzerindeki etkilerinin, kapsamlarının ve özellikle şemsiye hükümler vasıtasıyla sözleşme ihlallerinin yatırım antlaşmasının da ihlaline sebebiyet verip vermediği meselesinin doktrinde ve hakem kararlarında oldukça tartışmalı olduğu görülmektedir.

Uluslararası hukukta şemsiye hükümlerin yalnızca istisnai durumlarda devletlerin yatırım sözleşmelerini ihlal etmesi haline karşı sınırlı bir koruma sağladığı görüşü baskındır²⁹⁶. Zira kural olarak, bir devlet tarafından sözleşmenin basit olarak ihlal edilmesinin uluslararası hukuka aykırı bir durum oluşturmayacağı ve dolayısıyla yabancı yatırımcıların ve yatırımcıların devletlerinin uluslararası bir talepte bulunamayacağı kabul edilmektedir²⁹⁷. Bazı yazarlarca şemsiye hükümlerin, olağan sözleşme ihlallerine de yatırım antlaşması kapsamında uluslararası bir koruma sağlayacağı, sözleşmeden doğan bir talebi antlaşmaya dayalı talebe dönüştüreceği (*transform*) veya yükselteceği (*elavating*) ileri sürülse de genel kabul gören yaklaşım

²⁹⁵ Shany, s. 844.

²⁹⁶ Dumberry, s. 237; Reinisch/Schreuer, s. 860; Ho, s. 383.

²⁹⁷ Reinisch/Schreuer, s. 861-862.

şemsiye hükümlerin böyle bir işlevinin olmadığını ve sözleşmelerin ulusal hukuka tâbi olacağını kabul etmektedir²⁹⁸.

Şemsiye hükümlerin nasıl ele alınacağı, kapsamının ne olacağı ve sözleşmesel taleplerin bu hükümler ile uluslararası hukuktan doğan borç olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesine ilişkin olarak bir tarafta, şemsiye hükümlerin *olağan anlamları (ordinary meaning/plain meaning)* üzerinde durularak geniş bir biçimde devletlerin her türlü yükümlülüklerini yerine getirmesinin öngörüldüğünün kabul edilmesi gerektiği savunulurken, diğer tarafta hükmün amacı göz önüne alınarak böyle bir durumun kabulünün yatırım tahkimi çerçevesinde mümkün olmadığı ifade edilmektedir²⁹⁹. Uluslararası yatırım tahkiminin en tartışmalı konularından biri olarak kabul edilen şemsiye hükümlerin kapsam ve geçerliliğine yönelik bu tartışmaları esas itibariyle iki yaklaşım etrafında toplamak mümkündür³⁰⁰. Bu yaklaşımlar; kısıtlayıcı yorum yaklaşımı ve geniş yorum yaklaşımıdır³⁰¹.

1. Kısıtlayıcı Yorum Yaklaşımı

Devlet Dostu Yaklaşım (state-friendly approach) olarak da adlandırılan kısıtlayıcı yorum yaklaşımında temel itibariyle; her türlü sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların yatırım tahkimi önünde görülmesinin doğru olmayacağı, bu durumun yabancı yatırıma ihtiyaç duyan gelişmekte olan ülkeler bakımından olumsuz sonuçlara sebep olabileceği ve devletlerin muğlak antlaşma standartları ile daha az yükümlülük altına girmesi gerektiği gerekçeleriyle şemsiye hükümlerin *pacta sunt servanda* ilkesinin uluslararası hukuktaki yansıması olarak kabul edilmemesi gerektiği

²⁹⁸ Reinisch/Schreuer, s. 864.

²⁹⁹ Lim, s. 361.

³⁰⁰ Reinisch/Schreuer, s. 865.

³⁰¹ Dumbery, s. 234; Kimi kaynaklarda ise bu ayrım bütünleştirici (*integrationist*) ve ayrıştırıcı (*disintegrationist*) yaklaşımlar olarak ele alınmaktadır. Bkz. Shany, s. 844.

savunulmaktadır³⁰². Ancak bu yaklaşımı benimseyen yazarların da kendi içlerinde ikiye ayrıldığı görülmektedir. Bir kısım yazarlar, devlet tarafından ihlal edilen sözleşmelerin şemsiye hükümler vasıtasıyla yatırım antlaşmalarının ihlali olarak kabul edilebilmesi için şemsiye hükümlerin lafzının geniş bir biçimde ifade edilmesini yeterli bulmamakta ve devletlerin ayrıca sözleşmeden doğan hakların antlaşmadan doğan taleplere dönüşebilmesi için açık hükümlere yer vermesi gerektiği ifade edilmektedir³⁰³. Bir kısım yazar ise, devletler tarafından yatırım antlaşmalarında açık hükümlere yer verilmesine gerek olmasa da, bütün sözleşme ihlallerinin değil sadece devletin egemenlik haklarını kullanmalarından kaynaklanan sözleşme ihlallerinin şemsiye hükümler vasıtasıyla antlaşma kapsamında korunabileceğini savunmaktadır³⁰⁴. Her iki görüş de aşağıda incelenen kararlardan anlaşıldığı üzere uygulamada kimi hakem heyetlerince benimsenmiş ve tatbik edilmiştir.

Şemsiye hükümlerin niteliği ve kapsamına ilişkin olarak da ilk defa *SGS v. Pakistan*³⁰⁵ davasında detaylı bir inceleme yapılmış, hüküm farklı yönleriyle tartışılmış, akabinde hakem kararlarında ve doktrinde bu karar üzerinde çok fazla durulmuştur³⁰⁶. Kısıtlayıcı yorum yaklaşımının ortaya çıkmasında önemli bir role sahip olan bu davada hakem heyeti, sözleşmesel talepler ile yatırım antlaşmasından doğan talepler arasında ayırım yaparak, İsviçre ile Pakistan arasında akdedilen iki taraflı yatırım antlaşmasının 11. maddesinde hüküm altına alınan şemsiye hükmün uygulanabilirliği ve sözleşmesel talepler üzerinde yargılama yetkisi olup olmadığı üzerinde durmuş, sonuçta davacı *SGS*'nin *asansör* veya *ayna etkisi* kaydı olarak ifade

³⁰² Reinisch/Schreuer, s. 883; Lim, s. 350.

³⁰³ Dumberry, s. 236.

³⁰⁴ Dumberry, s. 236.

³⁰⁵ *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan (SGS v. Pakistan)*, ICSID Case No. ARB/01/13 Bkz. <https://www.italaw.com/cases/1009> (E.T.: 16.05.2023).

³⁰⁶ Her ne kadar şemsiye hükümlerin gündeme geldiği ilk tahkim davası *Fedax v. Venezuela* davası olsa da hükümlerin kapsamı ve etkilerinin ilk defa *SGS v. Pakistan* davasında tartışıldığı kabul edilmektedir. Bkz. Sinclair (Umbrella Clause), s. 411, dn. 1; Bottini, s. 254-255; Shanny, s. 839; Lim, s. 358; Davanın detaylı incelenmesi ayrıca Bkz. Wong, s. 150-153.

ettiği şemsiye hükmün sözleşme ihlallerini yatırım antlaşmasının ihlaline çevirmeyeceğine kanaat getirerek sözleşmesel talepler bakımından yetkisiz olduğuna karar kılmıştır³⁰⁷. Bu karara gerekçe olarak ise hakem heyeti, yatırım antlaşmasının 11. maddesinde yer alan şemsiye hükmün sözleşmeye dayanan talepler bakımından yetkinin tesis edilebilmesi için *açık ve ikna edici (clear and convincing)* bir temel oluşturmadığını, bu hükmün peşin olarak sözleşmenin ihlal edilmesini halini yatırım antlaşmasının ihlal edilmesine çevirmeyeceğini, böyle bir dönüşümden bahsedebilmek için bariz ve kabul edilebilir deliller bulunması gerektiğini ifade etmiştir³⁰⁸.

Yatırım antlaşmasında yer alan bir şemsiye hükmün, bir tarafı yabancı yatırımcı olan bir sözleşmeden doğan talepleri yatırım antlaşmasının ihlaline dönüştürmeyeceğinin benimsendiği bu görüş, sonraki tarihli bazı davalarda da kabul edilmiştir. Örneğin, 2011 yılında karara bağlanan *El Paso v. Argentina*³⁰⁹ davasında sözleşme ihlalinin şemsiye hükmün geniş yorumlanarak yatırım antlaşmasının ihlali anlamına gelmeyeceği ifade edilerek, sözleşmeye dayanan talepler üzerinde yargılama yetkisinin bulunmadığına hükmedilmiştir³¹⁰. Hakem heyetinin bu görüşü benimsemesindeki temel neden ise, geniş yorum yaklaşımının kabul edilmesinin, önemli olup olmadığına bakılmaksızın devletlerin tüm taahhüt ettikleri yükümlülüklerle aykırılıkların uluslararası koruma standartlarından faydalanması sonucuna götürebileceğidir³¹¹. Bu davada hakem heyeti, şemsiye hükümlerden devletlerin tüm yükümlülüklerinin antlaşma kapsamına alınabileceği yönünde açık ve

³⁰⁷ *SGS v. Pakistan* para. 163-166; İsviçre ile Pakistan arasında imzalanan yatırım antlaşmasının 11. maddesi şu şekildedir: “*Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.*” Antlaşma metninin tamamı için Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2130/download> (E.T.: 15.05.2023)

³⁰⁸ *SGS v. Pakistan*, para. 166-194; Bottini, s. 255; Shany, s. 840; Lim, s. 362.

³⁰⁹ *El Paso Energy International Company v. The Argentina Republic (El Paso v. Argetina)*, ICSID Case No. ARB/03/15. Bkz. <https://www.italaw.com/cases/382> (E.T.: 18.05.2023).

³¹⁰ *El Paso v. Argentina*, para. 76-77; Dumberry, s. 237.

³¹¹ Lim, s. 364.

ikna edici bir olgu bulunmadığının üzerinde durmakla birlikte, şemsiye hükümlerin devletin egemenliğinin ve sorumluluğunun ekonomik sonuçları ve yatırımların korunması bakımından dengeli bir biçimde uygulanması gerektiğini ifade etmiştir³¹².

Görüldüğü üzere *El Paso v. Argentina* davasındaki hakem heyeti, *SGS v. Pakistan* kararındaki gibi şemsiye hükümlerin lafzının açık ve ikna edici olmamasından ziyade, şemsiye hükümlerin uygulanabilirliğinin sözleşme ihlallerinin sadece devletin hükümet tasarrufları veya egemenlik yetkisinden kaynaklandığı hallere bağlanmasını öngörmüştür.

2. Geniş Yorum Yaklaşımı

Geniş yorum yaklaşımını benimseyen görüş esasında kendi içerisinde iki gruba ayrılmaktadır. Nitekim, bu yaklaşımı benimseyen bazı yazarlar şemsiye hükümleri mutlak bir biçimde ele alarak, bu hükümler vasıtasıyla sözleşmeden doğan taleplerin antlaşmadan doğan taleplere yükseldiğini ve yabancı yatırım sözleşmelerinin uluslararasılaştırdığını kabul ederken, diğer bir görüş şemsiye hükümlerin sözleşmeden doğan taleplerin herhangi bir suretle yatırımdan doğan taleplere dönüştürmeyeceğini ve sadece sözleşme ihlallerinin antlaşmanın maddi hükümlerinin ihlaline dayanak oluşturacağını kabul etmektedir³¹³.

Geniş yorum yaklaşımına yönelik olarak gösterilen en önemli dava *SGS v. Philippines*³¹⁴ davasıdır. 2004 yılında görülen *SGS v. Pakistan* davasından birkaç yıl sonra, 2008 tarihinde *SGS v. Philippines* davasında hakem heyeti, uyuşmazlığa konu olguların benzerlik göstermesi ve şemsiye hükümlerin ifade ediliş biçiminde kayda

³¹² Dumberry, s. 237.

³¹³ Dumberry, s. 237.

³¹⁴ *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of Philippines (SGS v. Philippines)*, ICSID Case No. ARB/02/6. Bkz. <https://www.italaw.com/cases/1018> (E.T.: 22.05.2023).

değer bir farklılık bulunmamasına rağmen *SGS v. Pakistan* davasında oluşan içtihatın aksi yönünde karar vermiş ve hakem heyetinin şemsiye hükme ilişkin yorumunu oldukça sınırlayıcı olarak nitelemiş ve ikna edici olmaktan uzak bulmuştur³¹⁵. Bu davada hakem heyeti, şemsiye hükme ve yatırım antlaşmasında yer alan uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlere atıfta bulunarak sözleşmesel taleplerin ihlal edilip edilmediği ve sözleşme ihlalinin yatırım antlaşmasının da ihlalinin teşkil edip etmeyeceği konusunda yetkili olduğuna karar vermiştir³¹⁶. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bu noktada hakem heyeti şemsiye hükümlerin sözleşmeden doğan hakları yatırım antlaşmasından doğan haklara dönüştürecek veya yükseltecek düşüncesini kabul etmemiş, şemsiye hükmün sözleşmesel taleplerin içeriği veya kapsamını değiştirmeksizin salt sözleşmesel taleplerin ihlal edilmesinin antlaşmada yer alan ve maddi koruma sağlayan bu hükümlerin ihlaline dayanan talepler olduğuna karar vermiştir. Hakem heyetine göre sözleşmesel borçlar uluslararası hukuk meselesine dönüşmeyecek, devletin sözleşmeyi ihlal etmesi aynı zamanda şemsiye hükümler vasıtasıyla yatırım antlaşmasında taahhüt ettiği yükümlülüğün de ihlali anlamına gelecek olup, yatırımcının yatırım antlaşmasının maddi bir hükmü olan şemsiye hüküm ihlaline dayanan taleplerini antlaşmada yer alan uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükümler çerçevesinde devlete karşı ileri sürebilecektir³¹⁷.

Her ne kadar *SGS v. Philippines* davasında hakem heyeti, sözleşmesel talepler bakımından kendilerinin yetkili olduğuna karar vermiş olması bu taleplerin şemsiye hükümler vasıtasıyla yatırım tahkimi önünde görülmesi hususunda oldukça önemli bir içtihatın oluşuma ön ayak olsa da, heyetin şemsiye hükmün içeriği ve kapsamına ilişkin tespitleri kimi kararlarda yetersiz ve eksik bulunmuştur. Örneğin, *Noble*

³¹⁵ *SGS v. Philippines*, para. 125-126; Shany, s. 841.

³¹⁶ Lim, s. 359; Dumberry, s. 238.

³¹⁷ Bottini, s. 255-256; Ho, s. 387.

*Ventures v. Romania*³¹⁸ davasına bakan hakem heyeti, şemsiye hükümlere ilişkin geniş yorum yaklaşımını benimseyerek sözleşmesel talepler bakımından yetkili olduğuna karar kılmış, fakat *SGS v. Philippines* hakem heyetinin sözleşmelerin içeriği ve kapsamına ilişkin görüşünden ayrılarak, şemsiye hükümlerin sözleşmesel talepleri antlaşmadan doğan taleplere yükselteceğine ve sözleşmesel taleplerin uluslararası hukuk meselesi olacağına karar kılmıştır³¹⁹.

*SGS v. Republic of Paraguay*³²⁰ kararında ise hakem heyeti, İsviçre ile Paraguay arasında akdedilen yatırım antlaşmasında yer alan şemsiye hüküm doğrultusunda, SGS ile Paraguay devleti arasındaki yabancı yatırım sözleşmesinden doğan talepleri görmekte yetkili olduğuna karar vermiş ve taraflar arasındaki sözleşmede yer alan sözleşmenin ihlali halinde Paraguay mahkemelerine başvurulmasına yönelik münhasır yetki hükümlerini dikkate almamıştır³²¹. Yabancı yatırım sözleşmesinde uyuşmazlık çözüm yolu olarak münhasıran devlet mahkemeleri yetkili kılınmasına rağmen hakem heyetinin sözleşmeden doğan taleplerde şemsiye hüküm vasıtasıyla kendisini yetkili görmesi, *SGS v. Philippines* kararına nazaran daha geniş kapsamlı bir yaklaşımın benimsendiğini ortaya koymaktadır.

D. Değerlendirme

Yatırım sözleşmelerinin ev sahibi devletler tarafından ihlal edilmesi halinde söz konusu aykırılık, iki veya çok taraflı yatırım antlaşmalarında yer alan adil ve hakkaniyetli muamele veya kamulaştırmaya ilişkin hükümler nezdinde korunması

³¹⁸ *Noble Ventures Inc v. Romania* (*Noble Ventures v. Romania*), ICSID Case No. ARB/01/11. Bkz. <https://www.italaw.com/cases/747> (E.T.: 26.05.2023).

³¹⁹ *Noble Ventures v. Romania*, para. 53-56; Dumberry, s. 238.

³²⁰ *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay* (*SGS v. Paraguay*), ICSID Case No. ARB/07/29. Bkz. <https://www.italaw.com/cases/1016> (E.T.: 26.05.2023).

³²¹ Ho, s. 388.

mümkün olmasa da, şemsiye hükümler vasıtasıyla yatırım antlaşmalarının kapsamına alınarak sözleşmeden doğan hakların ve taleplerin korunmasına yönelik ek bir imkan sağlanabilmektedir.

Ancak şemsiye hükümler vasıtasıyla sözleşmeden doğan hakların korunması ve yatırım tahkimi önünde dermeyeran edilmesi, şemsiye hükümlerin iki veya çok taraflı yatırım antlaşmaları içerisindeki konumu, hükümlerin lafzının nasıl kaleme alındığı ve hükümlere yer verilmesindeki amacın neler olduğu gibi birçok tartışmalı hususları gündeme getirmektedir. Gerçekten de, şemsiye hükümlerin sözleşmeye dayalı taleplere uluslararası koruma sağlayıp sağlamadığı veya bu talepleri bir uluslararası hukuk meselesi haline getirerek antlaşmadan doğan bir talebe dönüştürüp dönüştürmediği sorularının kesin bir şekilde yanıtlanabilmesi için açık ve sınırları net bir biçimde belirlenmiş düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

Kısıtlayıcı yorum yaklaşımını benimseyenler, sözleşmelerin şemsiye hükümler vasıtasıyla yatırım antlaşmalarının ihlali olarak kabul edilebilmesi için şemsiye hükümlerin lafzen geniş bir biçimde ifade edilmesinin yeterli olmadığını ve sözleşmeden doğan hakların antlaşmadan doğan taleplere dönüşebilmesi için devletlerin açık hükümlere yer vermesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu görüş, taraf iradelerini dikkate almadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir³²². Yatırım antlaşmalarının tarafı olan devletlerin, sözleşmeden doğan ihlalleri dışlayan kısıtlı bir hükme yer verme imkanları olmasına rağmen bunu yapmayarak ev sahibi devletin *her türlü taahhüdünden* bahsetmesi karşısında, bu görüşün antlaşmaya taraf devletlerin iradelerini yok saydığı, anlamsız ve işlevsiz kıldığı kabul edilmektedir³²³. Nitekim, *SGS v. Pakistan* davasında, yatırım antlaşmasına taraf devletlerin (İsviçre ve Pakistan) kendi iradeleri ile antlaşmada şemsiye hükme yer vermelerine rağmen hakem

³²² Dumbery, s. 238.

³²³ Şit Köşgeroğlu, s. 316.

heyetinin şemsiye hükmün yatırımcıyı koruma amaç ve işlevinin gözardı edilerek dar yorumlanması ve nihayetinde şemsiye hükümlerin uygulanabilirliğini ortadan kaldırmasına yönelik eleştirilerin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Kısıtlayıcı görüş yaklaşımını benimseyen, fakat şemsiye hükmün lafzından ziyade uygulanabilirliğinin devletin egemen yetkisine bağlanması gerektiğini öngören hakem heyetleri de eleştirilmektedir³²⁴. Zira, ev sahibi devletin egemen yetkilerini kullanarak yatırım sözleşmelerini ihlal etmesi durumu zaten devletin uluslararası sorumluluğuna sebebiyet verdiği kabul edildiği için şemsiye hükümlerin bu şekilde yorumlanmasının uluslararası hukukta kabul edilen bir teamülün tekrarından öteye gidemeyeceği ifade edilmektedir³²⁵.

Geniş yorum yaklaşımını benimseyenler arasında borcun niteliği hususunda bir fikir birliği bulunmadığı görülmektedir. Zira, bir kısım hakem heyetleri, ihlal edilen sözleşme hükümlerinin şemsiye hükümler ile uluslararası bir borca dönüştüğünü ifade ederek, şemsiye hükümlerin yatırımcıyı sözleşmeden doğan haklarına yönelik her türlü müdahaleden koruduğunu ve ev sahibi devletin sözleşme ihlallerinden yatırım antlaşmasının ihlalinde olduğu gibi sorumlu olacağını ileri sürmektedir³²⁶. Bazı yazarlar ise, şemsiye hükmün sözleşme ihlallerini yatırım antlaşmasının ihlaline dönüştürme işlevinin bulunmadığını ve salt sözleşmenin ihlalinin aynı zamanda yatırım antlaşmasının ihlaline sebebiyet vereceğini savunarak, şemsiye hükmün yatırım antlaşmasının ayrı bir koruma hükmü olduğunu ve sözleşme ihlalleri halinde yatırımcının hem sözleşmesel talebinin hem de yatırım antlaşmasına dayanan talebinin farklı olarak ele alınması gerektiğini savunmaktadır³²⁷. Bu yaklaşıma ilişkin olarak yöneltilen eleştiriler esas itibarıyla, yaklaşımın benimsenmesinin her tür sözleşme

³²⁴ Dumberry, s. 239.

³²⁵ UNCTAD, State Contracts, s. 23; Şit Köşgeroğlu, s. 318.

³²⁶ Wong, s. 173.

³²⁷ Şit Köşgeroğlu, s. 322; Dumberry, s. 239.

ihlali yatırım antlaşması ihlali sonucuna götürme ihtimali doğurmasına, alelade sözleşmesel taleplerin bile yatırım antlaşmasının ihlali olarak değerlendirilebilmesine ve yatırım antlaşmalarının diğer maddi hükümlerinin işlevsiz hale gelmesine yol açacağı düşüncesi etrafında toplanmaktadır³²⁸. İki veya çok taraflı yatırım antlaşmalarının imzalanmasındaki temel etmenin yabancı yatırımların ve yatırımcıların korunması olduğu düşüncesi göz önünde tutulduğunda, devletlerin de farklı şekilde hükümleri kısıtlama ihtimalleri varken geniş bir biçimde iradelerini ortaya koymaları dikkate alındığında bu eleştirilerin zayıf bir temele dayandığı görüşüne katılıyoruz.

Doktrinde ve hakem kararlarında şemsiye hükümlerin geniş yorumlanması yaklaşımı ağırlık kazansa da, her bir davanın somut koşulları içinde değerlendirilmesi gerekir. Böylelikle şemsiye hükümler ile yatırım antlaşmasının öngördüğü korumadan yararlanabilecek sözleşmesel taleplerin belirlenmesi tahkim yargılamasının esnek ve bağımsız yapısı göz önüne alındığında daha uygun görülmektedir. Güncel yatırım tahkimi içtihatı ve doktrin dikkate alındığında tartışmaların esas itibariyle uyuşmazlık çözüm kayıtlarının farklı görüşlere açık bir şekilde düzenlenmiş olmasından kaynaklandığı anlaşılmakta olup, kısa bir süre içerisinde şemsiye hükümlere ilişkin mevcut bu tartışmaların sona ereceğini öngörmek pek mümkün görülmemektedir³²⁹.

³²⁸ Dumberry, s. 239.

³²⁹ Tiryakioğlu (Yetki ve Kabul Edilebilirlik), s. 101.

SONUÇ

Günümüzde birçok farklı alanda karşılaşılan yabancı yatırım sözleşmeleri, yatırım ilişkilerinde oldukça önemli bir role sahiptir. Ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında imzalanan ve tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri, sözleşmeye uygulanacak hukuk, yargı yetkisi gibi hususları ele alan bu sözleşmeler, kural olarak uluslararası yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımlar için öngörülen hukuki korumalardan faydalanamamaktadır. Ancak bazı hallerde, yabancı yatırımcıların bu sözleşmelerden doğan taleplerinin uluslararası anlaşmalar çerçevesinde korunarak yatırım tahkimi önüne getirilmesi mümkündür.

İki veya çok taraflı yatırım antlaşmalarında öngörülen uluslararası koruma rejimleri kapsamında sözleşmelerden doğan hakların korunabilmesi için her şeyden önce hakem heyetlerinin bu haklardan doğan uyuşmazlıklarda yetkili olması gerekmektedir. Hakem heyetlerinin yetkisinin tespit edilebilmesi için ise sözleşmeden doğan taleplerin iki veya çok taraflı yatırım antlaşmasından doğan taleplerden ayrıştırılması gerekmektedir. Her ne kadar bu ayrımı gerçekleştirebilmek için hakların kaynağı, hakların içeriği, taleplerin tarafları, taleplere uygulanacak hukuk, devletin sorumluluğu gibi birtakım kriterler öngörülse de bu kriterlerin uygulanmasının neticesinde her daim talepler birbirinden ayrıştırılamamakta ve *Vivendi* İptal kararında olduğu gibi hakem heyetlerinin aynı yargılamanın farklı aşamalarında verdiği kararları birbiriyle çelişebilmektedir.

Söz konusu talepler birbirinden ayrılabilirdiği takdirde, taleplerin ihlal edilmesi halinde öngörülen farklı yolların tüketilmesi gerekecektir. İki veya çok taraflı yatırım antlaşmaları için bu yol antlaşmada belirlenen koruma hükümleri çerçevesinde

uyuşmazlık çözüm yollarından herhangi biri olabilecek iken, sözleşmesel talepler bakımından yatırım antlaşmaları devre dışı kalacak ve uluslararası hukuk gündeme gelmeksizin sözleşmede öngörülen hükümler doğrultusunda sözleşme ilişkisinden doğan talepler incelenecektir. Genel kural bu olmak kaydıyla, günümüz yatırım hukuku sisteminde bu kuralın bazı istisnalarının öngörüldüğü görülmektedir. Bu istisnalar, sözleşmesel ihlalin yatırım antlaşmalarının maddi hükümlerinde öngörülen koruma ilkeleri kapsamına sokularak antlaşmanın ihlal edildiğini kabul etmek, devletlerin yatırım tahkimlerine ilişkin vermiş oldukları rızalarının yatırım sözleşmelerini ve bu sözleşmelerden doğan talepleri de içerecek biçimde geniş verdiklerini kabul etmek ve en nihayetinde devletlerin kendi iradeleri ile yatırım antlaşmalarına ekledikleri ve üstlenmiş oldukları her türlü borca riayet etmeyi taahhüt ettikleri şemsiye hükümler kapsamında sözleşmesel talepleri koruma altına almaktır.

Antlaşmaların maddi hükümleri kapsamında sağlanacak olan korumanın adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü ile kamulaştırma yasağı doğrultusunda olabileceğinin öngörülmesi ile beraber devletlerin hangi tür ve sıfatla gerçekleştirmiş olduğu ihlallerinin bu maddi hükümler nezdinde korumaya yol açacağı belirsizdir. Benzer şekilde, devletlerin tahkime rızalarına dayanak olan kaynaklarda sözleşmeden doğan borçları da rıza kapsamına almaları halinde sözleşmesel taleplerin korunabileceği ifade edilse de bu rızanın kapsamının nasıl olması gerektiği hususunda bir açıklık yoktur. Bu yoruma ve tartışmaya açık hususlar, şemsiye hükümler bakımından da geçerlidir. Nitekim ilk defa 1950’li yıllarda öngörülmesi ile yatırım antlaşmasına derç edilmesine ve hemen hemen o yıldan günümüze benzer metinsel ifadelerle antlaşmalarda yerini almasına rağmen şemsiye hükmün biçimsel olarak ele alınışındaki küçük de olsa farklılıklar kimi hakem heyetlerince esaslı bir farklılık olarak değerlendirilmiş ve hükmün kapsamını etkilediği kabul edilmiştir. Bu biçimsel

farklılıkların haricinde, şemsiye hükümlerin genel olarak amaç ve kapsamına ilişkin olarak da çeşitli yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Her ne kadar bu yaklaşımlar temelde kısıtlayıcı yorum yaklaşımı ve geniş yorum yaklaşımı başlıklarına indirgenebilse de esasında dört farklı görüş bulunmaktadır. Bunlar; şemsiye hükmün tek başına sözleşmeden doğan talepleri antlaşmadan doğan taleplere dönüştürecek açık ve bariz bir etkisinin olmadığını düşünenler, şemsiye hükümlerin sözleşmeden doğan talepleri antlaşma kapsamında öngörülen korumadan yararlanabilmesi için ihlal edilen hükümlerin devletlerin egemenlik gücüyle ihlal edilmiş olması gerektiğini düşünenler, şemsiye hükümlerin sözleşmeden doğan talepleri yatırım antlaşmasından doğan taleplere yükseltmeksizin salt antlaşmada öngörülen maddi hükümlerin ihlali kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünenler ve şemsiye hükümlerin sözleşmeden doğan talepleri antlaşmadan doğan talepler derecesine yükselteceği ve bu durumun bir sonucu olarak da sözleşmeden doğan taleplerin ihlal edilmesi halinin uluslararası hukuk meselesi haline geleceğini düşünenlerdir.

Gerek şemsiye hükümlere gerek sözleşmeden doğan taleplerin yatırım antlaşması kapsamında yatırım tahkimi önüne gelebileceği kabul edilen diğer durumlara ilişkin bahsi geçen belirsizlikler ile yorum ve tartışmaya açık hususların temel nedeni yatırım antlaşmalarıdır. Zira devletler, aralarında akdettikleri antlaşmaların kısa süre içerisinde revize edilmesini pek olağan olmadığının ve antlaşmada kabul ettikleri hususların uzun bir süre yürürlükte olacağının farkında olmalarından ötürü gerek kendi ülke vatandaşlarını korumak gerek uluslararası uyuşmazlık çözüm mercileri önünde kendilerini korumak adına muğlak ve yoruma açık düzenlemelere yer verdikleri görülmektedir. Bu muğlak ve yoruma açık düzenlemeler de, antlaşmalarda öngörülen hükümlerin uyuşmazlıkta uygulanması esnasında uygulayıcılar nezdinde bir karışıklığa mahal vermektedir.

Çalışma neticesinde ulaşılan en temel sonuç, yatırım tahkimi sistemi içerisinde doktrinde ve tahkim kararlarında en çok tartışılan konulardan biri olan ve 20. yüzyılın ortalarından beri uluslararası hukuk literatüründe yer alması ve tartışmalara konu edinmesine rağmen üzerinde fikir birliği oluşmayan şemsiye hükümlerin kapsamı ile ilgili olarak yatırım antlaşmalarında açık ve sınırları belirlenmiş hükümler bulunmadığı sürece, her uyuşmazlığın somut koşulları içinde değerlendirilerek hükmün etkisinin belirlenmesi gerektiğidir.



KAYNAKÇA

- Accaoui Lorfin, P.** : *The Evolution of State Contracts Since The 1960's*, International Business Law Journal, Vol. 2017, No. 5, 2017, s. 393-430.
- Akıncı, Z.** : Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 2021.
- Akıntürk, E./ Baklacı, P.** : *İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme*, BATIDER, C. 25, S. 4, 2009, s. 477-538.
- Amerasinghe, C.F.** : *State Breach of Contracts with Aliens and International Law*, The American Journal of International Law, Vol. 58, No. 4, 1964, s. 881-913.
- Arslan, R./ Yılmaz, E./ Taşpınar Ayvaz, E./ Hanağası, E.**: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2018.
- Ataman Fıganmeşe, İ.** : *Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of “Arbitration Without Privity”*, Annales de la Faculte de Droit, No. 60, 2011, s. 187-201. (Consent)
- Ataman Fıganmeşe, İ.** : *Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar*, MHB, Y. 31, S. 1, 2012, s. 91-152.
- Avşar, M.** : *ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı*, PPIL, C. 37, S. 2, 2017, s. 95-140.

- Aydoğmuş, Y.** : *İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı*, MHB, Y. 29, S.1-2, 2009, s. 21-84.
- Baker, J.C./ Yoder, L.J.** : *ICSID and the Calvo Clause a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDC's*, Journal on Dispute Resolution, Vol. 5, No. 1, 1989, s. 75-96.
- Baklacı, P.** : *Uluslararası Yatırımlarda "Dolaylı Kamulaştırma" ve Düzenleyici Yetkiler*, MHB, Y. 28, S. 1-2, 2008, s. 1-25.
- Baklacı, P./ Akıntürk, E.** : *Enerji Şartı Antlaşmasına Göre Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, BATIDER, C. 24, S. 2, 2007, s. 307-345. (Enerji Şartı)
- Bayraktaroğlu Özçelik, G.** : *ICSID Hakem Kararlarında "Yol Ayrımı" ("Fork in the Road") Kayıtları*, PPIL, C. 40, S. 1, 2020, s. 597-518.
- Bernardini, P.** : *Development Agreements with Host Governments*, Economic Development, Foreign Investment and the Law, Pritchard, R. Ed. Kluwer Law International and International Bar Association, 1996, s. 161-174.
- Black, H.C.** : *Black's Law Dictionary*, West Publishing Company, 1968.
- Bottini, G.** : *In Admissibility of Shareholder Claims under Investment Treaties*, Cambridge University Press, 2020.
- Bungenberg, M./ Griebel, J./ Hobe, S./ Reinisch, A.**: *General Introduction to International Investment Law*, International Investment Law, Bungenberg, M./Griebel, J./ Hobe, S./ Reinisch, A. Eds., C.H. BECK-Hart-Nomos, 2015, s. 1-6.

Cole, C. : The Structure of Investment Arbitration, Routledge, 2013.

Comeaux, P.E./Kinsella, N.S.: Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal Aspects of Political Risk, Oceana Publications, 1996.

Cremades, B.M. : *Clarifying the Relationship Between Contract and Treaty Claims in Investor-State Arbitrations*, Business Law International, No. 3, 2003, s. 207-211.

Cremades, B.M./ Cairns, D.J.A.: *Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes*, Arbitrating Foreign Investment Disputes, Procedural and Substantive Legal Aspects, N. Horn, Ed. 2004, 320-351.

Çal, S. : *Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi*, AÜHFD, C. 57, S. 4, 2008, s. 165-190.

Çalışkan, Z. : *Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı*, MBK, Y. 29, S. 1-2, 2009, s. 85-118.

Dickstein, M.E. : *Revitalizing the International Law Governing Concession Agreements*, International Tax & Business Lawyer, Vol. 14, No. 1, 1988, s. 54-91.

Dost, S. : *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Ankara 2006.

Dumberry, P. : *International Investment Contracts*, International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations, Gazzini, T./ Brabandere, E. D. Eds. BRILL, 2012. s. 215-243.

Dunham, P./Represa, J.M.G.: *Construction Arbitration and Concession Contracts*, The Guide to Construction Arbitration, Global Arbitration Review, Brekoulakis, S./Thomas, D.B. Eds. 2018, s. 226-238.

Erten, R. : *ICSID Tahkimi*, BATIDER, C. 19, S. 4, 1998, s. 207-230.

Feit, M. : *Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity*, Berkeley Journal of International Law, Vol. 28. No. 1, 2012, s. 21-41.

Franck, S.D. : *Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law*, Pacific McGeorge Global Business and Development Law Journal, Vol. 19, No. 2, 2007, s. 337-374.

Gailard, E. /Banifatemi, Y.: *Introductory Note to ICSID: Salini Costruttori Spa and Italstrade Spa v. Kingdom of Morocco (Proceeding on Jurisdiction)*, International Legal Materials, Vol. 42, No. 3, 2003, s. 606-608.

Gölcüklü, İ. : *ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar*, PPIL, C. 38, S. 2, 2018, s. 285-309.

Gölcüklü, İ. : *Umbrella Clauses In The ICSID Arbitration*, PPIL, Vol. 37, S. 2, 2017, s. 352-375. (Umbrella)

Ho, J. : *Internationalisation and State contracts: Are State Contracts the Future or the Past?*, Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah, Lim, C.L. Ed. 2016, s. 377-402.

İlhan, E.D. : *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları ve Yatırım Tahkimi Yargılamasında Karşılaşılan Sorunlar*, TBB Dergisi S. 158, 2022, s. 389-456.

İzmirli, L.A. : *Uluslararası Yatırım Hukukunda Yatırım Kavramı*, SDÜHFD, C. 8 S. 2, 2008 s. 89-131.

Kaplan, İ. : *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Ankara 2019.

Kaya, T. : *Ticaret Şirketleri Bakımından Tâbiyet Planlaması ve Uluslararası Yatırım Hukuku Açısından Doğurduğu Sonuçlar*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 4, 2021, s. 61-101.

Kılavuz, A.K. : *Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1-2, 2009, s. 179-215

Kjos, H.E. : *Applicable Law in Investor- State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, Oxford Monographs in International Law, 2013.

Kuğuoğlu D./ Demirkol, E.M.: *ICSID Takiminde Onay (Rıza)*, TAAD, Y. 9, S. 34, 2018, s. 515-536.

Leung, P.M.F./Wang, G. : *State Contracts in the Globalized Word*, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 7, No. 6, 2006, s. 829-855

Lim, C.L. : *Is the Umbrella Clause Not Just Another Treaty Clause?*, Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah, Lim, C.L. Ed. 2016, s. 349-376.

Maniruzzaman, A.F.M. : *State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies*, European Journal of International Law, Vol. 12, No. 2, 2001, s. 309-328.

McLachlan, C./Shore, L./Weiniger, M. : *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2010.

Nomer, E. : *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayınları, 2017.

OECD : *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, Fourth Edition, 2008.

Özsu, G. : *ICSID Tahkimi Bakımından “Tahkime Rıza” ve Bu Rıza Çerçevesinde Tahkim Öncesi Süreçler*, TAAD, C. 9, S. 334, 218, s. 587-610.

Partalcı, R. : *Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen “Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü”*, MBK C. 36, S. 2, 2016, s. 131-162.

Pazarcı, H. : *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitapevi Yayınları, 2017.

Pritchard, R. : *The Use of Joint Ventures in FDI, Economic Development, Foreign Investment and the Law*, Kluwer Law

International and International Bar Association, Pritchard, R.
Ed. 1996, s. 175-196.

Radi, Y. : Rules and Practises of International Investment Law
and Arbitration, Cambridge University Press, 2020.

Reinisch, A./Schreuer, C. : *Umbrella Clause, In International Protection of
Investments: The Substantive Standards*, Cambridge University
Press, 2020, s. 855-969.

Shany, Y. : *Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts
Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*,
American Journal of International Law, Vol. 99, No. 4, 2005, s.
835-851.

Shaw, G.J. : *The 2022 ICSID Rules: A Leap Toward Greater
Transparency in ICSID Arbitration*, ICSID Review, Vol. 38, No.
1, 2023, s. 57-71.

Sinclair, A. : *The Origins of Umbrella Clause in the International
Investment Law of Investment Protection*, Arbitration
International, Vol. 20, No. 4, 2004, s. 411-434. (Umbrella
Clause)

Sinclair, A. : *The Substance of Nationality Requirements in
Investment Treaty Arbitration*, ICSID Review Foreign
Investment Law Journal, Vol. 20, No. 2, 2005, s. 357-388.

Sornarajah, M. : The International Law on Foreign Investment,
Cambridge University Press, 1996.

Söyler, Y. : *Barcelona Traction Davası ve Uluslararası Hukuka Etkisi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19. S. 3, 2015, s. 207-248.

Stanimir, A. : *Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Is It Still Unknown Territory?*, Arbitration Under International Investments Agreements: A Guide to the Key Issues, Yannaca Small, K. Ed. 2010. s. 323-350.

Şanlı, C./ Esen, E./ Ataman Figanmeşe, İ.: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 2021.

Şit Köşgeroğlu, B. : Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması, Vedat Kitapçılık, 2012.

Şit Köşgeroğlu, B. : *Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı*, TBB Dergisi, S. 107, 2013, s. 143-172. (Model)

Tahmaz, A. : *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Ticari Tahkim Arasındaki Farklara Genel Bir Bakış*, Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu 11-12 Ekim 2019, Orhan, U./ Göka, M.E./ Göztepe, E. Eds., On iki Levha Yayıncılık, 2020 s. 363-387.

Tiryakioğlu, B. : Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2003.

Tiryakioğlu, B. : *Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik*, Tahkim Anlaşması,

Özdemir Kocasakal, H./ Balkar, S. Eds., On iki Levha
Yayıncılık, 2020 s. 87-101. (Yetki ve Kabul Edilebilirlik)

Tiryakioğlu, B. : *Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi*, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları C. 1, S. 2, 2007, s. 169-184. (Yatırımlar)

Tuygun, S. : ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Güncel Yayınevi, 2007.

UNCTAD : State Contracts, Series on Issues in International Investment Agreements United Nations, 2004. (State Contracts)

UNCTAD : World Investment Report 2023: Investing in Sustainable Energy for All, United Nations, 2023.

UNCTAD : Scope and Definition, Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 2011. (Scope and Definition)

Vanhonnaeker, L. : *International Investment Agreements*, Promoting and Managing International Investment, Vanduzer, J.A./Leblond, P. Eds, Routledge, 2020, s. 200-222.

Voss, J.O. : The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

Waibel, M. : *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, International Investment Law, Bucgenberg, M./Griebel, J./

Hobe, S./ Reinisch, A. Eds., C.H.BECK-Hart-Nomos, 2015, s. 1212-1287.

Walter, A. : Investor-State Contracts in the Context of International Investment Law, International Investment Law, Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch Eds., C.H.BECK-Hart-Nomos, 2015, s. 80-93.

Wang, G. : International Investment Law: A Chinese Perspective, Routledge, 2015.

Weiniger, M. : International Investment Arbitration, Oxford University Press, 2010.

Wong, J. : *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes*, Geo. Mason Law Review, Vol. 14, No. 1, 2006, s. 135-177.

Yılmaz, Ç. : Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, On İki Levha, İstanbul 2013.

Yılmaz, Ç. : *MIGA Konvansiyonunun Uygulama Alanı ve Konvansiyon Kapsamındaki Uyuşmazlıklara İlişkin Çözüm Yöntemleri*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 1, 2018, s. 374-399. (MIGA)