

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI**

**ENERJİ YATIRIMLARI VE
ULUSLARARASI KORUMA STANDARTLARI**

DOKTORA TEZİ

**Hazırlayan
Alper Çağrı YILMAZ**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Vahit DOĞAN**

Ankara-2012

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI**

**ENERJİ YATIRIMLARI VE
ULUSLARARASI KORUMA STANDARTLARI**

DOKTORA TEZİ

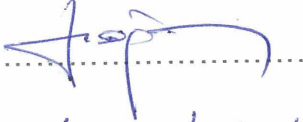
**Hazırlayan
Alper Çağrı YILMAZ**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Vahit DOĞAN**

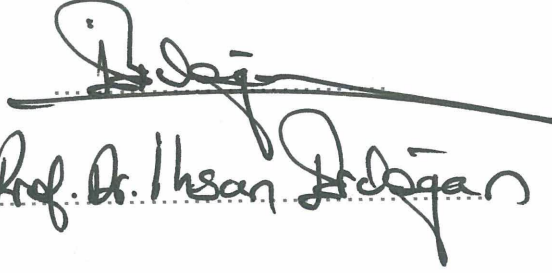
Ankara-2012

ONAY

ALPER ÇAĞRI YILMAZ tarafından hazırlanan "Enerji Yatırımları ve Uluslararası Koruma Standartları" başlıklı bu çalışma 12.04.2012 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda o.y.birliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim dalında Doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

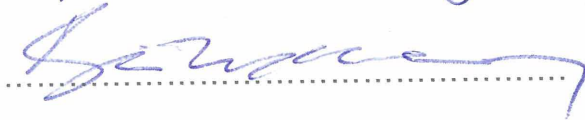


Prof. Dr. Vahit Dağcı



Prof. Dr. İhsan İrdogan

Prof. Dr. Bilgin Tiryakiöplü





Prof. Dr. Veyisel BAŞPINAR



Prof. Dr. Feriha Bilge Tanrıbar

ÖNSÖZ

Çalışmamızın konusunu, “Enerji Yatırımları ve Uluslararası Koruma Standartları” oluşturmaktadır. Uluslararası hukukta yatırımların korunması konusu, ağırlıklı olarak ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında düzenlenmiştir. Bu antlaşmalarda, yabancı yatırımcının ev sahibi devlette maruz kalabileceği risklere karşı korunabilmesi amacıyla, ev sahibi devletin yatırımcı ve yatırıma yönelik üstlenmesi gereken bazı temel davranış veya koruma standartlarına yer verilmiştir. Antlaşma hukukunda bahse konu standartlar, “genel” ve “özel” koruma standartları başlıkları altında ele alınmaktadır. Hemen tüm yatırım antlaşmalarında, genel koruma standartları altında; koruma ve güvenlik, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ve ayrımcılık yapmama ilkelerine yer verilmektedir. Yatırım antlaşmalarında yer verilen özel koruma standartlarının ise; haksız kamulaştırmanın önlenmesi, kâr veya kazançların menşee ülkeye transfer edilmesi, halefiyet ve tazminat yükümlülüğü başlıkları altında özetlenmesi mümkündür.

Çalışmamızda, ağırlıklı olarak yatırım antlaşmalarında öngörülen genel koruma standartlarının içeriğine ve uygulanmasına yönelik uluslararası hukuk doktrini ve içtihat hukuku alanında benimsenen yaklaşımlar ele alınacaktır. Bu antlaşmalar arasında belirli bir sektöre ilişkin akdedilen ilk yatırım antlaşması olma özelliğini taşıyan Enerji Şartı Antlaşmasında yer verilen düzenlemeler, çalışmamızın temel inceleme konusunu oluşturacaktır. Bununla birlikte, enerji yatırımlarına ilişkin uyuşmazlıkların çok önemli bir kısmının kamulaştırma ve devletleştirme uygulamalarından kaynaklandığı bilinmektedir. Bu itibarla çalışmamızda, Enerji Şartı Antlaşmasının bahse konu özel koruma standardına yönelik hükümleri de tahlil edilecektir.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR.....	viii

GİRİŞ

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ.....	1
§ 2. ÇALIŞMANIN KAPSAM VE SINIRI.....	4

BİRİNCİ BÖLÜM

YATIRIM ANTLAŞMALARINI KAPSAMINDA YABANCI YATIRIM

§ 3. YABANCI YATIRIM.....	8
I. KAVRAM	8
II. YABANCI YATIRIM TÜRLERİ	11
A. Doğrudan Yabancı Yatırım ve Dolaylı Yatırım Ayrımı	12
1. Doğrudan Yabancı Yatırım.....	12
2. Dolaylı Yatırım (Yabancı Portföy Yatırımı)	16
B. Diğer Ayrımlar	20
1. Yatırım Sözleşmeleri	20
2. Uluslararası Yatırım Kredileri	21
3. Fikri Mülkiyet Hakları ve İdari İzinler.....	22
§ 4. ÇOK TARAFLI YATIRIM ANTLAŞMALARINDA YABANCI YATIRIM	25
I. ICSID KONVANSİYONU KAPSAMINDA YABANCI YATIRIM	25
A. ICSID Konvansiyonuna Göre Yatırım.....	26
B. Unsurlar.....	28
1. Hukuki Nitelik	28
2. Doğrudan Yatırımdan Kaynaklanma Olgusu.....	30
3. Takdir Yetkisi.....	34
C. Fedax/Salini Kriterleri	35
1. Yatırımın Belirli Bir Süre Devamlılık Göstermesi	37

2. Kazanç ve Risk Unsurlarının Mevcut Olması	39
3. Yatırımcının Önemli Bir Taahhüt Altına Girmesi.....	42
4. Yatırımın Ev Sahibi Devletin Gelişimine Katkı Sağlaması	43
II. DİĞER ÇOK TARAFLI YATIRIM ANTLAŞMALARI KAPSAMINDA	
YABANCI YATIRIM.....	44
A. Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (NAFTA)	44
B. ASEAN Yatırım Antlaşması	47
C. COMESA Yatırım Antlaşması	50
D. Yeknesak Bir Uluslararası Yatırım Antlaşması Girişimi (MAI)	51
§ 5. İKİLİ YATIRIM ANTLAŞMALARI KAPSAMINDA YABANCI YATIRIM 55	
I. YATIRIM KAVRAMINA İLİŞKİN BENİMSENEN YAKLAŞIMLAR	56
A. Örnekleyici Liste Yaklaşımı	56
B. Örnekleyici Liste ve Karakteristik Yatırım Özellikleri Yaklaşımı	59
C. Tahdidi Liste Yaklaşımı	62
II. YATIRIM TANIMINA İLİŞKİN GETİRİLEN KISITLAMALAR	64
A. Ev Sahibi Devletin Hukukuyla Uyumlu Olma Kısıtlaması	64
B. Coğrafi Bakımdan Getirilen Kısıtlamalar.....	69
C. Zaman Bakımından Getirilen Kısıtlamalar.....	75
1. Antlaşmanın Geçerlilik Zamanına İlişkin Kısıtlamalar.....	75
2. Yatırım “Uyuşmazlıkları” Kısıtlamaları	77
3. Antlaşmanın Feshine İlişkin Kısıtlamalar	80
D. Proje Kısıtlamaları	81
§ 6. YATIRIM KAVRAMINA İLİŞKİN BAZI ÖZEL KONULAR.....83	
I. AZINLIK HİSSEDARLIĞI	83
A. Uluslararası Adalet Divanının Barcelona Traction Kararı	83
B. Yatırım Antlaşmalarında Öngörülen Yaklaşım.....	85
C. İçtihat Hukuku Alanında Benimsenen Yaklaşım.....	86
D. Değerlendirme.....	89
II. DOLAYLI HİSSEDARLIK	91
A. İçtihat Hukuku Alanında Benimsenen Yaklaşım	91
B. Değerlendirme	94

III. YATIRIM ÖNCESİ HARCAMALAR	95
A. <i>İçtihat Hukuku Alanında Benimsenen Yaklaşım</i>	96
B. <i>Değerlendirme</i>	100

İKİNCİ BÖLÜM
ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI ÇERÇEVESİNDE
ENERJİ YATIRIMLARI

§ 7. ENERJİ YATIRIMI	105
I. KAVRAM	105
II. ENERJİ YATIRIMININ UNSURLARI	108
A. <i>Yatırım Üzerindeki Kontrol Düzeyinin Esas Alınması</i>	108
1. Hukuki Çerçevenin İzahı	108
2. Portföy Yatırımlarına İlişkin Değerlendirme	110
B. <i>Ev Sahibi Devletin Hukukuyla Uyumluluk Kıstasına Yer Verilmemesi</i>	111
1. İçtihat Hukuku Alanında Uyumluluk Kriteri	113
2. Değerlendirme	116
C. <i>Yatırım Öncesi Faaliyetlerin Koruma Altına Alınmaması</i>	117
1. Hukuki Çerçevenin İzahı	119
2. Değerlendirme	120
III. ENERJİ YATIRIMI KAVRAMINA YÖNELİK SINIRLANDIRMALAR	121
A. <i>Coğrafi Bakımdan Sınırlandırma</i>	121
B. <i>Zaman Bakımından Sınırlandırma</i>	123
1. Hukuki Çerçeve	123
2. Hakem Kararlarında Zaman Bakımından Uygulama	126
IV. ENERJİ YATIRIM TÜRLERİ	129
A. <i>Enerji Sektöründeki Ekonomik Faaliyetler</i>	130
1. Temel Faaliyet Alanları	130
2. Enerji Sektörüyle Bağlantılı Ekonomik Faaliyetler: Amto Kararı ...	133
B. <i>Enerji Yatırım Sözleşmeleri</i>	135

1. Enerji Yatırım Sözleşmelerine İlişkin Hukuki Çerçeve	135
2. Enerji Kaynaklarının Aranması ve Üretimi Sözleşmeleri	137
3. Enerji Altyapı Sözleşmeleri.....	141
4. Enerji Madde ve Ürünlerinin Satışı Sözleşmeleri	142
a. Satış Sözleşmelerine İlişkin Hukuki Çerçeve.....	142
b. Satış Sözleşmelerin Yatırım Olarak Kabulünün Tahkim Sürecine Etkisi	145
C. <i>Hisse Senedi ve Tahviller</i>	148
D. <i>Fikri Mülkiyet Hakları</i>	149
E. <i>Kazançlar</i>	150
§ 8. ENERJİ YATIRIMCISI	150
I. İKİLİ VE ÇOK TARAFLI YATIRIM ANTLAŞMALARINDA YATIRIMCI ..	154
A. <i>Gerçek Kişi Yatırımcılar</i>	154
B. <i>Tüzel Kişi Yatırımcılar</i>	158
II. ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI KAPSAMINDA YATIRIMCI	164
A. <i>Enerji Yatırımcısı Kavramına İlişkin Hukuki Çerçeve</i>	165
B. <i>Gerçek Kişi Yatırımcılar</i>	166
C. <i>Tüzel Kişi Yatırımcılar</i>	167
III. ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASININ BAZI YATIRIMCILARA UYGULANMAMASI	171
A. <i>Enerji Şartı Antlaşmasının 17. Maddesi Hükmü</i>	172
B. <i>Posta Kutusu Şirketleri</i>	173
1. Hukuki Çerçeve	173
2. ICSID'in Plama Kararı	176
C. <i>Siyasi veya Ekonomik Kısıtlama Uygulanan Devletlerin Yatırımcıları</i>	180
1. Hukuki Çerçeve	180
2. ICSID'in Libananco Kararı.....	182

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ENERJİ YATIRIMLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN
TEMEL KORUMA STANDARTLARI

§ 9. ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASINDA YATIRIMLARIN KORUNMASI ..	186
I. KORUMA VE GÜVENLİK İLKESİ	187
A. <i>Uygulama Alanı</i>	188
B. <i>Taraf Devletlerin Sorumluluğunun Kapsamı</i>	192
C. <i>Özen Sorumluluğunun Sınırları</i>	194
D. <i>Değerlendirme</i>	196
II. ÂDİL VE HAKKANİYETE UYGUN MUAMELE İLKESİ	199
A. <i>Hukuki Çerçeve</i>	199
B. <i>Uygulama Alanı</i>	201
C. <i>İçtihat Hukuku Alanında Benimsenen Değerlendirme Kriterleri</i>	203
1. Yatırımcının Haklı Beklentilerinin İhlal Edilmemesi	205
2. Keyfi Davranmama	210
3. Âdil Yargılanma Hakkına ve Usul Kurallarına Riayet Etme	213
4. İyiniyet Prensibine Uygun Davranma	216
D. <i>Değerlendirme</i>	217
III. AYRIMCI DAVRANMA YASAĞI	220
A. <i>Hukuki Çerçevenin İzahı</i>	222
B. <i>Milli Muamele Kaydı</i>	224
1. Unsurları	225
a. Yatırımların Benzer Nitelikte Olması	225
b. Kaydın İhlali İçin Meşru Bir Zemin Bulunmaması	227
c. Ayrımcı Muamelede Kasıt Unsuruna Gerek Olmaması	230
2. Değerlendirme	231
C. <i>En Çok Gözetilen Ulus Kaydı</i>	234
1. Uygulama Alanı	235
2. Kaydın Hakem Heyetlerinin Yargılama Yetkisi Üzerindeki Etkisi	238
3. Değerlendirme	244
IV. HAKSIZ KAMULAŞTIRMANIN ÖNLENMESİ İLKESİ	247

<i>A. Uluslararası Yatırım Hukukunda Kabul Edilen Kamulaştırma</i>	
<i>Türleri</i>	249
1. Doğrudan Kamulaştırma	249
2. Dolaylı Kamulaştırma	250
a. İçtihat Hukuku Alanında Benimsenen Kriterler	252
i. Esaslı Mahrumiyet Kriteri	252
ii. Süreklilik Kriteri	256
b. Sözleşme Temelli Hakların Kamulaştırılması	257
3. Tedrici Kamulaştırma	260
<i>B. Kamulaştırmanın Hukuka Uygun Olmasına İlişkin Şartlar</i>	262
1. Kamu Yararı Bulunması	263
2. Tazminat Ödenmesi	265
<i>C. Değerlendirme</i>	268
SONUÇ	272
KAYNAKLAR	282
ÖZET	297
ABSTRACT	299

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ARB	: Arbitration
ASEAN	: The Association of Southeast Asian Nations
aşa.	: aşağı
AAÇD	: Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BJIL	: Berkeley Journal of International Law
Bkz.	: Bakınız
BSEC	: Organization of the Black Sea Economic Cooperation
C.	: Cilt
CCIA	: COMESA Common Investment Area
CIS	: Commonwealth of Independent States
COMESA	: The Common Market for Eastern and Southern Africa
dn.	: dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
DYYK	: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu
DYYKUY	: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği
EBRD	: European Bank for Reconstruction and Development (Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası)
ECB	: European Central Bank (Avrupa Merkez Bankası)
ECR	: European Court Report
ECT	: Energy Charter Treaty (Enerji Şartı Antlaşması)
Ed.	: Edited by

EŞHK	:Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasim Şirketler ile Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanun-u Muvakkat
ET.	: Erişim Tarihi
EU	: European Union
FET	: Fair and Equitable Treatment
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GKRY	: Güney Kıbrıs Rum Yönetimi
HILJ	: Harvard International Law Journal
I.C.J.	: International Court of Justice
IALR	: International Arbitration Law Review
ICC	: International Chamber of Commerce
ICCA	: International Council for Commercial Arbitration
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
IEA	: International Energy Agency
ILC	: International Law Commission
IMF	: International Monetary Fund
ITO	: International Trade Organization
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
JIA	: Journal of International Arbitration
KDV	: Katma Değer Vergisi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
LCIA	: London Court of International Arbitration Administration
Ltd	: Limited
m.	: madde
MAI	: Multilateral Investment Agreement
MFN	: Most Favoured Nation Treatment
MHB	:Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MIT	: Multilateral Investment Treaty
NAFTA	: North American Free Trade Agreement

Nihai Senet	: Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi
No.	: Number
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
Para.	: Paragraph
pp.	: page to page
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SETA	: Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı
SCC	: The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
SGS	: Société Générale De Surveillance
SOCAR	: The State Oil Company of Azerbaijan
ss.	: sayfadan sayfaya
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCMB	: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
TDK	: Türk Dil Kurumu
TGS	: Transportadora de Gas del Norte
TPAO	: Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı
TRIP's	: Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
UEA	: Uluslararası Enerji Ajansı
UN	: United Nations
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development
UN-ECE	: United Nations Economic Commission for Europe
UK	: United Kingdom
USA	: United States of America
v.	: versus
vd.	: ve devamı

Vol.	: Volume
WB	: World Bank
WIPO	: World Intellectual Property Organization
WTO	: World Trade Organization
yy.	: yüzyıl
Y.	: Yıl
yuk.	: yukarı

GİRİŞ

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ

Günümüzde devletlerin ekonomik ihtiyaçlarının ve sosyal yükümlülüklerinin karşılanması amacıyla müracaat edilen en etkili yöntemlerin başında yabancı yatırımların ülkeye çekilmesi gelmektedir. Gelişmekte olan devletler genellikle ülkelerindeki kaynakların etkin kullanımını temel bir ekonomik gelişim aracı olarak değerlendirme eğilimindedir. Gelişmiş devletler ise sınır ötesi yatırım faaliyetleri aracılığıyla bir taraftan kendi toplumlarının ihtiyaçlarını karşılamayı, diğer taraftan hammadde kaynakları bakımından zengin bölgelerde stratejik bir güç olmayı hedeflemektedir. Gelişmiş ve gelişmekte olan devletler arasında karşılıklı menfaat beklentisine dayanan yabancı yatırım sürecinin sürdürülebilir olması, taraflar arasındaki işbirliği ihtiyacını açıkça ortaya koymaktadır. Kuşkusuz bu işbirliğinin tesisinde, tarafların menfaatinin temini yanında, çekincelerinin bertaraf edilmesi de hayati önemi haizdir. Ev sahibi devletlerin en büyük çekincesi, yabancı yatırımlar aracılığıyla ülkelerindeki kaynaklar üzerindeki egemenlik yetkilerinin kısıtlanmasıdır. Buna karşılık ülke dışında gerçekleştirilen yatırımlara yönelik ev sahibi devlet davranışlarının hukuka uygunluğu konusu, menşe devletler bakımından en temel risk kaynağını oluşturmaktadır. İşte bahse konu menfaat beklentileri ve çekinceler arasında bir denge tesis edebilmek amacıyla devletler arasında muhtelif sayıda ikili ve çok taraflı yatırım antlaşması akdedilmiştir. Yabancı yatırımların teşviki ve korunmasını konu alan söz konusu antlaşmalar, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından bu yana uluslararası hukukun temel iştiğal sahalarından birini teşkil etmiştir.

İkili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin hükümler, genellikle herhangi bir sektörel kısıtlama uygulanmadan ele alınmıştır. Bununla birlikte, tarihsel süreç içinde bazı

faaliyet sahalarının yerel ve küresel ekonomi üzerinde artan etkisi, münhasıran bu alanlara yönelik uluslararası düzenlemeler yapılmasının yolunu açmıştır. Bahsi geçen alanlar arasında enerji sektörüne ilişkin yatırımlar başat rol oynamaktadır. Zira enerji kaynaklarına duyulan ihtiyaç günümüzde önemi inkâr edilemeyecek boyutlara ulaşmıştır. Bu artış, enerji hammadde ve ürünlerine hayatın hemen her alanında duyulan ihtiyaçla paralel bir seyir takip etmiştir. Enerji madde ve ürünlerinin özgün kullanım alanlarının yanı sıra; tarım, inşaat, ulaştırma ve özellikle de savunma sanayi gibi çok sayıda faaliyet alanı bakımından temel hammadde girdisini oluşturması, toplumları ve devletleri enerji bağımlısı bir hayat sürmeye mecbur etmiştir. Bunun yanında enerji sektörüne hâkim olmanın sadece ekonomik değil, siyasi ve bölgesel hâkimiyetle de eş değer kabul edilmesi, bu sektöre yönelik yatırımlara verilen önemin artışıdaki diğer dinamikler olarak ortaya çıkmıştır. Uluslararası toplumda bahse konu dinamiklerin etkisiyle, 20. yüzyılın son çeyreğinde enerji sektörüne ilişkin yatırımlar konusunda ayrı bir antlaşma yapma yönünde çabalar baş göstermiştir. İzah edilen çerçevede, serbest bir enerji piyasasının tesisi ve enerji arz güvenliğinin temini için hukuki zemin oluşturulması temel amacı çerçevesinde, enerji sektöründeki işbirliğinin geliştirilmesine yönelik atılan en önemli uluslararası adım olarak değerlendirilen¹ ve dünyada belirli bir endüstriyel sektöre ilişkin akdedilen ilk uluslararası antlaşma olma özelliğini taşıyan² Enerji Şartı Antlaşması, 1994 yılında akdedilmiştir.

Enerji yatırımları ülkemiz açısından da büyük önem taşımaktadır. Türkiye, başta Ortadoğu ve Hazar havzası olmak üzere, dünyanın ispatlanmış petrol ve doğalgaz rezervlerinin yaklaşık yüzde 72'sinin bulunduğu bir coğrafyada yer almaktadır³. Bu avantajlı konumuna karşın,

¹ Gaillard Emmanuel, Investments and Investors Covered By The Energy Charter Treaty, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty (Ed. Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 54-73, New York 2006, s. 54, 55.

² Coop Graham, The Energy Charter Treaty: More Than A MIT, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty (Ed. Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 3-21, New York 2006, s. 3.

³ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı 2010-2014 Stratejik Planı, Ankara 2010, s. 42. Türkiye, söz konusu jeostratejik konumunu kullanarak, doğu ve batı ülkeleri arasında “enerji koridoru” olma yönünde hızla ilerlemektedir. Doğu-Batı enerji koridorunun en önemli

Ülkemizdeki enerji üretimi, enerji tüketimiyle mukayese edildiğinde oldukça düşük bir seviyede kalmaktadır⁴. Ülkemizdeki enerji sektörüne ilişkin hazırlanan Stratejik Planda “dışa bağımlılığı azaltma” düşüncesi temel misyon olarak tespit edilmiş, bu misyona ulaşmak için takip edilecek yöntem ise “yerli kaynaklara öncelik vermek suretiyle kaynak çeşitlendirmesini sağlamak” biçiminde ortaya konulmuřtur⁵. Söz konusu misyon ve temel amaç dikkate alındığında, enerji yatırımlarının ülkemiz açısından sahip olduğu önem çok daha açık biçimde ortaya çıkmaktadır. Keza lkemiz enerji sektörünün 2020 yılına kadar toplam yatırım ihtiyaının “120 milyar ABD Doları”nı aşacağı ngrlmektedir⁶. Bu durum nazara alındığında, enerji arz güvenliğinin tesisi için enerji yatırımların yapılmasını sağlayacak ortamın hazırlanması bakımından, uluslararası düzeyde ikili ve çok taraflı işbirliği çalışmalarına ağırlık verilmesi hayati önemi haizdir⁷. Bahse konu işbirliği çalışmaları kapsamında Türkiye, imzaladığı seksen üç adet ikili yatırım antlaşması yanında, 1994 yılında Enerji şartı Antlaşmasına da taraf olmuştur.

Enerji arz güvenliğinin temini için enerji yatırımlarına duyulan ihtiyacın, hem ülkemiz hem de dünya ülkeleri genelinde, yakın gelecekte ciddi bir artış göstereceğine kesin gözüyle bakılmaktadır. Talep artışının zamanında ve güvenli bir şekilde karşılanabilmesini teminen, 2030 yılına kadar küresel çapta enerji sektörü alt yapısına “26 Trilyon ABD Doları” tutarında yatırım

bileşeni olan Bakü-Tiflis-Ceyhan Ham Petrol Boru Hattı Projesi 2006 yılında bu yana faaliyet göstermektedir. Başta Nabucco Doğalgaz Boru Hattı Projesi olmak üzere, Türkiye'nin dâhil olduğu diğer uluslararası projelerin gerçekleşme planları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Stratejik Planı, 2010, s. 43, 44.

⁴ 2009 yılında ülkemizin toplam birincil enerji tüketimi 106.138 bin petrol eşdeğeri (tep), üretimi ise 30.328 bin tep olarak gerçekleşmiştir. Enerji arzında doğalgaz ilk sırayı alırken, bunu sırasıyla petrol, kömür ve hidrolik dâhil olmak üzere yenilenebilir enerji kaynakları izlemiştir. Yapılan projeksiyonlara göre referans senaryo çerçevesinde, birincil enerji tüketimimizin 2020 yılında 222.424 bin tep, üretimimizin ise 65.704 bin tep olarak gerçekleşmesi öngörülmektedir. Bkz. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Bağlı ve İlgili Kuruluşlarının Amaç ve Faaliyetleri (Mavi Kitap), Ankara 2011, s. 9, 10 ve 19, 20. Bunun yanında Türkiye, dünyada 2000 yılından bu yana elektrik ve doğalgazda Çin'den sonra en fazla talep artışına sahip ikinci büyük ekonomi konumundadır. Bkz. enerji.gov.tr (ET. 02.08.2011).

⁵ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, 2010, s. 18 ve 22.

⁶ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, 2010, s. 32.

⁷ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, 2010, s. 40.

gerçekleştirilmesi öngörülmektedir⁸. Serbest piyasa şartlarına işlerlik kazandırıldığı ihtimalde, bu ihtiyacın önemli bir bölümünün uluslararası yatırımcılar aracılığıyla karşılanabileceğine şüphe yoktur. Bu itibarla, ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmaları nezdinde, enerji yatırımlarının korunmasına dair hukuki çerçevenin analiz edilmesi, yatırım ilişkisinin tarafları ve enerji arz güvenliğinin temini bakımından büyük önem taşımaktadır.

Ş 2. ÇALIŞMANIN KAPSAM VE SINIRI

Çalışmamızın konusunu, “Enerji Yatırımları ve Uluslararası Koruma Standartları” oluşturmaktadır. Uluslararası hukukta yatırımların korunması konusu, ağırlıklı olarak ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında düzenlenmiştir. Bu antlaşmalarda, yabancı yatırımcının ev sahibi devlette maruz kalabileceği risklere karşı korunabilmesi amacıyla, ev sahibi devletin yatırımcı ve yatırıma yönelik üstlenmesi gereken bazı temel davranış veya koruma standartlarına yer verilmiştir. Antlaşma hukukunda bahse konu standartlar, “genel” ve “özel” koruma standartları başlıkları altında ele alınmaktadır. Hemen tüm yatırım antlaşmalarında, genel koruma standartları altında; koruma ve güvenlik, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ve ayrımcılık yapmama ilkelerine yer verilmektedir. Yatırım antlaşmalarında yer verilen özel koruma standartlarının ise; haksız kamulaştırmanın önlenmesi, kâr veya kazançların menşee ülkeye transfer edilmesi, halefiyet ve tazminat yükümlülüğü başlıkları altında özetlenmesi mümkündür.

Çalışmamızda, ağırlıklı olarak yatırım antlaşmalarında öngörülen genel koruma standartlarının içeriğine ve uygulanmasına yönelik uluslararası

⁸ Uluslararası Enerji Ajansı (UEA) tarafından yapılan projeksiyonlar, mevcut enerji politikaları ve enerji arzı tercihlerinin devam etmesi durumunda dünya birincil enerji talebinin 2007-2030 yılları arasında yüzde 40 oranında artacağına işaret etmektedir. Referans senaryo olarak adlandırılan ve yıllık ortalama yüzde 1,5 düzeyinde talep artışına karşılık gelen bu durumda, dünya birincil enerji talebi 2007 yılındaki 12 milyar ton tep düzeyinden 2030 yılında 16,8 milyar tep düzeyine ulaşacaktır. Söz konusu talep artışının karşılanabilmesini teminen, yalnızca elektrik sektörüne üretim, iletim ve dağıtım için 13,7 Trilyon ABD Doları yatırım yapılması gerekmektedir. Bkz. enerji.gov.tr (ET. 02.08.2011).

hukuk doktrini ve içtihat hukuku alanında benimsenen yaklaşımlar ele alınacaktır. Bu antlaşmalar arasında belirli bir sektöre ilişkin akdedilen ilk yatırım antlaşması olma özelliğini taşıyan Enerji Şartı Antlaşmasında yer verilen düzenlemeler, çalışmamızın temel inceleme konusunu oluşturacaktır. Bununla birlikte, enerji yatırımlarına ilişkin uyuşmazlıkların çok önemli bir kısmının kamulaştırma ve devletleştirme uygulamalarından kaynaklandığı bilinmektedir. Bu itibarla çalışmamızda, Enerji Şartı Antlaşmasının bahse konu özel koruma standardına yönelik hükümleri de tahlil edilecektir. Diğer taraftan hâlihazırda Enerji Şartı Antlaşması kapsamında çözüme kavuşturulan uyuşmazlıkların sınırlı sayıda olması, çalışmanın tamamında diğer çok taraflı yatırım antlaşmaları ile yatırımların teşviki ve korunması konusunda imzalanan ikili yatırım antlaşmalarından bugüne değin edinilen tecrübelerden istifade edilmesi mecburiyetini doğurmuştur.

Genel olarak yatırımların, özelde ise enerji yatırımlarının korunması bağlamında, uluslararası yatırım hukukunda yatırım ve yatırımcı kavramlarına yüklenen anlamın tahlil edilmesi özel önem taşımaktadır. Bu kavramların izahı hem antlaşmaların uygulama alanının belirlenmesi hem de hakem heyetlerinin yargılama yetkisinin tespiti bakımından gereklidir. Zira yatırım uyuşmazlıklarının çözümü aşamasında, hakem heyetleri öncelikle somut ihtilaflarda yatırım ve yatırımcının mevcudiyeti konusunu incelemekte ve buna göre yargılama yetkilerinin bulunup bulunmadığı konusunda hüküm (Decision on Jurisdiction) tesis etmektedir. Bir diğer ifadeyle bahse konu inceleme, yatırımların korunması konusunda esasa yönelik bir değerlendirme yapılması bakımından ön şart oluşturmaktadır. İzah edilen çerçevede;

Çalışmanın Birinci Bölümünde; öncelikle yabancı yatırım kavramının tanımı ile yabancı yatırım kavramına ilişkin benimsenen ayrımlar genel olarak ortaya konulacaktır. Bölüm kapsamında söz konusu genel açıklamalardan sonra, ilk olarak çok taraflı yatırım antlaşmaları kapsamında yatırım kavramına yüklenen anlamlar, hakem heyetlerinin değerlendirmeleri ışığında ele alınacaktır. Daha sonra yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin ikili yatırım antlaşmalarının konuya yaklaşımı irdelenecektir. Bölümün son

kısımında ise; azınlık hissedarlığı, dolaylı hissedarlık ve yatırım öncesi harcamalar gibi doktrin ve içtihat hukuku alanında tartışmalı bazı konular değerlendirilecektir.

Çalışmanın İkinci Bölümünde; Enerji Şartı Antlaşması çerçevesinde enerji yatırımı ve yatırımcısı konuları ele alınacaktır. Bölüm kapsamında öncelikle enerji yatırımı kavramının unsurları ile kavrama yönelik sınırlandırmalara yer verilecek, daha sonra ise Antlaşma hükümleri çerçevesinde enerji yatırım türleri izah edilecektir. Bölüm kapsamında ayrıca, Enerji Şartı Antlaşmasında düzenlenen enerji yatırımcısı kavramı, yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin diğer yatırım antlaşmalarında yer verilen tanımlarla mukayese edilerek incelenecektir. Bölümün son kısmında ise Enerji Şartı Antlaşması hükümlerinin posta kutusu şirketleri ile ekonomik veya siyasi kısıtlama uygulanan ülkelerin yatırımcılarına uygulanmamasına ilişkin hükümleri, içtihat hukuku alanındaki tespitler ışığında değerlendirilecektir.

Çalışmanın Üçüncü Bölümünde; enerji yatırımlarının korunmasına ilişkin temel koruma standartları incelenecektir. Bu Bölümde Enerji Şartı Antlaşmasında yatırımların korunması konusunda benimsenen genel koruma standartları ile haksız kamulaştırmanın önlenmesi ilkesi ele alınacaktır. Bölüm kapsamında öncelikle koruma ve güvenlik ilkesi ile âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi, uluslararası hukuk doktrinindeki görüşler ve tahkim kararları ışığında ele alınacaktır. Antlaşmadaki bir diğer genel koruma standardını teşkil eden ayrımcılık yasağı ise, milli muamele ve en çok gözetilen ulus kayıtlarını içeren bir çerçevede izah edilecektir. Bölümde son olarak, haksız kamulaştırmanın önlenmesi ilkesi incelenecek ve bu kapsamda uluslararası yatırım hukukunda kabul edilen kamulaştırma türleri ile kamulaştırmanın hukuka uygun olmasına ilişkin şartlar irdelenecektir.

Çalışmanın sonuç kısmında, nihayet, tüm bu inceleme ve değerlendirmeler neticesinde ulaşılan kanaatler özetlenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

YATIRIM ANTLAŞMALARINI KAPSAMINDA YABANCI YATIRIM

Gelişmekte olan ülkeler bakımından ekonomik kalkınma araçlarından birisi olarak görülen yatırım antlaşmaları, gelişmiş ülkeler bakımından yurt dışına ihraç edilen yatırımların korunması amacıyla hizmet etmektedir⁹. Yatırım antlaşmalarının uygulama alanının tespit edilmesi iki açıdan önemlidir. Bunlardan ilkinin taraf devletlerin yükümlülüklerinin kapsamı oluşturmaktadır. Gerçekten de yatırım antlaşmalarına taraf olan devletler, sadece ilgili antlaşmanın uygulama alanıyla sınırlı olarak ve antlaşmada yapılan tanımlar çerçevesinde yükümlülük altına girmektedir. İkinci olarak yatırım antlaşmalarının uygulama alanının tespit edilmesi, uluslararası tahkim sürecinde hakem heyetlerinin yargılama yetkisinin belirlenmesi bakımından da önem taşımaktadır. Hakem heyetleri önlerine gelen ihtilaflarda yargılama yetkilerinin bulunup bulunmadığını tespit ederken taraflar arasındaki yatırım antlaşması hükümlerine müracaat etmektedir. Bu itibarla hangi gerçek veya tüzel kişinin yatırımcı sıfatını taşıdığı ya da hangi varlık değerlerinin yatırım olarak kabul edilebileceği gibi temel sorun alanları, yatırım antlaşmalarındaki hükümler nazara alınarak çözümlenmektedir¹⁰. İzahlı edilen çerçevede ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında yer verilen yatırım tanımlamaları, ihtilafların çözümü noktasında belirleyici rol oynamaktadır.

Çalışmamızın bu bölümünde, öncelikle genel olarak yabancı yatırım kavramının tanımı ile bu kavrama yönelik doktrinde benimsenen ayrımlar izah edilecek, daha sonra ise ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarının yatırım tanımına ilişkin yaklaşımları ele alınacaktır. Bölümün son kısmında

⁹ Çalışkan Yusuf, The Development of International Investment Law: Lessons From the OECD MAI Negotiations and Their Application to a Possible Multilateral Agreement on Investment, Boca Raton, Florida, USA 2008, s. 37.

¹⁰ Salacuse Jeswald W., The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, New York 2010, s. 158, 159.

ise azınlık hissedarlığı, dolaylı hissedarlık ve yatırım öncesi harcamalar gibi doktrin ve içtihat hukuku alanında tartışmalı bazı konular değerlendirilecektir.

§ 3. YABANCI YATIRIM

I. KAVRAM

Uluslararası hukukta üzerinde en fazla tartışma yaşanan konulardan birisi yabancı yatırım kavramıdır¹¹. Hâlihazırda üzerinde ittifak sağlanan yeknesak bir yabancı yatırım tanımı yapılamamıştır. Doktrinde¹² yabancı yatırım kavramının “egemenlik”, “milli güvenlik” ve “kamu düzeni” gibi kavramlara benzerlik arz ettiği ifade edilmektedir. Pek çok insan bahse konu kavramları sıklıkla telaffuz etmekle birlikte, bu kavramların gerçek anlamları konusunda net bir fikir sahibi olamamaktadır. Esasında yabancı yatırım kavramına yönelik bu belirsizliğin bilinçli bir tercihe dayandığını ifade etmek de mümkündür¹³. Zira zaman içinde küreselleşmenin ekonomik etkilerine maruz kalan yatırım iklimi¹⁴, taraflar arasında bilinen ve uygulanandan çok daha farklı yatırım türlerinin işlerlik kazanmasına neden olmuştur. Bu gelişim süreci ise tespitinde bulunan kişi veya kuruluşu, tüm yatırım türlerini ihtiva etmeyen bir yatırım tanımı yapma riskiyle karşı karşıya bırakmaktadır¹⁵. Bu anlayışın etkisiyle doktrin somut bir yatırım tanımına yer vermek yerine, bahse konu kavramın unsurlarını tespit etme eğilimi göstermektedir. Aynı

¹¹ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Third Edition, Cambridge 2011, s. 1.

¹² Hunter Martin/Barbuk Alexei, Reflections on the Definition of an “Investment”, In *Liber Amicorum in Honor of Robert Briner*, ICCA-International Council for Commercial Arbitration, pp. 381-399, 2008, s. 383.

¹³ Tiryakioğlu Bilgin, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2003, s. 9.

¹⁴ Yatırım iklimi kavramı *Tiryakioğlu* tarafından, “ülkenin özelliklerinden kaynaklanan doğal ve stratejik iklim başta olmak üzere, ekonomik iklim, siyasi iklim ve hukuki iklimin oluşturduğu bir bütün olarak” tanımlanmaktadır. Bkz. Tiryakioğlu Bilgin, Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi, *Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları* 1(2), ss. 169-184, 2007, s. 172.

¹⁵ Tiryakioğlu, 2007, s. 170; Salacuse, 2010, s. 162.

anlayış çerçevesinde ikili veya çok taraflı yatırım antlaşmaları da, yatırım kavramını münhasıran koruma altına aldıkları yatırımların kapsamıyla sınırlı biçimde tespit etmekte, somut bir tanım vermekten kaçınmaktadır. Keza bahsi geçen yatırım antlaşmalarının farklı hakem heyetleri tarafından lâfzî ve amaçsal çerçevede yorumlanması neticesinde, içtihat hukuku alanında da farklılaşan, hatta birbiriyle çelişen yabancı yatırım tanımlarına yer verildiği görülmektedir.

Etimolojik olarak incelendiğinde; İngilizcede “investment” ibaresine karşılık gelen yatırım kavramının, köken itibarıyla Latince “giyindirmek” anlamında kullanılan “investire” ibaresinden kaynaklandığı kabul edilmektedir¹⁶. Sözlük anlamı tahlil edildiğinde ise kavramın oldukça kapsamlı bir çerçevede kullanıldığı dikkat çekmektedir. *Encyclopædia Britannica* “investment” ibaresini, gelecek dönemlerde daha büyük kazanç elde edebilmek için mevcut dönemdeki varlık değerlerinin tüketilmesi biçiminde tanımlamıştır¹⁷. Benzer şekilde *Cambridge Dictionary* de söz konusu kavramı, kâr elde etme veya bir avantaj sağlama amacıyla belirli bir şey için para, emek veya zaman harcama biçiminde tarif etmiştir¹⁸. *Oxford Dictionary* daha kapsamlı bir tanım yapmak suretiyle yatırım kavramını; (i) belirli bir kazanç elde etme temel amacı çerçevesinde bir finansal proje veya ticari girişime para taahhüdünde bulunma, hisse veya mülkiyet edinimi, (ii) bir kişi veya şeye belirli bir nitelik bahşetme, (iii) kıyafet giydirme, (iv) bir coğrafi alanı kuşatma veya abluka altına alma anlamlarına karşılık gelecek biçimde tanımlamıştır¹⁹. *Türk Dil Kurumu* ise yatırım kavramını, “tecimsel ya da ekonomik bir girişime belirli bir süreyle ana mal ve para yatırılması” şeklinde tanımlamıştır²⁰.

Yatırım kavramının, yukarıda yer verilen kök anlamı itibarıyla, “yatırımcının yatırım sürecinde girişimini sermaye ile teçhiz etmesi” biçiminde

¹⁶ Salacuse, 2010, s. 18.

¹⁷ *Encyclopædia Britannica*, <http://www.britannica.com/> (ET. 18.02.2011).

¹⁸ *Cambridge Online*, <http://dictionary.cambridge.org/> (ET. 18.02.2011).

¹⁹ *Oxford English Dictionary*, <http://oxforddictionaries.com/> (ET. 18.02.2011).

²⁰ *Türk Dil Kurumu, Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü/Tecim, Maliye, Sayışmanlık ve Güvence Terimleri Sözlüğü*, 1972, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (ET. 18.02.2011).

algılanabilmesi mümkündür. Kavrama yüklenen sözlük anlamları ise yatırımı, uzun dönemli gelir getirici bir sürecin parçası olarak değerlendirmektedir. Bu itibarla geleceğe dönük gelir sağlama kapasitesini geliştirmeye yönelik bir hedef taşımayan ve temelinde münhasıran kâr elde etme düşüncesi bulunan mal ve hizmet ticaretine ilişkin işlemlerin yatırım olarak değerlendirilemeyeceği neticesine ulaşılabilmektedir²¹.

Yatırımın “yabancı” veya “uluslararası” yatırım olarak kabul edilmesinin temelinde iki unsurun bulunması gerektiği ifade edilebilir. Bu unsurlardan ilki yatırımcının şahsı ile ilgilidir. Buna göre gerçek veya tüzel kişi yatırımcının yatırımın yapıldığı devletin tabiiyetinde bulunmaması, söz konusu yatırımcının yaptığı yatırıma uluslararası bir kimlik kazandırmakta ve anılan yatırım da yabancı yatırım olarak nitelendirilmektedir. Yabancı yatırımın ikinci unsurunu ise yatırım sürecinin içeriği oluşturmaktadır. Yatırım sürecinin bir ülkeden bir başka ülkeye fon veya sermaye transferini konu alması ve bu transfer işleminin neticesi olarak yatırımcı ile yabancı işletme arasında süreklilik arz eden bir hukuki ilişkinin tesis edilmesi durumunda da, söz konusu yatırımın uluslararası bir kimlik kazanacağı kabul edilmektedir. İzah edilen çerçevede yatırımcının tabiiyetinde bulunduğu devlet menşe devlet²² (home/capital exporting state), ülkesinde yatırımın gerçekleştirildiği devlet ise ev sahibi devlet (host/capital importing state) olarak isimlendirilmektedir²³.

Uluslararası hukuk doktrininde yabancı yatırım, bir gerçek veya tüzel kişi tarafından uzun dönemli bir proje kapsamında, kâr ya da kazanç elde edilmesi temel amacı çerçevesinde, risk alınmak suretiyle, ev sahibi devletin gelişimine katkı sağlayacak düzeyde önemli bir kaynak taahhüdünde bulunulması biçiminde tanımlanmaktadır²⁴. Yabancı yatırım kavramına

²¹ Hunter/Barbuk, 2008, s. 384.

²² Doktrinde bazı yazarlarca “menşe devlet” ibaresi yerine “kaynak devlet” ibaresinin kullanılması tercih edilmektedir. Bkz. Tiryakioğlu, 2003, s. 34.

²³ Salacuse, 2010, s. 27, 28.

²⁴ Dolzer Rudolf/Schreuer Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, New York 2008, s. 60; Schreuer Christoph H., The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 135; Salacuse, 2010, s. 18; Schreuer Christoph H., The Dynamic Evolution of the ICSID System, The Convention on the Settlement of Investment

yatırım anlaşmaları ve içtihat hukuku tarafından yüklenen anlamlar çalışmanın ilerleyen başlıklarında detayıyla ele alınacaktır. Bununla birlikte söz konusu kavramsal içeriğin daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikli olarak farklı görüşlerin ortaya çıkmasının temelinde yatan yatırım türlerine ilişkin ayrımların analiz edilmesi ve bu çerçevede tarihsel süreç içinde yabancı yatırım kavramının içeriğinde yaşanan değişimin tahlil edilmesi gerekli görülmektedir.

II. YABANCI YATIRIM TÜRLERİ

Uluslararası hukuk uygulamasında muhtelif yatırım biçimleri karşımıza çıkabilmektedir. Bunun yanında ekonomik şartların ve yatırımcıların finansal hedeflerinin sürekli biçimde değişmesiyle yeni yatırım modelleri de geliştirilmeye devam etmektedir. Bu anlamda yatırım modellerinin dinamik bir yapıya sahip olduğunu ifade edebilmek mümkündür. Belirtilen çerçevede farklı yatırım modellerinin geliştirilmesinde nazara alınan ve en sıklıkla başvurulan ayırım, doğrudan yabancı yatırım ve dolaylı yatırım ayırımıdır. Bunun yanında yatırımın dinamik bir yapıya sahip olmasının temelinde yatan değişkenlerin etkisiyle, uygulamada, uluslararası kredi işlemleri, fikri mülkiyet hakları ve sözleşme hukukundan kaynaklanan bazı yatırım ayrımlarına da yer verildiği görülmektedir.

A. Doğrudan Yabancı Yatırım ve Dolaylı Yatırım Ayrımı

1. Doğrudan Yabancı Yatırım

Doğrudan yabancı yatırım²⁵ kavramı; “maddi ve gayri maddi varlıkların bir ülkeden başka bir ülkeye, bu varlıkların sahibinin kısmen veya tamamen kontrolü altında, ev sahibi ülkenin refahını artırmak amacıyla transfer edilmesi” şeklinde tanımlanabilir²⁶. Bu yatırım türünde yabancı yatırımcı, başka bir ülkede firma kurabileceği gibi, kurulmuş olan bir firmayı satın alabilir veya bir firma için kuruluş sermayesi sağlayarak ya da mevcut bir firmanın sermayesini artırma yoluyla o ülkelerde bulunan firmalara yatırımda bulunabilir²⁷.

Doğrudan yabancı yatırımlar, hisse senedi veya tahvil ihraç ederek uluslararası piyasalarda satmak ve çeşitli kredi araçlarından yararlanmak biçiminde tezahür eden diğer uluslararası sermaye hareketlerinden ayrılmıştır²⁸. Bu yatırımlar, portföy yatırımlarının aksine uzun bir dönem kapsamakta, ev sahibi ülkede yatırımın fiziki varlığını ve yatırımcının

²⁵ Ülkemizde doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin mevzuat, temel olarak 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği (RG. 20.08.2003/25205) ve Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik (RG. 29.08.2003/25214) hükümleri çerçevesinde düzenlenmiştir. Doğrudan yabancı yatırım, 4875 sayılı Kanununun 2(2)(b) maddesi uyarınca; Yabancı yatırımcı tarafından,

- i. Yurt dışından getirilen;
 - Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye,
 - Şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç),
 - Makine ve teçhizat,
 - Sınai ve fikri mülkiyet hakları,
- ii. Yurt içinden sağlanan;
 - Yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar,
 - Doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar,
- Gibi iktisadî kıymetler aracılığıyla;
- iii. Yeni şirket kurmayı veya şube açmayı,
- iv. Menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı, ifade etmektedir.

²⁶ Tiryakioğlu, 2003, s. 10.

²⁷ Erten Rifat, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005, s. 25.

²⁸ Erçakar M. Emin, Karagöl Erdal Tanas, Türkiye’de Doğrudan Yabancı Yatırımlar, Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, SETA Analiz Dergisi, S. 33, ss. 4-32, Ocak 2011, s. 5.

denetimini gerektirmektedir. Bu özellikleri nedeniyle doğrudan yabancı yatırımlar, yatırımcı açısından risk düzeyi yüksek bir yatırım türü olarak kabul edilmektedir²⁹. Keza bu yatırım türü, ağırlıklı olarak yatırım faaliyetlerini birden fazla ülkede sürdüren, üretimle ilgili kararları bir merkezden alan veya çeşitli yollarla bağlı şirketlerin kararlarını etkileyebilen çok uluslu şirketler³⁰ tarafından gerçekleştirilmektedir³¹.

Doğrudan yabancı yatırımlar, küresel ölçekte yaşanan uluslararası ekonomik bütünleşmeleri yönlendiren en temel dinamik olarak kabul edilmektedir. Zira doğrudan yabancı yatırımlar vasıtasıyla farklı ülkeler arasında uzun dönemli ve istikrarlı bir bağlantı kurulmakta ve bu sayede hem ev sahibi devlet hem de menşe devlet ekonomilerinin gelişimine katkı sağlanmaktadır³². Yatırım ilişkisinin taraflarını oluşturan devletlerin ekonomik gelişiminde bu denli kilit rol oynayan doğrudan yabancı yatırım kavramına ilişkin olarak, uluslararası kuruluşlar ve uluslararası hukuk doktrini nezdinde de muhtelif tanımlamalar yapılmıştır.

Doğrudan yabancı yatırımların eş zamanlı olarak menşe ve ev sahibi devletleri ilgilendiren boyutunun bulunması, söz konusu ülkeleri bünyesinde bulunduran Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatını (Organisation for Economic Co-Operation and Development-OECD) konu hakkında detaylı çalışmalar yapmaya sevk etmiştir. Bu çerçevede OECD'nin 2008 yılında yayımladığı Raporda³³ doğrudan yabancı yatırım kavramı, bir ülkede yerleşik

²⁹ Tiryakioğlu, 2007, s. 171.

³⁰ Çok uluslu şirketler, doktrinde; “Merkezi genellikle gelişmiş bir ülkede bulunan bir ana işletme ile kontrolü altındaki diğer ülkelerdeki bağlı işletmelere sahip olan; güçlü sermaye, teknoloji, yönetim, ulaşım, haberleşme ağına sahip olan, temelde özel sermayeye, nadiren kamu sermayesine dayanan, döviz kurları, politik ve düzenleyici sistemlerden, kültür, tarifeler ve vergi sistemleri gibi çevresel faktörlerden işlemleri etkilenen, kârını maksimize etmeye çalışan işletmeler” olarak tanımlanmıştır. Bkz. Ulaş Dilber, AB’ye Yönelen Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve Çok Uluslu İşletmelerin Üretim Yeri Seçim Kararları, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 8, No. 2, ss. 77-95, Bahar 2008, s. 79.

³¹ Ormanoğlu Burhan, Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, Ankara 2004, s. 11. Doğrudan yabancı sermaye yatırım türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Görmezöz Kızbes Kılıç, Türkiye’ye Doğrudan Gelen Yabancı Sermaye Yatırımlarının İstihdam Üzerindeki Etkileri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, Ankara 2007, s. 17 vd.

³² OECD, Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, Fourth Edition, 2008, s. 14.

³³ OECD, Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, Fourth Edition, 2008.

bulunan bir yatırımcının, ev sahibi devletin ülkesinde yerleşik bir işletmeyle uzun vadeli menfaat ilişkisi kurmasını temin eden, sınır-aşırı bir yatırım kategorisi olarak tanımlanmıştır³⁴. Rapora göre doğrudan yabancı yatırımın gerçekleşebilmesi için yatırımcının ev sahibi devletteki bir şirket üzerinde asgari yüzde 10 oranında oy hakkına sahip olması gerekmektedir³⁵. Raporda ayrıca, doğrudan yabancı yatırımın bir bağlı ortaklık veya iştirak biçiminde gerçekleşebilmesinin de mümkün olduğu ifade edilmiştir³⁶. OECD tarafından öteden beri benimsenen söz konusu tanım, Avrupa Merkez Bankası (European Central Bank- ECB) tarafından da kabul edilmiştir³⁷.

Uluslararası Para Fonu (International Monetary Fund-IMF) ise 2009 tarihli Raporunda³⁸ doğrudan yabancı yatırımı, bir ekonomide yerleşik bulunan bir yatırımcının, bir başka ekonomide yerleşik bir işletmenin yönetimi üzerinde kontrol gücünü elinde bulundurması veya bu işletmenin yönetimine etkide bulunma kapasitesine sahip olması (significant degree of influence) biçiminde ortaya çıkan yatırım olarak tanımlamıştır³⁹. IMF, bu tanım çerçevesinde doğrudan yabancı yatırımın gerçekleşebilmesi için ev sahibi devletteki işletmenin toplam oy gücü üzerinden bir eşik değer belirlemiştir. Söz konusu eşik değer, yatırımcının işletme üzerindeki kontrol gücünü veya işletmeye etkide bulunma kapasitesini tayin etmektedir. Buna göre yatırımcının ev sahibi devlette yerleşik bulunan işletmedeki toplam oy hakkının yüzde 50'sinden fazlasını elinde bulundurması hâlinde o işletmeyi kontrol ettiği, bu oranın yüzde 10 ilâ yüzde 50 arasında gerçekleşmesi

³⁴ OECD, 2008, s. 17, Para. 11.

³⁵ Doğrudan yabancı yatırımlar bakımından OECD ve IMF tarafından benimsenen “yüzde 10” oranı, uluslararası hukuk doktrinde de kabul görmektedir. Doktrinde bu doğrultudaki bazı görüşler için bkz. Jones Jonathan/Wren Colin, Foreign Direct Investment and the Regional Economy, Ashgate Publishing Group, Hampshire 2006, s. 8; Chen John-Ren, Foreign Direct Investment, International Financial Flows and Geography, Foreign Direct Investment (Ed. Chen John-Ren), St. Martin's Press, New York 2000, s. 6.

³⁶ OECD, 2008, s. 17, Para. 12. Raporda bağlı ortaklık için ev sahibi devletteki şirket üzerindeki oy hakkının yüzde 50'nin üzerinde olması, iştirak için ise bu oranın yüzde 10 ilâ yüzde 50 arasında gerçekleşmesi şartı aranmaktadır.

³⁷ European Central Bank (ECB), European Union Balance of Payments/International Investment Position Statistical Methods, Frankfurt 2007, s. 37, 38.

³⁸ IMF, Balance of Payments and International Investment Position Manual, Sixth Edition, Washington D.C. 2009.

³⁹ IMF, 2009, s. 101, Para. 6.9.

ihtimalinde ise söz konusu işletmeye etkide bulunma kapasitesine sahip olduğu kabul edilmektedir⁴⁰. Görüldüğü üzere, uluslararası kuruluşlar nezdinde gerçek veya tüzel kişi yatırımcının ev sahibi devletteki ekonomik bir girişim üzerinde asgari yüzde 10 düzeyinde oy hakkı bahşeden şirket hissedarlığına sahip olması, doğrudan yabancı yatırımın varlığı için gerekli kabul edilmektedir.

Doğrudan yabancı yatırım kavramıyla ilgili uluslararası hukuk doktrininde de muhtelif görüşler ileri sürülmektedir. Bir yaklaşıma göre, doğrudan yabancı yatırım; araç, teçhizat, donanım gibi bir ülkeden bir diğerine transfer edilebilen maddi malvarlığı değerleri ile ev sahibi ülkede satın alınan veya inşa edilen fabrika veya diğer üretim sahalarını konu alan yatırım olarak kabul edilmektedir⁴¹. Diğer bir yaklaşım ise doğrudan yabancı yatırım kavramının unsurlarına vurgu yapmak suretiyle kavramı daha geniş bir çerçevede ele almayı tercih etmiştir. Buna göre doğrudan yabancı yatırım; gerçek veya tüzel kişi yatırımcının menşe ülkesinin dışındaki bir ülkede fabrika, maden sahası, bina, arazi, otel veya güç merkezi gibi süreklilik arz eden bir işletme ya da ekonomik bir girişim kurmak yahut böyle bir girişimi satın almak suretiyle ilgili işletme veya girişim üzerinde yönetim ve denetim yetkisine ya tümüyle ya da önemli bir oranda sahip olduğu yabancı yatırım türünü ifade etmektedir. Görüldüğü gibi, bu yaklaşım doğrudan yabancı yatırımı, yatırımcı tarafından sadece belirli malvarlığı değerleri ve teknolojinin değil, aynı zamanda yönetim kapasitesi, teknik bilgi ve beceri gibi değerlerin de ev sahibi devlete transfer edilmesini konu alan, geniş kapsamlı bir yatırım türü olarak kabul etmektedir⁴².

Yukarıda yapılan tanımlar çerçevesinde doğrudan yabancı yatırımların ev sahibi devlet açısından temel amacı, ülkedeki üretim kapasitesinin artırılması biçiminde ortaya konulabilir⁴³. Buna karşın sermaye ihraç eden

⁴⁰ IMF, 2009, s. 101, Para. 6.12.

⁴¹ Sornarajah, 2011, s. 8.

⁴² Salacuse, 2010, s. 30.

⁴³ Ekinci Alper, Çin Yabancı Sermaye Türkiye, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 15. Bkz. Düzenli Celal, Doğrudan Yabancı Yatırımların Gelişmekte Olan Ülke Ekonomilerine Etkileri: Serbest

lkeler bakımından doğrudan yabancı yatırımlar, rekabet gücünü artırmada gerekli olan daha ucuz işgücü ve hammadde elde etme, daha uygun yasal düzenlemeler ve vergilendirme sistemine ulaşma amaçlarına hizmet etmektedir⁴⁴. Günümüzde doğrudan yabancı yatırımlar, istihdam oluşturmak, teknoloji transferi sağlamak ve yerel ekonominin rekabetçi altyapısını gclendirmek isteyen devletler için hayati önemi haiz bir kaynak hâline gelmiřtir⁴⁵. Doğrudan yabancı yatırımlar yoluyla menşe ülkedeki yatırımcılar, ev sahibi devlet sınırları içinde ekonomik bir malvarlığı değerine sahip olma ve ötesinde bu değerini kontrol altında tutma ve yönetme imkânına sahip olmaktadır. Bu itibarla yabancı gerçek ve tüzel kişilerin doğrudan yabancı yatırımlar marifetiyle ev sahibi devletteki iç siyasi hayat, ekonomi, ulusal güvenlik ve hatta kültürel yapı üzerinde etkili olmaları gündeme gelmektedir⁴⁶. Bu yönüyle doğrudan yabancı yatırımların bir ülkedeki para veya malvarlığı değerlerinin bir başka ülkeye transfer edilmesinden öteye giden boyutlarının bulunduğu kabul edilmektedir.

2. Dolaylı Yatırım (Yabancı Portföy Yatırımı)

Portföy kavramı, İMKB tarafından “sahip olunan varlıkların ister aynı, isterse hisse senedi, tahvil, hazine bonusu gibi farklı özelliğe sahip en az iki kıymete yatırılması sonucu oluşan toplam değer” olarak tanımlanmaktadır⁴⁷. Doktrinde portföy kavramının çeşitli menkul kıymetlerden⁴⁸ meydana gelen,

Bölgeler Açısından Bir Analiz, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2006, s. 14, dn.19.

⁴⁴ Oksay Suna, okuluslu Şirketler Teorileri erevesinde Yabancı Sermaye Yatırımlarının İncelenerek Değerlendirilmesi. Bkz. <http://www.econturk.org/Turkiyeekonomisi/oksay3.pdf> (ET. 21.02.2011).

⁴⁵ DPT, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Rekabet Hukuku ve Politikaları zel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000, s. 103.

⁴⁶ Salacuse, 2010, s. 30.

⁴⁷ İMKB, Sermaye Piyasası ve Borsa Temel Bilgiler Kılavuzu, 21. Basım, Ekim 2011, s. 524.

⁴⁸ İMKB Borsa Terimleri Szlgnde “Menkul Kıymet” kavramı, ortaklık veya alacaklılık sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte, seri halinde çıkarılan, ibareleri aynı olan ve Şartları Sermaye Piyasası Kurulunca belirlenen kıymetli evrak olarak tanımlanmaktadır. Bkz. İMKB, 2011, s. 578.

ağırlıklı olarak hisse senedi, tahvil ve türevlerinden oluşan, belirli bir kişi veya grubun elinde olan finansal nitelikteki kıymetleri ifade ettiği belirtilmektedir⁴⁹.

Yabancı portföy yatırımı ise yatırımcının kendi ülkesi dışındaki bir ülkede kurulmuş veya faaliyet gösteren bir şirket ya da organizasyon tarafından ihraç edilen finansal araçları satın alması suretiyle işlerlik kazanan uluslararası sermaye hareketliliği olarak tanımlanmaktadır⁵⁰. Başka bir ifadeyle bu yatırım şekli, bir yabancı firmanın veya yurtdışında yerleşik bir kişinin, bir ülkenin borsasında işlem gören şirket hisse senetleri, yatırım fonları, şirket tahvilleri veya devlet garantili bono/tahviller gibi finansal araçları uluslararası sermaye piyasalarından satın alması biçiminde ortaya çıkan mali işlemdir⁵¹.

Yukarıda yer verilen tanımlamaların yabancı portföy yatırımının varlığına ilişkin bütün unsurları içerdiği söylenemez. Daha açık bir ifadeyle, yatırımcının yatırım üzerindeki kontrol gücüne vurgu yapılmaması, söz konusu tanımlamaların eksik kalan yönü olarak değerlendirilebilir. Keza doğrudan yabancı yatırım ve portföy yatırımı ayrımının temel noktasını, yatırımcının yatırım üzerindeki kontrol gücünün düzeyi oluşturmaktadır.

Kontrol kavramı, yatırımcının girişim üzerinde karar alma ve politika üretme yetkisine sahip olması biçiminde tanımlanmaktadır⁵². Bir yatırımcının girişim üzerinde hak sahibi olması ve ötesinde bu girişim sebebiyle kâr elde etmesi, o girişim üzerinde kontrol yetkisine sahip olduğunu göstermeye yetmemektedir⁵³. Uluslararası hukukta kontrol gücünün düzeyi konusunda belirlenmiş kesin bir sınır olmamakla birlikte, bazı yazarlar doğrudan yabancı yatırımlar konusunda belirlenen eşik değeri, yabancı portföy yatırımları

⁴⁹ Ceylan Ali/Korkmaz Turhan, Borsada Uygulamalı Portföy Yönetimi, 3. Baskı, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, 1998, s. 7. Bkz. Şahin Serkan, İMKB’de Yükselen Piyasa ve Düşen Piyasa Dönemlerinde Durumsal İlişki Analizi, Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş 2006, s. 20.

⁵⁰ Sornarajah, 2011, s. 8.

⁵¹ Yavan Nuri, Türkiye’de Doğrudan Yabancı Yatırımların Lokasyon Seçimi Üzerine Uygulamalı Bir Araştırma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Coğrafya Anabilim Dalı Beşeri ve İktisadi Coğrafya Bilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2006, s. 45; Görmezöz, 2007, s. 3.

⁵² Moosa Imad A., Foreign Direct Investment: Theory, Evidence and Practice, Palgrave Macmillan, New York 2002, s. 2.

⁵³ Salacuse, 2010, s. 20.

bakımından da uygulama eğilimindedir. Sözgelimi *Knill*, yabancı portföy yatırımcısını, menşe ülkede ikamet eden bir yabancıya, bir başka ülkede yerleşik bulunan bir şirketin hisselerini, söz konusu şirketteki toplam oy gücünün yüzde 10'undan daha düşük bir orana tekabül edecek biçimde satın alması şeklinde gerçekleşen yatırım türü olarak tanımlamaktadır⁵⁴. Bu anlamda uluslararası hukuk uygulamasında doğrudan yabancı yatırımların varlığı için aranan yüzde 10 sınırının aşılması yönündeki kritere, bu defa portföy yatırımları bakımından söz konusu sınırın aşılmaması istikametinde işlerlik kazandırılmıştır.

Yukarıda yer verilen tanımlardan da anlaşılacağı üzere, doğrudan yabancı yatırım ve portföy yatırımı kavramları arasındaki temel farklılık, yatırımın ne şekilde yapıldığından ziyade yatırımcının söz konusu şirketin yönetim ve denetimi üzerinde ne ölçüde söz sahibi olduğu noktasında odaklanmaktadır⁵⁵. Doğrudan yabancı yatırımlarda kontrol gücü, belirleyici faktör olarak öne çıkarken, yabancı portföy yatırımlarında yabancı yatırımcı hissesini satın aldığı şirketi kontrol etmeyi amaçlamamakta, sadece finansal bir geri dönüş hedeflemektedir⁵⁶. Bu farklılığın dışında, portföy yatırımında genel olarak yatırımcının belirtilen türde bir yatırım yapmasının riskini doğrudan kendisi üzerine aldığı kabul edilmektedir. Bu kabulü doğru orantılı olarak, yatırımcının, muhtemel bir ekonomik kaybı karşısında ev sahibi devlet menkul kıymet borsasında veya ev sahibi devletteki herhangi bir kamu otoritesi nezdinde bir talep hakkı bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle portföy yatırımları, bilinçli bir yatırımcının göz önünde bulundurması gereken olağan ticari riskler kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁷. Sayılanların dışında; doğrudan yabancı yatırımların portföy yatırımlarına nispetle çok daha uzun

⁵⁴ Knill April M., *Does Foreign Portfolio Investment Reach Small Listed Firms?*, European Financial Management doi: 10.1111/j.1468-036X.2010.00572.x, Blackwell Publishing Ltd, 2010, s. 2.

⁵⁵ 4875 sayılı Kanununun 2(2)(b) maddesi uyarınca; yabancı yatırımcı tarafından, menkul kıymet borsalarından en az yüzde 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olunması, doğrudan yabancı yatırım kavramı kapsamında mütalaa edilmiştir. Bu tanım çerçevesinde, Türk hukuku bakımından da, yabancı portföy yatırımı ve doğrudan yabancı yatırım arasındaki temel ayrımın, yatırımın türü üzerine değil, yatırımcının yatırım üzerindeki kontrol gücünün düzeyi üzerine inşa edildiğini ifade etmek mümkün hâle gelmektedir.

⁵⁶ Yavan, 2006, s. 45.

⁵⁷ Sornarajah, 2011, s. 9.

dönemli olması, söz konusu yatırım türleri arasındaki bir diğer farklılığı ortaya koymaktadır⁵⁸.

Doğrudan yabancı yatırım ve portföy yatırımı arasındaki farklılıklar, doktrinde⁵⁹ muhtelif gerekçelere dayandırılmaktadır:

- Doğrudan yabancı yatırımlarda yatırımcı, ev sahibi devletteki ekonomik faaliyetini bu devletin açıkça verdiği bir muvafakate istinaden gerçekleştirmektedir. Buna karşılık portföy yatırımlarının ise menkul kıymet borsaları aracılığıyla dünyanın herhangi bir yerinden gerçekleştirilmesi mümkündür. Ev sahibi devletin bahse konu menkul kıymet borsalarında gerçekleştirilen hisse senedi satımı yoluyla hangi yabancı bağlantıların teşekkül ettirildiğini bilmesi beklenemeyecektir. Bu itibarla portföy yatırımları ile ev sahibi devlet sorumluluğu arasında doğrudan irtibat kurabilmek de mümkün değildir.

- Doğrudan yabancı yatırımlarda yatırımcı, ikame olarak menşe ülke ekonomisi lehine kullanılabilir öz kaynakları bir başka ülkeye transfer etme yoluna gitmektedir. Her ne kadar benzer bir tespit portföy yatırımları bakımından yapılabilir olsa da, portföy yatırımlarının doğrudan yabancı yatırımlara nazaran genellikle daha düşük seviyede bir ekonomik değer ihtiva etmesi, iki yatırım türünün farklılaştırılmasının bir diğer dayanağı olarak ortaya konulmaktadır.

Portföy yatırımlarında son yıllarda önemli ölçüde bir artış görülmektedir. Bu artışın temelinde; pek çok ülkede menkul kıymet borsalarının kurulması, sınır aşırı ülkelerde portföy yatırımı yapılabilmesine ilişkin teknolojik imkânların geliştirilmesi, yabancı kişilerin yerli şirketlerden hisse edinebilmesinin önündeki yasal kısıtlamaların azaltılması ve yatırımcıların yabancı menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketler hakkındaki bilgi düzeyinin artması gibi unsurların yer aldığı kabul edilmektedir. Tüm bu unsurların yanı sıra portföy yatırımlarında yaşanan

⁵⁸ Görmezöz, 2007, s. 4.

⁵⁹ Sornarajah, 2011, s. 9 ve dn. 24.

artışın temelinde yatan bir diğer gerekçe ise yatırımcıların kısa vadede daha yüksek seviyede kazanç elde etme, yani kâr maksimizasyonu hedefleridir⁶⁰.

B. Diğer Ayrımlar

Uluslararası hukukun yabancı yatırımların korunmasına ilişkin gelişim sürecindeki başlangıç noktasını, yabancı yatırımcının ev sahibi devlette sahip olduğu maddi mal varlığı değerlerinin korunması düşüncesi oluşturmuştur. Bununla birlikte süreç içinde yabancı yatırım kavramına yüklenen anlamın; yatırım sözleşmeleri, uluslararası yatırım kredileri, fikri mülkiyet hakları ve idari izinler gibi gayri maddi mal varlığı değerlerini de ihtiva eder mahiyette teşmil edilmesi yoluna gidilmiştir⁶¹.

1. Yatırım Sözleşmeleri

Yabancı yatırım kavramının gayri maddi mal varlığı değerlerine yönelik genişlemesinin en önemli boyutunu yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan haklar oluşturmaktadır. Yatırım sözleşmeleri, yabancı yatırımcının menşee devletinin taraf sıfatı taşımadığı, bizatihi yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen, yatırımcının kazanç elde etme amacıyla ev sahibi devlet ülkesindeki bir girişim için para veya sermaye transferi taahhüdünde bulunmasını konu alan sözleşmelerdir. Bu konuda genel kabul gören anlayış, yatırım sözleşmelerinin ihlâlinin uluslararası hukukta öngörülen korumadan istifade ettirilmesi yönündedir. Yatırım antlaşmaları da bahse konu sözleşmeleri yabancı yatırım kapsamında değerlendirme eğilimindedir. Böyle bir ihtimalde yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen yatırım

⁶⁰ Sohnke M. Bartram/Gunter Dufey, International Portfolio Investment: Theory, Evidence, and Institutional Framework, Financial Markets Institutions & Instruments, Vol. 10, No. 3, pp. 85-155, New York 2001, s. 86; Çetenak Emin Hüseyin, Yabancı Portföy Yatırımlarının Hisse Senedi Getirileri Üzerine Etkisi: İMKB Üzerine Bir Uygulama, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 23-30; Sornarajah, 2011, s. 8-18.

⁶¹ Sornarajah, 2011, s. 11.

sözleşmesinin ihlâli, eş zamanlı olarak yatırım antlaşmasının ihlâli olarak değerlendirilebilecektir⁶². Nihayet yabancı yatırımcı, sözleşme ihlâlinden kaynaklanan taleplerini yatırım antlaşmasına dayanmak suretiyle uluslararası hukuk zemininde koruma imkânına sahip olabilecektir. Bununla birlikte yatırım antlaşmalarında yatırım kavramının tanımı kapsamında yer verilen “her türlü varlık değeri” ibaresi, içtihat hukuku alanında yatırım sözleşmelerini de ihtiva eden bir çerçevede anlamlandırılmaktadır⁶³.

Genel olarak uzun vadeli hukuki ilişkiler bakımından işlerlik kazanan yatırım sözleşmeleri, özellikle taraflar arasındaki imtiyaz, yap-işlet-devret ve garanti sözleşmeleri alanlarında gündeme gelmektedir⁶⁴. Bu çerçevede yabancı gerçek veya tüzel kişiler ile ev sahibi devletteki yetkili kişi ve kurumlar arasında kamu hizmetlerinin karşılanması amacıyla akdedilen doğal kaynakların aranması ve geliştirilmesine ilişkin sözleşmeler, alt yapı sözleşmeleri ve ev sahibi devletin yatırımcı faaliyetinin karşılığının ödenmesini taahhüt ettiği garantörlük sözleşmeleri gibi muhtelif sözleşme türleri, yabancı yatırım kavramı kapsamında mütalaa edilmektedir⁶⁵.

2. Uluslararası Yatırım Kredileri

Bir ülkede yerleşik bulunan bankalar veya finans kuruluşları tarafından bir başka ülkede kurulu bir işletme lehine kredi temin edilmesi işlemi de yabancı yatırımın bir türü olarak kabul edilmektedir⁶⁶. Hemen tüm ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında uluslararası kredi işlemlerinin yatırım olarak değerlendirilmesine imkân tanıyan hükümlere yer verilmiştir. Bununla birlikte yatırımcı tarafından kullanılan kredilerin uzun vadeli olması, bahse konu işlemlerin bir yabancı yatırıma vücut verebilmesinin ön şartı olarak tespit

⁶² UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, United Nations, New York/Geneva 2007, s. 26 (Investor-State Dispute Settlement).

⁶³ UNCTAD, 2007 (Investor-State Dispute Settlement), s. 27.

⁶⁴ Bishop R. Doak/Crawford James/Reisman William Michael, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, Hague 2005, s. 215 vd.

⁶⁵ Salacuse, 2010, s. 32, 33.

⁶⁶ Salacuse, 2010, s. 31.

edilebilir. Bu anlamda uluslararası yatırım kredileri ile yine uluslararası nitelik taşıyan ticari kredilerin ayrılması gereklidir. Ticari krediler, ihracatçıların yurtdışındaki alıcı firmalara verdikleri, ithalatçıların ise doğrudan yurtdışındaki satıcı firmalardan sağladığı malın bedelinin vadeli olarak ödenmesi şeklinde ortaya çıkan mali işlemlerdir⁶⁷. İzah edilen çerçevede, uluslararası kredilerin, ancak uzun vadeli bir yatırımcı faaliyetini finanse etmesi ihtimalinde yatırım olarak kabul edilebileceği ifade edilebilir.

Uygulamada, özellikle yüksek miktardaki krediler bakımından çoğunlukla tek bir finans kuruluşundan ziyade farklı ülkelerden muhtelif sayıdaki finans kuruluşundan kredi temin edilmesi yoluna gidilmektedir. Bu sayede uluslararası kredi sağlayan finans kuruluşları bakımından üstlenilen riskin dağıtılabilmesi hedeflenmektedir. Diğer taraftan uluslararası kredilerin, münhasıran birbiriyle herhangi bir bağlantısı olmayan kişiler arasındaki ticari ilişkilerin veya yatırım ilişkilerinin finansmanının sağlanması amacıyla kullanılabilmesi de düşünülmemelidir. Bunun yanı sıra bir şirketin, şube veya iştiraklerinin faaliyetlerinin finansmanı bakımından uluslararası kredi kullanımı dahi yabancı yatırım kapsamında mütalaa olunmaktadır⁶⁸.

3. Fikri Mülkiyet Hakları ve İdari İzinler

Uluslararası yatırım hukukunda yabancı yatırım kavramının kapsamına ilişkin gelişmelerden bir diğeri, fikri mülkiyet hakları konusunda yaşanmıştır⁶⁹. Kuşkusuz, böylesi bir kavramsal genişlemenin temelinde gelişmiş ülkelerde yapılan ve yenilik değeri olan buluşların, gelişmekte olan ülkelerde yaygın biçimde taklit edilmesi bulunmaktadır⁷⁰. Bu gelişmeyle

⁶⁷ Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Uluslararası Yatırım Pozisyonu Raporu, Aralık 2009, s. 17; European Central Bank, 2004, s. 49.

⁶⁸ Salacuse, 2010, s. 31.

⁶⁹ İkili yatırım antlaşmalarında fikri mülkiyet hakkının düzenlenme biçimleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. UNCTAD, Intellectual Property Provisions in International Investment Arrangements, IIA Monitor No. 1, International Investment Agreements, United Nations, New York/Geneva, 2007, s. 1-7 (Intellectual Property).

⁷⁰ Haley George T., Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment in Emerging Markets, Marketing Intelligence & Planning 18/5, pp. 273-280, 2000, s. 273; Sornarajah, 2011, s. 12.

birlikte, yatırım antlaşmalarında telif hakları ve sınai mülkiyet haklarının yatırım korumasına alınmasına yönelik hükümlere yer verilmeye başlanmıştır⁷¹. Bu sayede bir taraftan gelişmiş ülkelerde üretilen fikri mülkiyet haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmeye çalışılmış, diğer taraftan gelişmekte olan ülkelere sağlıklı bir teknoloji transferi yapılabilmesine hukuki zemin hazırlanmıştır⁷². Fikri mülkiyet haklarının yatırım kavramı kapsamında mütalaa edilmesiyle birlikte, ev sahibi ülkede bir fikri mülkiyet hakkının ihlâl edilmesi, yatırım antlaşmasının ihlâli olarak değerlendirilmeye başlanmıştır⁷³.

Yabancı yatırım kavramının kapsamına yönelik bir diğer gelişme ise idari izinler konusunda yaşanmıştır. Yabancı yatırımcıya ev sahibi devletin yetkili kurumları tarafından verilen idari izinler marifetiyle bir taraftan yatırım ortamının iyileştirilmesi hedeflenmekte, diğer taraftan yabancı yatırımın denetlenmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Yabancı yatırımcı söz konusu izinlere hem yatırıma başlama hem de yatırımın devam ettirilmesi süreçlerinde ihtiyaç duymaktadır. Zira yabancı yatırımcının makina-teçhizat gibi maddi mal varlığı değerleri mevcut olsa dahi, söz konusu idari izin sürecinde yaşanacak bir aksama, yatırımın hayata geçirilmesine engel olabilecektir. Bu riski bertaraf etme gayesiyle yatırım antlaşmalarında bahsi geçen idari izinlerin, yabancı yatırım kavramının tanımı kapsamına alındığı görülmektedir. Bu sayede daha önce verilen bir idari iznin geri alınmasının

⁷¹ İkili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında fikri mülkiyet hakları konusuna ilişkin düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Liberti Lahra, Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Overview, OECD Working Papers on International Investment, No. 2010/01, OECD Publishing, pp. 3-36, 2010, s. 6-15.

⁷² Uluslararası ticarete, özellikle DTÖ nezdinde imzalanan TRIP's Antlaşması çerçevesinde fikri mülkiyet haklarının koruma altına alındığı bilinmektedir. Bununla birlikte, konunun yatırım antlaşmalarında düzenlenmesinin, sağlanan korumanın kapsamı bakımından önemli bir boyutu bulunmaktadır. Yatırım antlaşmaları, TRIP's Antlaşmasının aksine, fikri mülkiyet hakkı sahibi yabancı kişiye bağımsız bir müracaat hakkı bahsetmektedir. Buna karşılık TRIP's Antlaşmasında ise, DTÖ çerçevesinde uyuşmazlık çözüm mekanizmasını harekete geçirme imkânı münhasıran devletlere tanınmıştır. Bkz. Sornarajah, 2011, s. 13, 14.

⁷³ Sornarajah, 2011, s. 13, 14. Bununla birlikte yazar, doktrinde yabancı yatırım kavramının fikri mülkiyet haklarını ihtiva edecek biçimde genişletilmesinin, bazı sakıncaları da beraberinde getirebileceğine dikkat çekmektedir. Bu sakıncalar özellikle farmasötik ürünlerin paralel ithalatı konusunda gün yüzüne çıkmaktadır. Sözelimi üretici firmanın ülkesi dışındaki bir başka ülkede ucuz üretilen bir AIDS ilacının ithal edilmesi, yatırım antlaşması hükümlerinin ihlâli olarak değerlendirilme riskiyle karşı karşıyadır. Bu risk, yabancı yatırım kavramının fikri mülkiyet haklarını da içerecek biçimde genişletilmesinin, uluslararası ticarete yansıyan dezavantajlı yönünü teşkil etmektedir.

yatırım antlaşmasının ihlâli olarak kabulü mümkün olabilecektir. Bununla birlikte idari izinlerin yabancı yatırım kapsamında değerlendirilmesi, ev sahibi devletin yatırım üzerindeki yetkilerinin kayda değer nispette kısıtlanmasına sebebiyet vermektedir. Bu itibarla doktrinde bir görüş, sorunu idari izinlerin geri alınmasının amacından hareket ederek çözmeye çalışmaktadır. Bu görüşe göre idari izinlerin geri alınması, yabancı yatırımcının evvelce verdiği taahhütlerin yerine getirilmemesi veya düzenleyici tedbirlerin ihlâl edilmesi neticesinde gerçekleşmiş ise bu durum yatırım antlaşmasının ihlâlîne sebebiyet vermeyecektir. Buna karşılık idari izinlerin, ev sahibi devletin tek taraflı iradesiyle ve haklı bir gerekçe olmaksızın geri alınması hâli ise aşağıda ayrıntısıyla incelenecek olan dolaylı kamulaştırma kavramı kapsamında mütalaa edilmekte ve yatırım antlaşmasının ihlâlî olarak kabul edilmektedir⁷⁴.

Yukarıda izah edilen yabancı yatırım türlerinin sınırlı sayıda olduğu söylenemez. Uluslararası nitelik taşıyan yatırım türleri ve işlemleri küreselleşmenin ekonomik etkileriyle birlikte hızlı bir gelişime sahne olmuştur. Bu gelişimin, iş dünyası ve ekonominin gereklilikleri doğrultusunda yakın gelecekte de devam edeceğine kesin gözüyle bakılmaktadır. Bu sebeple yatırım antlaşmalarında da yatırım kavramının tanımını içeren sınırlayıcı ifadeler yerine, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel ekonomik gelişmeler ve yatırım işlemlerinin türlerinde yaşanabilecek değişiklikler nazara alınarak ucu açık tanımlamalara yer verildiği görülmektedir. Bununla birlikte yabancı yatırım kavramının yatırım antlaşmalarının uygulanması bakımından hayati önemi haiz olduğu da inkâr edilemez. Zira yatırım işlemlerinin antlaşmaların sağladığı uluslararası hukuk korumasından faydalanabilmesi için öncelikli olarak söz konusu işlemlerin ilgili yatırım antlaşması tarafından ortaya konan yabancı yatırım tanımı kapsamında yer alması gerekmektedir⁷⁵. Bu itibarla yabancı yatırım kavramının, ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında ne şekilde düzenlendiği ve hangi işlemlerinin yabancı yatırım kavramı kapsamında değerlendirilebileceği hususlarının analiz edilmesi büyük önem arz etmektedir.

⁷⁴ Sornarajah, 2011, s. 15.

⁷⁵ Salacuse, 2010, s. 32, 33.

§ 4. ÇOK TARAFLI YATIRIM ANTLAŞMALARI KAPSAMINDA YABANCI YATIRIM

Çok taraflı yatırım antlaşmalarında ele alınan en önemli konuların başında yabancı yatırım kavramı gelmektedir. Bu antlaşmalar arasında uygulamada en sık müracaat edilen antlaşma ICSID Konvansiyonudur. Bunun dışında çok sayıda bölgesel yatırım antlaşması kapsamında da yabancı yatırım kavramının tanımına yer verilmiştir. Çalışmamızın bu kısmında, evvela yabancı yatırım kavramına ilişkin içtihat hukukunun oluşumunda önemli rol oynayan ICSID Konvansiyonu hükümleri tahlil edilecektir. Diğer çok taraflı yatırım antlaşmaları kapsamında ise öncelikle Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması ve Güneydoğu Asya Milletler Birliği Yatırım Antlaşmasındaki hükümler incelenecek, daha sonra Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı Yatırım Antlaşması ile Çok Taraflı Yatırım Antlaşması taslağında yer verilen düzenlemeler değerlendirilecektir.

I. ICSID KONVANSİYONU KAPSAMINDA YABANCI YATIRIM

Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID), Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme (ICSID Konvansiyonu) ile kurulan uluslararası bir kuruluştur. Washington Sözleşmesi olarak da bilinen bu Konvansiyon, Dünya Bankası Direktörler Kurulu tarafından 18 Mart 1965 tarihinde hazırlanarak üye devletlerin onayına sunulmuş ve 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷⁶. ICSID Konvansiyonu, yatırım ikliminin

⁷⁶ Ormanoğlu, 2004, s. 95. Türkiye, ICSID Konvansiyonunu iki konuda bildirimde bulunarak 24 Haziran 1987 tarihinde imzalamıştır. Konvansiyonun onaylanması TBMM tarafından 3460 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur. Konvansiyon hükümleri, 2 Nisan 1989 tarihinden itibaren yürürlüğe konulmuştur. Türkiye'nin koyduğu çekincelerden biri, sözleşmenin kabulü veya onaylanması sırasında veya sonrasında, hangi tür uyuşmazlıkların ICSID yargısına götürüleceğinin imzacı devletler tarafından ICSID'e bildirilmesini düzenleyen 25/4 maddesine ilişkindir. Türkiye, ülkede yer alan taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve aynı haklarla ilgili uyuşmazlıkların münhasıran Türk yargı mercilerinin yargılama yetkisinde olduğunu, bu konuda ICSID yargılamasına gidilemeyeceği bildiriminde bulunmuştur. Türkiye'nin bir diğer bildirimi, sözleşmenin 64. maddesi ile ilgilidir.

korunmasına yönelik temel standartlar geliştirmek suretiyle ekonomik kalkınmanın geliştirilmesine hizmet etmeyi hedeflemektedir⁷⁷. Bu çerçevede Konvansiyon, tarafların karşılıklı anlaşmasını temin edebilmek için “uzlaştırma” ve başka bir türlü anlaşma olmaması hâlinde ihtilafın çözümlenmesi için “tahkim” müesseselerini ihdas etmiřtir⁷⁸.

A. ICSID Konvansiyonuna Göre Yatırım

ICSID Konvansiyonu kapsamında yabancı yatırımdan ne anlaşılması gerektiği hususunun izah edilmesi büyük önem taşımaktadır. Zira yatırım kavramının ICSID Konvansiyonu hükümleri uyarınca teşekkül ettirilen hakem heyetlerinin yargılama yetkisi üzerinde kayda değer bir etkisi vardır. ICSID tahkimine müracaat edilerek çözümlenecek uyuşmazlıklar bakımından hakem heyetlerinin iki aşamadan oluşan bir inceleme yapması zarureti bulunmaktadır. Bu çerçevede hakem heyetleri, yatırımın varlığının tespiti bakımından, hem taraflar arasındaki yatırım antlaşmasından hem de ICSID Konvansiyonundan kaynaklanan gerekliliklerin karşılanıp karşılanmadığını incelemek durumundadır.

Yatırım kavramına atfedilen öneme karşın, ICSID Konvansiyonunda söz konusu kavramın tanımına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Konvansiyonda; “Merkez, taraf devletlerden biri ile bir diğer taraf devletin tabiiyeti altında bulunan kişi arasındaki, bir yatırımdan doğrudan⁷⁹ kaynaklanan herhangi bir hukuki uyuşmazlık hakkında yargılama yetkisine sahiptir” hükmüne yer verilmiştir (m. 25/1). Görüldüğu üzere

Anılan madde tahkim kararlarının uygulanması ve yorumlanması konusunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların müzakere yolu ile giderilememesi durumunda konunun ICSID’e iletilmesi hususunu düzenlemektedir. Türkiye bu gibi durumlarda uyuşmazlığın, taraflar arasında yapılacak anlamlı müzakereler yoluyla çözüleceğini ve çözüm için üçüncü bir tarafa başvurulmayacağı kaydını koymuş bulunmaktadır (Ormanoğlu 2004, s. 95 ve 96).

⁷⁷ Schreuer Christoph H., 2007, s. 3.

⁷⁸ Emek Uğur, Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü, Devlet Planlama Teşkilatı, Haziran 1999, s. 27.

⁷⁹ ICSID Konvansiyonunun 25(1) maddesinin orijinal metninde “to any legal dispute arising *directly* out of an investmernt” ibaresine yer verilmiştir..

Konvansiyonda yabancı yatırım kavramı tanımlanmamış, münhasıran Merkezin doğrudan bir yatırımdan kaynaklanan ihtilaflar hakkında yargılama yetkisine sahip olduğu hususuna vurgu yapılmakla yetinilmiştir. Ancak Konvansiyonda yatırım kavramının tanımına yer verilmemesi bir ihmâl olmayıp, aksine tarafların bilinçli bir tercihini ortaya koymaktadır. Zira 1993 tarihli Dünya Bankası Murahhas Üyeler Raporunda açıkça, Konvansiyonun müzakere edilmesi aşamasında “yatırım kavramının tanımına ilişkin herhangi bir girişimde bulunulmadığı” ifade edilmiştir. Raporda bu durumun gerekçesi olarak Konvansiyonunun 25(4) maddesi uyarınca taraf devletlere zaten ICSID tahkimine götürmeyecekleri uyuşmazlıkları önceden belirleme imkânının verilmiş olması gösterilmiştir⁸⁰. Bu itibarla ICSID Konvansiyonun 25(1) maddesinden hareketle yatırım kavramının unsurlarının tespit edilmesi öncesinde, kısaca Konvansiyonun taraf devletlere tanıdığı tahkime götürülecek ihtilaf sınıflarını belirleme imkânına değinilmesinde fayda görülmektedir.

ICSID Konvansiyonunun 25(4) maddesi uyarınca taraf devletlere Konvansiyonun kabulü, onayı veya uygun bulunması aşamalarında, Merkezin yargılama yetkisi kapsamında yer alacak ya da almayacak ihtilafları Merkeze bildirme yetkisi verilmiştir. Bu madde taraf devletlerin istemedikleri bir uyuşmazlık sınıfını ICSID tahkimine götürmek mecburiyetinde kalmaları riskini bertaraf etme gayesi taşımaktadır⁸¹. Bununla birlikte Konvansiyonun söz konusu maddesinde öngörülen bildirim imkânının kullanılması, Merkezin yargılama yetkisine onay verilmesi anlamına gelmediği gibi Konvansiyona çekince konulduğu sonucunu da doğurmamaktadır⁸². Bu itibarla Konvansiyonun 25(4) maddesi uyarınca bildirim yapılmasının, Merkezin genel anlamdaki yargılama yetkisinin kısıtlanması veya genişletilmesi üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Bunun dışında tarafların Konvansiyonun 25(4) maddesi çerçevesinde yaptıkları bildirim ile Konvansiyonun onayı

⁸⁰ ICSID, ICSID Convention, Regulations and Rules, Report of the Executive Directors on the Convention, ICSID/15, April 2006, s. 44, Para. 27.

⁸¹ UNCTAD, Dispute Settlement, “International Centre for Settlement of Investment Disputes 2.5. Requirements Ratione Materiae”, United Nations, New York/Geneva 2003, s. 17.

⁸² UNCTAD, 2003, s. 17.

aşamasında yaptıkları açıklamaların çelişki arz etmesi durumunda, onay aşamasındaki açıklamalara itibar edileceği kabul edilmektedir⁸³.

ICSID Konvansiyonunun 25(1) maddesinin tahlili neticesinde ICSID'in yargılama yetkisinin üç temel değer üzerine kurulduğu ifade edilebilir. Bu değerlerden ilki taraflar arasındaki uyuşmazlığın "hukuki" bir uyuşmazlık olması, ikincisi bu uyuşmazlığın "doğrudan" bir yatırımdan kaynaklanması ve sonuncusu ise taraf devletlere yatırım tanımının yapılması noktasında geniş bir "takdir yetkisi" verilmesidir. Bu çerçevede aşağıda öncelikli olarak bahse konu unsurlar ele alınacak, daha sonra ise ICSID yargılaması kapsamında hakem heyetlerinin yatırım kavramının varlığına ilişkin aradığı temel kıstaslar tahlil edilecektir.

B. Unsurlar

1. Hukuki Nitelik

ICSID Konvansiyonunun 25(1) maddesi çerçevesinde ICSID'in yargılama yetkisinin sınırlarını belirleyen en temel unsur, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hukuki bir nitelik arz etmesidir. Bir uyuşmazlığın hukuki nitelikte olması, bu uyuşmazlıktan kaynaklanan iddiaların hukuk tarafından koruma altına alınan bir hakkın veya yükümlülüğün varlığına dayanması şartına bağlanmaktadır⁸⁴. Bu çerçevede taraflar arasında ahlaki, ticari veya siyasi nitelikli bir uyumsuzluk çıkması hâlinde ICSID'in yargılama yetkisinin varlığından bahsedilemeyecektir⁸⁵.

Uyuşmazlığın hukuki nitelik arz edip etmediği konusu, uygulamada üzerinde asgari seviyede ihtilaf yaşanan bir alandır. Zira hemen her

⁸³ UNCTAD, 2003, s. 17.

⁸⁴ Schreuer Christoph, What is a Legal Dispute?, International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner (Ed. Buffard Isabelle/Crawford James/Pellet Alain/ Wittich Stephan), Martinus Nijhoff Publishers, pp. 959-980, 2008, s. 966; UNCTAD, 2003, s. 9.

⁸⁵ Schreuer, 2001, s. 103; Fedax NV v. The Republic of Venezuela, Decisions on Jurisdiction, July 11, 1997, Para. 15.

uyuşmazlık bakımından taraflar, iddia ve savunmalarını hukuki metinler üzerine inşa etmektedir. Keza ICSID yargılamasına konu davalarda görevli hakem heyetleri de temelinde siyasi saiklerin yer aldığı uyuşmazlıkları dahi, hukuki etkilerinin bulunması kaydıyla, hukuki uyuşmazlık kategorisinde değerlendirme eğilimi taşımaktadır. Sözelimi *Suez v. Argentina*⁸⁶ davasında verilen karar, bu eğilimin en belirgin örneklerinden birini ortaya koymaktadır. Dava konusu olayda davacı şirket, içme suyu dağıtımı ve atık su hizmetlerine ilişkin olarak Arjantin’de geniş kapsamlı bir alt yapı yatırımı gerçekleştirmiştir. Arjantin’de yaşanan ağır ekonomik kriz sonrası davalı devletin uyguladığı devalüasyon tedbiri sonucunda, söz konusu devletin para biriminde aşırı değer kaybı yaşanmış ve nihayet davacı şirket bu kayıptan olumsuz biçimde etkilendiği iddiasıyla ICSID tahkimine müracaat etmiştir. Davada görevli hakem heyeti, davalı Arjantin devletin “uyuşmazlığın ticari veya iktisadi bir işlemde kaynaklandığı, bu itibarla hukuki bir veçhesinin bulunmadığı” yönündeki savunmasına itibar etmemiştir. Heyet, hukuki uyuşmazlığın “hukuken tanınan haklar ve tâbi olunan yükümlülöklere ilişkin uyuşmazlıklar” olarak kabul edilmesi gerektiğini⁸⁷, bu çerçevede davacı tarafın iddialarını Arjantin ve İspanya arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümlerine dayandırdığını, bu itibarla somut ihtilaf bakımından hukuki bir uyuşmazlığın mevcut bulunduğunu tespit etmiştir⁸⁸. Benzer şekilde *CSOB v. Slovakia*⁸⁹ davasında görevli hakem heyeti tarafından da *Suez* kararıyla aynı doğrultuda tespitlere yer verilmiştir. Davalı devletin uyuşmazlığın Slovakya ve Çek Cumhuriyetinin ayrılmasından kaynaklandığı yönündeki siyasi içerikli savunması, hakem heyeti tarafından, siyasi nitelikli olayların hukuki sonuçlarının göz ardı edilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir⁹⁰.

⁸⁶ Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, May 16, 2006.

⁸⁷ Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, Para. 34.

⁸⁸ Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, Para. 37.

⁸⁹ Ceskoslovenská Obchodní Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Final Award, December 29, 2004.

⁹⁰ Schreuer, 2008, s. 969 ve 970.

2. Doğrudan Yatırımdan Kaynaklanma Olgusu

ICSID Konvansiyonunun 25(1) maddesi çerçevesinde ICSID'in yargılama yetkisinin sınırlarını belirleyen bir diğer unsur, uyuşmazlığın doğrudan yatırımdan kaynaklanması gereğidir. Düzenleme çerçevesinde ICSID'in yargılama yetkisinin varlığından bahsedebilmek için uyuşmazlığın, doğrudan yatırım vasfını taşıyan işlemlerden kaynaklanması gereklidir. Bir diğer ifadeyle yatırım faaliyetiyle dolaylı biçimde bağlantılı bulunan işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ICSID'in yargılama yetkisinin dışında kalacaktır. Konvansiyonunun anılan maddesine ilişkin en önemli tartışma, söz konusu madde metninde geçen "doğrudan" ibaresinin hukuki etki alanının ne şekilde tespit edileceği konusunda yaşanmıştır.

ICSID tahkimi çerçevesinde teşekkül eden muhtelif hakem heyetleri Konvansiyonun 25(1) maddesinde geçen "doğrudan" ibaresine yüklenmesi gereken mananın tartışıldığı bazı kararlar vermiştir. Bunların arasında *Fedax v. Venezuela*⁹¹ davasında verilen kararın ayrı bir önemi bulunmaktadır. Aşağıda detayıyla incelenecek olan⁹² söz konusu davada davalı Venezüella devleti, Konvansiyonun 25(1) maddesinde geçen "doğrudan" ibaresinin "doğrudan yabancı yatırımları" işaret ettiğini ileri sürmüştür. Bu iddia üzerine hakem heyeti, bahse konu ibarenin "yatırımları" değil, taraflar arasındaki "uyuşmazlıkları" nitelediğini beyan etmiştir. Heyet, bu yönlü bir değerlendirmenin Konvansiyonun müzakere edilmesi aşamasında yatırım kavramının geniş tutulması yönünde benimsenen yaklaşımla da uyumlu olduğunu ifade etmiştir⁹³. Kanaatimizce, heyetin yaklaşımı çerçevesinde Konvansiyonunun 25(1) maddesi, "doğrudan yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları" değil, "bir yabancı yatırımdan doğrudan kaynaklanan uyuşmazlıkları" konu almaktadır.

⁹¹ Fedax NV v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Final Award, March 9, 1998.

⁹² Bkz. aşağıda s. 34 vd.

⁹³ Fedax NV v. The Republic of Venezuela, Decisions on Jurisdiction, July 11, 1997, Para. 24.

Uyuşmazlığın doğrudan yatırımdan kaynaklanması şartı *Amco Asia v. Indonesia*⁹⁴ davasında görevli hakem heyeti tarafından da ele alınmıştır. Bu davada hakem heyeti, davalı devletin davacı aleyhine ileri sürdüğü vergi kaçakçılığı karşı iddiası ile muhatap olmuştur. Hakem heyeti, söz konusu iddianın davalı Endonezya devletinin iç hukuk düzenlemelerinden ileri gelen bir ihlâl iddiası olduğunu ve bu hususun yatırım antlaşmasında düzenlenmemiş bulunduğunu tespit etmiştir. Bu itibarla vergi kaçakçılığı iddiasının doğrudan yatırımdan kaynaklanmadığını beyan eden heyet, ICSID Konvansiyonu çerçevesinde yargılama yetkisinin bulunmadığına hükmetmiştir⁹⁵.

Uyuşmazlığın doğrudan bir yatırımdan kaynaklanması gereği çerçevesinde, uluslararası ticari ilişkiler ile yatırım ilişkileri arasındaki farklılığa temas etmekte de fayda vardır. Her ne kadar yabancı yatırımlar genellikle uluslararası ticari ilişkilerle bağlantılı bir mefhum olarak kabul edilse de, bu iki işlem türü belirli yönleri itibariyle ayrılmaktadır. Uluslararası ticaret, para karşılığında mal veya hizmet değişimini konu alan ve bu değişimi takiben alıcı ve satıcı arasındaki hukuki ilişkinin sona ermesi sonucunu doğuran işlemler bütününden oluşmaktadır. Buna karşılık yatırım işlemlerinde ise yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında çok daha uzun süreli bir hukuki ilişkinin varlığından bahsedilebilir. Keza uluslararası yatırımlar bakımından yatırımcının sahip olduğu mal varlığı değerleri, ev sahibi devletin egemenlik gücüyle karşı karşıya bulunmaktadır. Buna paralel olarak yatırımcı, bu egemenlik gücünün ev sahibi devlet tarafından olumsuz biçimde kullanılmasından kaynaklanan politik riskle de muhatap olabilmektedir. Buna karşılık alıcı ve satıcı taraflar arasında çok daha kısa süreli hukuki ilişkileri konu alan uluslararası ticari işlemler bakımından ise böylesi bir riskin varlığından bahsetmek mümkün görünmemektedir⁹⁶.

⁹⁴ *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Resubmitted Case, Award, June 5, 1990.

⁹⁵ *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, Decision on Jurisdiction, May 10, 1988, Para. 126.

⁹⁶ Salacuse 2010, s. 28, 29. Yazar, söz konusu kavramsal farklılıkların yanı sıra, yatırım ve ticaret ilişkilerinin çoğunlukla birbiriyle bağlantılı bir boyutunun bulunduğunu da tespit etmektedir.

Uluslararası ticari ilişkiler ile yatırım ilişkileri arasında yapılan ayırım çerçevesinde, içtihat hukuku alanında da uluslararası ticari işlemlerin yatırım olarak kabul edilmemesi ve yatırım korumasından istifade ettirilmemesi yönünde genel bir eğilim bulunduğu ifade edilebilir⁹⁷. Bu eğilim *Joy Mining v. Egypt*⁹⁸ davasında verilen kararda belirgin biçimde tespit edilebilmektedir. Söz konusu davada görevli hakem heyeti, uyuşmazlık konusu işlemin Mısır ve Büyük Britanya arasındaki İkili Yatırım Antlaşması⁹⁹ hükümleri uyarınca, madencilik alanında kullanılan malzemelerin satışını konu aldığını, bu işlemin uluslararası ticarete ilişkin bir satış sözleşmesi olduğunu, bu itibarla doğrudan yatırımdan kaynaklanan bir boyutunun bulunmadığını tespit etmiştir¹⁰⁰.

İzah edilen kararlar ışığında, hukuki bir niteliği haiz olmakla birlikte doğrudan yatırımdan kaynaklanmayan uyuşmazlıklar hakkında, ICSID hakem heyetlerinin yargılama yetkisinin bulunmadığını ifade etmek mümkündür. Bununla birlikte uyuşmazlığın doğrudan yatırımdan kaynaklanması yönündeki kural, mümkün olduğu kadar geniş bir çerçevede algılanmalıdır. Eğer ki taraflar arasında ihtilafa sebebiyet veren hukuki işlem, yatırım faaliyetinin ilk veya öncelikli bir sonucu olarak tanımlanabiliyor ise “doğrudan” ibaresinin bu sonucu kapsayacağına kuşku yoktur. Bunun yanında doğrudan ibaresi, yatırım faaliyetinin ilk sonucu ile bağlantılı olan ve yatırım sürecini oluşturan zincirin son halkasını teşkil eden sonuçlar üzerinde dahi etkilidir. ICSID tahkimi kapsamında tesis edilen CSOB kararı konuya ilişkin aydınlatıcı tespitler ihtiva etmektedir.

Sözgelimi menşe ülkesi dışında bir başka ülkede fabrika kurmak suretiyle yatırım yapan bir şirket, bu faaliyeti çerçevesinde eş zamanlı olarak ev sahibi ülkedeki ucuz işgücünden veya düşük maliyetli hammadde temininden faydalanma saiki taşımış olabilir. Ötesinde bu şirket yatırımını, işletmesinde ürettiği ürünleri ev sahibi ülke veya o ülkenin bulunduğu bölge pazarına sunma amacıyla dahi gerçekleştirmiş olabilir. Uluslararası yatırımların ticaret hayatına etkisini konu alan ve özellikle DTÖ nezdinde kabul edilmiş bulunan muhtelif sayıda antlaşmanın varlığı da, yabancı yatırımlar ile uluslararası ticaret arasındaki bağlantıyı açıkça ortaya koymaktadır.

⁹⁷ Mortenson Julian Davis, The Meaning of “Investment”: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law, Harvard International Law Journal, Vol. 51, No. 1, pp. 257-318, Winter 2010, s. 298.

⁹⁸ Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award, August 06, 2004.

⁹⁹ Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/egypt_uk.pdf (ET. 07.03.2011).

¹⁰⁰ Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, Award, Para. 56.

Dava konusu olayda uyuşmazlık, CSOB unvanlı Çek Cumhuriyeti menşeli banka tarafından Slovak Collection Company unvanlı şirkete kredi kullandırılmasından kaynaklanmıştır. CSOB tarafından sağlanan bahse konu kredinin geri ödenmesi Slovak Cumhuriyeti Maliye Bakanlığı tarafından garanti edilmiştir. Slovak Collection Company unvanlı şirketin ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve akabinde iflas etmesi üzerine CSOB, ICSID Konvansiyonu ile Çek ve Slovakya Cumhuriyetleri arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümlerine dayanarak garantör görevini üstlenmiş olan Slovak Cumhuriyeti aleyhine dava ikame etmiştir¹⁰¹. Slovak Cumhuriyeti savunmasında, CSOB tarafından Slovak Collection Company lehine kredi kullandırılması işlemine garantör olmasının ICSID Konvansiyonunun 25(1) maddesi anlamında doğrudan yatırımdan kaynaklanan bir işlem olarak kabul edilemeyeceğini, zira bu işlem marifetiyle adı geçen bankanın Slovak Cumhuriyetinde herhangi bir harcama veya masraf yapmadığını ileri sürmüştür¹⁰².

Hakem heyeti davaya ilişkin ilk değerlendirmesinde, Slovak Cumhuriyetinin garantörlük taahhüdünün tek başına ele alınması durumunda bir yatırımın varlığından bahsetmenin mümkün olmadığını kabul etmiştir¹⁰³. Bununla birlikte kararda, yapılan işlemlerin başlangıçtan itibaren bir bütün olarak ele alınmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir. Bu bakış açısıyla bankanın faaliyetlerinin Slovakya Cumhuriyetinin ekonomik gelişimi bakımından son derece önemli rol üstlendiğini tespit eden heyet, garantörlük taahhüdünün de diğer işlemlerle birlikte yabancı yatırımın parçası olarak mütalaa edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹⁰⁴. Diğer taraftan, hakem heyeti, böylesi bir sonuca ulaşırken ICSID Konvansiyonunun 25(1) maddesinde geçen “doğrudan” ibaresinden kaynaklanan hukuki engeli aşabilmek için temel bir argümana dayanma ihtiyacı hissetmiştir. Heyet,

¹⁰¹ White & Case, ICSID Arbitration Award for Leading Czech Bank, White & Case Obtains Record-Setting, Press Releases, Washington DC, Prague, April 1, 2005. Bkz. <http://www.whitecase.com> (ET. 07.03.2011).

¹⁰² Ceskoslovenská Obchodní Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, May 24 1999, Para. 12.

¹⁰³ Ceskoslovenská Obchodní Banka, A.S. v. The Slovak Republic, Decision on Jurisdiction, Para. 69.

¹⁰⁴ Ceskoslovenská Obchodní Banka, A.S. v. The Slovak Republic, Decision on Jurisdiction, Para. 72.

anılan maddenin bir yatırımdan “derhâl” değil, “doğrudan” kaynaklanan uyuşmazlıkları düzenlediğini ifade etmiş ve bu anlamda uyuşmazlık konusu olaydaki garantörlük taahhüdünün, doğrudan yabancı yatırım faaliyetlerinden kaynaklandığına hükmetmiştir¹⁰⁵.

3. Takdir Yetkisi

ICSID Konvansiyonunun 25(1) maddesinde yatırım kavramının tanımına yer verilmemesi sebebiyle taraf devletlerin son derece geniş bir takdir yetkisiyle teçhiz edildiği ifade edilebilir¹⁰⁶. Bu sayede Konvansiyon tarafı devletler, aralarında akdedecekleri ikili veya çok taraflı yatırım antlaşmaları marifetiyle yabancı yatırım kavramının anlamını somutlaştırma imkânına sahip kılınmıştır.

ICSID Konvansiyonunda taraf devletlere verilen takdir yetkisinin sınırsız bir yetki olduğundan da bahsedilemez. Her ne kadar taraf devletlerce yatırım antlaşmalarında yapılan yatırım tanımlamaları ICSID tahkimi çerçevesinde görev yapan hakem heyetleri bakımından önem arz etmekte ise de, bu tanımlamalar hakem heyetlerinin yargılama yetkisini kat'i biçimde tayin etmemektedir¹⁰⁷. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, ICSID hakem heyetleri yatırımın varlığının tespiti bakımından hem yatırım antlaşmasından hem de ICSID Konvansiyonundan kaynaklanan gerekliliklerin karşılanıp karşılanmadığını tetkik etmektedir. Bu çerçevede hakem heyetleri, uyuşmazlık taraflarınca yatırım antlaşmalarında yapılan tanım ve yorumlamalardan bağımsız biçimde, bir proje veya işlemin yatırım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini Konvansiyonun 25. maddesi çerçevesinde incelemek durumundadır¹⁰⁸. Sözgelimi uyuşmazlık tarafları arasındaki ikili yatırım antlaşmasında mal satış sözleşmelerinin yatırım

¹⁰⁵ UNCTAD, 2003, s. 12.

¹⁰⁶ McLachlan Campbell/Shore Laurence/Weiniger Matthew, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, Oxford University Press, New York 2010, s. 164; UNCTAD, 2003, s. 14.

¹⁰⁷ Schreuer, 2001, s. 90.

¹⁰⁸ UNCTAD, 2003, s. 14.

kavramı kapsamında mütalaa edildiği açıkça düzenlenmiş bulunsa bile, ICSID yargılamasında görevli bir hakem heyeti Konvansiyonun 25(1) maddesinde geçen “doğrudan” ibaresinden hareketle ortada bir yatırımın bulunmadığına hükmedebilecektir.

ICSID Konvansiyonunun taraf devletlere geniş takdir yetkisi veren yaklaşımı, doktrinde *Schreuer* tarafından, muhtelif sayıda yabancı yatırım tanımının yapılmasına imkân tanındığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁰⁹. Gerçekten de her bir somut uyuşmazlık bakımından birbiriyle çelişen yatırım tanımlamalarının yapılması ihtimali, Konvansiyonun anılan yaklaşımının olumsuz yönü olarak ortaya konulabilir. Buna karşılık Konvansiyonun verdiği takdir yetkisinin olumlu bir yönünün bulunduğu da tespit edilmelidir. Söz konusu takdir yetkisi sayesinde, yabancı yatırım kavramına ilişkin olarak Konvansiyon ve yatırım antlaşmaları arasında yaşanması muhtemel kavram kargaşalarının asgari düzeyde kalması temin edilmiş olmaktadır¹¹⁰.

C. Fedax/Salini Kriterleri

Yukarıda izah edilen teorik çerçevede hangi hukuki ilişkilerin yatırımın varlığı sonucunu doğuracağı, ICSID yargılaması kapsamındaki muhtelif hakem heyeti kararlarında da tartışılmıştır. Bu kararlar bir taraftan Konvansiyon tarafından bırakılan bilinçli boşluğun doldurulmasını temin etmekte, diğer taraftan ekonominin ve yatırım ilişkilerinin gelişimine paralel yeni yatırım türlerinin ihdas edilmesini sağlamaktadır. Bu noktada *Fedax* davasında verilen karar, bahse konu unsurların tartışıldığı ilk karar olması hasebiyle özel bir önem taşımaktadır.

Fedax davasındaki somut uyuşmazlık, Venezüella hükümeti tarafından ihraç edilen borçlanma senetlerinin Fedax unvanlı şirket tarafından ciro

¹⁰⁹ Schreuer, 2001, s. 124.

¹¹⁰ Bununla birlikte, Konvansiyonun verdiği geniş takdir yetkisine binaen, yabancı yatırımın varlığına ve unsurlarına ilişkin olarak Enerji Şartı Antlaşmasında kabul edilen temel ilkeler ile ICSID Konvansiyonunun 25(1) maddesi kapsamında çerçevesi çizilen yatırım kavramı ise ciddi bir çelişki arz etmektedir. Bu husus aşağıda “Enerji Yatırımları” başlığı altında ayrıca tartışılacaktır.

yoluyla devralınması yönündeki hukuki işlemin, bir yabancı yatırım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin olarak gündeme gelmiştir¹¹¹. Davalı Venezüella devleti savunmasında öncelikle, davacı şirketin ülkelerinde mali kaynakların uzun dönemli transferini konu alan bir doğrudan yabancı yatırımının bulunmadığını beyan etmiştir. Davalı devlet ayrıca, münhasıran ihraç edilen senetlerin iktisap edilmesi işleminin ICSID Konvansiyonu ile Hollanda ve Venezüella devletleri arasındaki İkili Yatırım Antlaşması¹¹² hükümleri çerçevesinde uluslararası hukuk korumasından istifade etmeye imkân tanıyan bir işlem olmadığını belirterek davanın reddini talep etmiştir¹¹³.

Hakem heyeti öncelikle yabancı yatırım kavramının unsurlarına ilişkin, sonraki ICSID yargılamalarında da “Fedax kriterleri” adı altında genel kabul görecekt bazı temel prensipler tayin etmiştir. Bu kriterlerle aynı doğrultudaki bazı tespitler sonraki aşamada *Salini v. Morocco*¹¹⁴ davasında da kabul edilmiştir. Bu sebeple bazı hakem heyetleri tarafından söz konusu kriterler “Salini kriterleri”, bu kriterler etrafında yapılan inceleme ise “Salini Test” olarak isimlendirilmiştir. Çalışmamızda genel olarak “Fedax/Salini kriterleri” başlığı altında ele alınacak söz konusu değerlendirme ölçütleri uyarınca bir yabancı yatırımın varlığından bahsedebilmek için;

- (i) Taraflar arasındaki işlemin (yatırım projesinin) belirli bir süre devamlılık göstermesi,
- (ii) Bu işlemin yatırımcı tarafa belirli bir intizam içinde kâr veya finansal geri dönüş sağlaması,
- (iii) Söz konusu işlem bakımından yatırımcı aleyhine risk unsurunun bir varsayım olarak mevcut bulunması,
- (iv) Yatırımcının önemli bir taahhüt altına girmesi,

¹¹¹ Fedax NV v. The Republic of Venezuela, Decisions on Jurisdiction, July 11, 1997, Para. 18.

¹¹² Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands_venezuela.pdf (ET. 12.04.2011)

¹¹³ Fedax NV v. The Republic of Venezuela, Decisions on Jurisdiction, July 11, 1997, Para. 19.

¹¹⁴ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001.

- (v) Yapılan işlemin veya yürütülen faaliyetin ev sahibi devletin gelişimi bakımından önem arz etmesi gerekmektedir.

Fedax davasında görevli hakem heyeti bu kriterler ışığında yaptığı incelemede, davacı şirketin işleminin yukarıda sıralanan unsurları haiz olduğundan bahisle bir yabancı yatırım olarak değerlendirilmesi gerektiği neticesine ulaşmıştır¹¹⁵. *Salini* davası ise tarafların uzlaşması suretiyle nihayete ermiş ve bu çerçevede hakem heyeti tarafından 04.02.2004 tarihinde yargılamanın devam ettirilmemesi yönünde karar verilmiştir¹¹⁶.

Fedax/Salini kriterlerine, yabancı yatırımın unsurlarının tartışma konusu yapıldığı diğer tahkim kararlarında sıklıkla müracaat edilmiştir. Söz konusu kararlarda, *Fedax/Salini* kriterlerinin uygulanmasına ilişkin bazı önemli tespitlere de yer verilmiştir. Bununla birlikte doktrinde bu kriterlerin, ICSID'in yargılama yetkisinin varlığını belirleyen kriterler olarak değil, ICSID Konvansiyonu çerçevesinde yabancı bir yatırımın taşınması gerekli olan temel karakteristik özellikler olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır¹¹⁷.

1. Yatırımın Belirli Bir Süre Devamlılık Göstermesi

ICSID Konvansiyonunun müzakere sürecinde, yatırımın devam etmesi için gerekli olan süre başlangıçta beş yıl olarak belirlenmiş, ne var ki müzakere taraflarının yoğun itirazları neticesinde Konvansiyon metnine herhangi bir süre sınırı konulmaması tercih edilmiştir¹¹⁸. Konvansiyonun süre konusunda suskun kalmasıyla ortaya çıkan belirsizlik, içtihat hukuku alanındaki tespitler ışığında giderilmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede *Fedax/Salini* kriterlerinde bir yatırımın varlığına ilişkin aranan unsurlardan ilkinin, yatırım faaliyetinin belirli bir süre devamlılık göstermesi hususu oluşturmuştur. Bununla birlikte *Fedax* ve *Salini* davalarındaki hakem heyetleri tarafından, bir yatırım faaliyetinin devam etmesi gerekli sürenin hangi

¹¹⁵ *Fedax NV v. The Republic of Venezuela, Decisions on Jurisdiction*, July 11, 1997, Para. 45.

¹¹⁶ Bkz. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (ET. 12.04.2011).

¹¹⁷ UNCTAD, 2003, s. 14.

¹¹⁸ Mortenson, 2010, s. 298.

kıstaslar ışığında belirleneceğine ise değinilmemiştir. Söz konusu kıstasların tespiti, ağırlıklı olarak ICSID yargılaması kapsamındaki diğer davalarda verilen kararlar çerçevesinde şekillenmiştir.

Yatırımın belirli bir süre devam etmesi gerektiğine ilişkin kriter *Jan de Nul v. Egypt*¹¹⁹ davasında yoğun biçimde tartışılmıştır. Hakem heyetinin davaya ilişkin kararı, özellikle uyumsuzluk tarafları arasındaki sözleşmede öngörülen yatırım süresinin ne şekilde hesap edileceğine yönelik önemli tespitler ihtiva etmektedir. Dava konusu olaydaki yatırımı, davacı şirket tarafından Süveyş Kanalında iki gemi vasıtasıyla yürütülecek arama faaliyetleri oluşturmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmede söz konusu faaliyetin iki yıl boyunca devam edeceği kararlaştırılmıştır. Somut olayda ihtilaf, gerçekleştirilen yatırımın süresi konusunda ortaya çıkmıştır. Mısır devleti, yatırım faaliyetlerinin sözleşmenin gerçekleştirildiği tarihten itibaren iki yıldan daha kısa bir zaman dilimi içinde tamamlandığını ve davalı şirketin sözleşmeden kaynaklanan taahhüdünü yerine getirmediğini iddia etmiştir. Davacı şirket ise bu iddiaya karşılık, yatırım sürecinin yatırımcının maddi harcamalar yapmaya başladığı ihale öncesi dönemden veya ihale döneminden itibaren başlatılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu sürecin arama faaliyetini yürüten gemilerin Avrupa'ya dönmesi anına kadar sürdürülmesi gerektiğini beyan eden davacı şirket, bu şekilde yapılacak bir hesaplamada yatırımın yaklaşık üç yıl devam ettiğini ileri sürmüştür¹²⁰.

Hakem heyeti kararında, davacı şirketin gerçekleştirdiği faaliyetler için harcadığı sürenin yatırımın varlığı bakımından yeterli olduğunu beyan etmiş¹²¹, ne var ki yatırımın devam etmesi gereken süreye ilişkin diğer davalara emsal teşkil edebilecek genel bir tespite yer vermemiştir¹²². Buna

¹¹⁹ Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, November 6, 2008.

¹²⁰ Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, June 16, 2006, Para. 94.

¹²¹ Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction, Para. 95.

¹²² *Jan de Nul* davasında görevli hakem heyeti tarafından, yatırım öncesi faaliyetlerin, yatırım süresine ilişkin hesaplamaya dâhil edilip edilmeyeceği sorusu cevapsız bırakılmıştır. Aşağıda detayıyla izah edileceği üzere, yatırım öncesi hazırlık sürecinden kaynaklanan harcamaların, yatırım antlaşmaları

karşılık ICSID yargılamasına konu bir başka dava olan *L.E.S.I. v. Algeria*¹²³ davasında görevli hakem heyeti ise yatırım süresinin belirlenmesi konusunda iki önemli kıstastan yararlanılabileceğini işaret etmiştir. Bu kıstaslardan ilkinde göre bir yatırımın süresi, söz konusu yatırım ile benzer nitelikler taşıyan diğer yatırımların süresinden daha uzun bir seviyede belirlenmemelidir. Bir diğer ifadeyle yatırım faaliyetinin süresinin belirlenmesinde, öncelikle benzer nitelikli diğer yatırımların sürelerine ilişkin deneyimlerden istifade edilmelidir. Bunun yanında hakem heyeti ikinci bir değerlendirme kriteri olarak, yatırımcının süreye ilişkin taahhüdünün de nazara alınması gerektiğini tespit etmiştir¹²⁴. Hakem heyeti bu tespitler ışığında, somut olayda davacı şirket ile davalı Cezayir devleti arasında Koudiat Acerdoune barajının yapımını konu alan imtiyaz sözleşmesinin asgari elli aylık bir iş dönemini kapsadığını, bu zaman diliminin benzer nitelikli imtiyaz sözleşmeleri ile mukayese edildiğinde, bir yatırımın varlığının tespiti bakımından yeterli bir süre olduğunu hüküm altına almıştır¹²⁵.

2. Kazanç ve Risk Unsurlarının Mevcut Olması

Yatırımcıyı yatırım yapma konusunda harekete geçiren en önemli etkenin kazanç sağlama amacı olduğu noktasında kuşku bulunmamaktadır. Ancak yatırımcı bu amaca belirli bir riski göze almak suretiyle erişme imkânına sahiptir. Bu çerçevede, Fedax/Salini kriterlerinde yatırımın varlığına ilişkin kabul edilen bir diğer değerlendirme ölçütünü, yatırımcı tarafın belirli bir kâr beklentisinin karşılığı olarak belirli bir riski üstlenmiş olması teşkil

kapsamında bir yatırıma sebebiyet vermediği yaygın bir anlayış olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce bu anlayışla uyumlu biçimde, yatırım öncesi dönemde gerçekleştirilen faaliyetlerin de yatırım korumasının dışında bırakılması, bir diğer ifadeyle yatırımın devam etmesi gereken süreye ilişkin hesaplamada dikkate alınmaması uygun olacaktır.

¹²³ Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/8, (English-Unofficial Translation) Award, January 10, 2005.

¹²⁴ Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, Award, Part II. Questions of Law, Para. 14(ii).

¹²⁵ Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, Award, Part II. Questions of Law, Para. 14(ii).

etmektedir. Bu çerçevede Fedax/Salini kriterlerinde risk ve kazanç olguları yatırım sürecine başlanması ve bu sürecin devamı konusundaki temel belirleyici faktörler olarak öne çıkmaktadır.

Risk olgusu, doktrinde, yatırım neticesinde elde edilmesi muhtemel kazançların gerçekleşmeme ihtimali olarak tanımlanmakta ve temel olarak ticari risk ve politik risk olarak ikili bir tasnife tâbi tutulmaktadır¹²⁶. Ticari risk, yatırıma ilişkin yürütülen olağan ticari faaliyetlerin neticesi olarak ortaya çıkan muhtemel olumsuz etkileri ifade etmektedir. Sözelimi pazar satışlarının beklenenden düşük seviyede gerçekleşmesi, teknoloji transferinin planlanandan daha maliyetli olması veya işletme yönetiminde yaşanan zafiyetler ticari risk kapsamında mütalaa edilmektedir¹²⁷. Buna karşılık politik risk kavramı ise devlet egemenliğinin kullanılması suretiyle yatırım konusu işletmenin kamulaştırılması, yetkili bir kamu otoritesi tarafından para piyasasında yatırımcının durumunu güçleştirecek tedbirlere başvurulması veya isyan ya da ayaklanma eylemleri neticesinde yatırımın yahut yatırımcının zarar görmesi gibi olumsuz olay ve etkiler olarak tanımlanmaktadır¹²⁸. Bu çerçevede Fedax/Salini kriterlerinin önde gelen işlevlerinden birisi, genel olarak yatırımcı tarafın, özelden ise yatırım kapsamında kullanılan kaynakların politik riske karşı korunmasıdır.

¹²⁶ Ticari risk ve politik risk ayrımı çerçevesinde, bir yatırım kararının ekonomik açıdan haklılık kazanabilmesi için, katlanılan riskin arttığı nispette yüksek bir kazanç elde etme beklentisinin gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu kabulün hem yatırımcılar hem de yatırımın yapıldığı devlet üzerinde çift yönlü bir etkisi bulunmaktadır. Bu bakış açısıyla yatırımcı taraf, riskin azaltılması temel amacı çerçevesinde, yatırım faaliyetlerini yatırım sözleşmeleri ve yatırım antlaşmalarının oluşturduğu hukuki bir zemin üzerinde yürütme eğilimi göstermektedir. Diğer taraftan yatırım yapıldığı devletler ise, ülkesinde yatırım yapılmasını teşvik etmek temel amacı çerçevesinde, yatırımcıyı bazı vergilerden muaf tutmak, üretilen mal veya hizmetlerin satın alınmasını garanti etmek, kamu hukuku karakterli müdahale gücünden feragat etmek ve bu amaçlara hizmet eden yasal düzenlemeler yapmak gibi yatırım ortamının iyileştirilmesine yönelik tedbirler geliştirmektedir (Salacuse, 2010, s. 26, 27.) . Doktrinde ticari ve politik risk ayrımının yapıldığı diğer bazı kaynaklar için bkz. Truscott Peter, The Interface Between Commercial and Political Risk: Issues of Regulation, Governance and Security in Western and Emerging Markets, Whitehall Papers, Vol. 67, Issue. 1, pp. 23-37, 2006, s. 23; Anderson Scot, Expropriation, Nationalisation and Risk Management, Touch Briefings, <http://www.touchbriefings.com/pdf/3046/anderson.pdf>, 2008 (ET. 23.04.2011).

¹²⁷ Salacuse, 2010, s. 26.

¹²⁸ Erkan Mustafa, Mitigating Political Risks for Transnational Energy Projects through Contractual Mechanisms, University of Exeter, Thesis for the Degree of Doctor of Philosophy in Law, January 2009, s. 22. Politik risk kavramına ilişkin olarak doktrinde geliştirilen farklı görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erkan, 2009, s. 21-24.

ICSID yargılamalarında hakem heyetleri risk olgusu hakkında farklı kanaatler ortaya koymuştur. Sözgelimi yukarıda ele alınan *L.E.S.I.* davasındaki hakem heyeti, risk unsurunu yatırımcının sahip olduğu hukuki müracaat haklarını nazara alarak tayin etmiştir. Heyete göre, yatırımcıya muhtemel bir ihlâl durumunda ev sahibi devletin yerel mahkemelerine müracaat imkânının verilmesi, riskin ortadan kaldırılması için yeterli bir argüman olarak değerlendirilemez. Bunun dışında yatırımcının uluslararası hukuktan kaynaklanan bir müracaat hakkına sahip olması da risk unsurunun bütünüyle ortadan kaldırıldığı biçiminde yorumlanmamalıdır¹²⁹. Görüldüğü üzere söz konusu kararda hakem heyeti, risk unsurunu ortadan kaldırmayan durumları sıralamakla yetinmiş, ne var ki hangi hâllerde bu unsurunun ortadan kalkmış sayılacağına ilişkin genel bir çerçeve çizmemiştir. Buna karşılık *Salini* davasında ise risk unsuru, bahse konu eksikliği de giderecek genişlikte ele alınmıştır. Davada görevli hakem heyetine göre, yatırımcının uzun vadeli yatırımının karşılığı olan toplam kazancının tamamını önceden elde etmemiş olması, her ihtimalde söz konusu yatırım bakımından riskin varlığını ortaya koymaktadır¹³⁰. Hükmün mefhumu muhalifinden, risk unsurunun ancak yatırımcının tüm kazançlarının yatırıma yönelik harcamaların başlamasından önce kendisine ödenmesi durumunda ortadan kalkmış sayılacağı neticesine ulaşılabilmektedir. Diğer taraftan *Bayındır v. Pakistan*¹³¹ davasında verilen kararda ise *Salini* davasında benimsenen yaklaşımdan bir adım öteye gidildiği görülmektedir. Söz konusu davada görevli hakem heyetine göre, yatırımcıya yatırım faaliyetinin başında belirli bir ödemenin yapılması ve geri kalan ödemelerin işin devamıyla doğru orantılı biçimde gerçekleştirilecek olması dahi, yatırımcı bakımından risk üstlenildiği sonucuna ulaşmak için yeterlidir¹³².

¹²⁹ Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, Award, Part II. Questions of Law, Para. 14 (iii).

¹³⁰ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction, Para. 56.

¹³¹ Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, August 27, 2009.

¹³² Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, November 14, 2005, Para. 136.

3. Yatırımcının Önemli Bir Taahhüt Altına Girmesi

ICSID Konvansiyonunun müzakere sürecinde, başlangıçta ICSID'in yargılama yetkisinin, müddeabihî asgari 100.000 ABD Dolarına tekabül eden uyuşmazlıklar bakımından mevcut sayılması teklif edilmiş, ne var ki sonraki aşamada Konvansiyon metnine konuya ilişkin herhangi bir sınırlama konulmaması tercih edilmiştir¹³³. Bu itibarla yatırımcının hangi düzeydeki faaliyetleri bakımından uluslararası hukuk koruması altında bulunduğu sorunu, yine içtihat hukuku alanındaki tespitler ışığında açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede Fedax/Salini kriterlerinde tespit edilen değerlendirme ölçütlerinden bir diğerini yatırımcının önemli bir taahhüt altına girmesi hususu oluşturmaktadır. Söz konusu kriterin tespit edildiği *Salini* kararında “önemli taahhüt” olgusunun ne şekilde tayin edileceğine ilişkin önemli açıklamalara yer verilmiştir. Hakem heyetince, yatırımcı tarafından ev sahibi devlet ülkesinde gerçekleştirilen; yatırım için gerekli ekipmanın temin edilmesi, nitelikli personel istihdam edilmesi, inşaat sahasına üretim araçlarının nakledilmesi ve teknik bilgi transfer edilmesi gibi faaliyetler ile bu faaliyetlerin finansmanı amacıyla kredi kullanılması gibi işlemlerin, yatırımı önemli bir taahhüt hâline getireceği vurgulanmıştır¹³⁴.

“Önemli taahhüt” konusunun ele alındığı kararlardan bir diğeri, uzun dönemli alt yapı projelerinin yatırım kapsamında ele alınıp alınamayacağı hususunun tartışıldığı *Bayındır* kararıdır. Dava konusu olayda Bayındır İnşaat A.Ş., Türkiye ve Pakistan arasında akdedilen 1995 tarihli İkili Yatırım Antlaşması¹³⁵ ve ICSID Konvansiyonu hükümleri çerçevesinde Pakistan'da yapım işini üstlendiği otoyol projesinin bir yatırım olarak değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Hakem heyeti, Bayındır İnşaat A.Ş.'nin teknik bilgi, makine-teçhizat, personel ve mali kaynakların transferi gibi konularda önemli

¹³³ Mortenson, 2010, s. 297.

¹³⁴ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction, Para. 53.

¹³⁵ RG. 12.02.1997/22903.

kabul edilebilecek taahhütlerinin bulunduğunu tespit etmiş¹³⁶ ve netice itibariyle adı geçen şirketin Pakistan'da büyük bir karayolu inşaatının yapılması işini üstlenmesinin, bir yatırımın varlığına sebebiyet verdiği karar vermiştir¹³⁷.

4. Yatırımın Ev Sahibi Devletin Gelişimine Katkı Sağlaması

Fedax/Salini kriterleri kapsamında yatırımın varlığını tespiti yönelik olarak geliştirilen son unsur, yatırımcı tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin ev sahibi devletin gelişimine katkı sağlaması biçiminde ortaya konulmuştur. Hakem heyetleri genel itibariyle bu unsurun varlığını, diğer unsurların gerçekleşmesinin olağan bir sonucu olarak kabul etme ve bu çerçevede dar kapsamlı bir inceleme yapma eğilimi göstermektedir¹³⁸. Bir diğer ifadeyle belirtilen unsurun varlığının tespit edilmesinde inceleme, yatırımcının ev sahibi devletteki faaliyetlerinin önemli bir taahhüt içerip içermediği konusuyla sınırlı olarak yürütülmekte, bu taahhüdün varlığının tespit edilmesi durumunda da yatırımın ev sahibi devletin gelişimine katkı sağladığı yorumu yapılmaktadır. Bu itibarla yatırımın ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkıda bulunup bulunmadığı hususu, hakem heyetleri tarafından ispatı son derece güç bir mefhum olarak değerlendirilmekle¹³⁹, inceleme kapsamı dışında bırakılmaktadır.

İnceleme konusu kriterin tespit edildiği *Salini* davasında hakem heyeti, esas itibariyle bir kamu hizmeti kapsamında mütalaa edilen veya kamunun menfaatine olduğu tespit edilen faaliyetlerin, eş zamanlı olarak ev sahibi devletin gelişimine katkı sağladığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

¹³⁶ Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, Para. 116.

¹³⁷ Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, Para. 137.

¹³⁸ Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, Award, Part II. Questions of Law, Para 13 (iv); Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, November 14, 2005, Para. 137.

¹³⁹ Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, Award, Part II. Questions of Law, Para 13 (iv).

Bu çerçevede heyete göre, ev sahibi devlette gerçekleştirilen altyapı faaliyetlerinin bu devletin gelişimine katkıda bulunduğu noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁴⁰. Benzer şekilde yukarıda bahsi geçen *Bayındır* davasındaki hakem heyeti de Bayındır İnşaat A.Ş.'nin, mali değeri yüksek olan kaynaklarını Pakistan devletine transfer etmiş olması sebebiyle önemli bir taahhütte bulunduğunu, bu itibarla söz konusu devletin gelişiminde katkı sahibi olduğunu teyit etmiştir¹⁴¹.

II. DİĞER ÇOK TARAFLI YATIRIM ANTLAŞMALARI KAPSAMINDA YABANCI YATIRIM

A. Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (NAFTA)

Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (North American Free Trade Agreement-NAFTA), 17.12.1992 tarihinde Kanada, Amerika Birleşik Devletleri ve Meksika arasında akdedilmiş ve 01.01.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ağırlıklı olarak ticari ilişkileri konu alan Antlaşmanın 5. Kısmı altında yer alan 11 No'lu Bölümü, NAFTA tarafı devletler ile yatırımcılar arasındaki yatırım ilişkilerine ayrılmıştır¹⁴². Antlaşmanın başlangıç bölümünde; taraf devletlerin ülkesinde üretilen mal ve hizmetler için güvenli ve genişletilmiş bir piyasa temin edilmesi, ticaret hayatında yaşanabilecek aksaklıkların asgari düzeye indirilmesi ve genel anlamda iş piyasası ve yatırımlar için öngörülebilir bir ticari çerçevenin çizilmesi, Antlaşmanın temel amaçları olarak tespit edilmiştir¹⁴³.

¹⁴⁰ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction, Para. 57.

¹⁴¹ Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, Para. 116 ve 137.

¹⁴² Antlaşmanın ilgili bölümünün tam metni için bkz. <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=343&mpiID=142> (ET. 25.04.2011).

¹⁴³ NAFTA Başlangıç Bölümünün İngilizce metninde yer verilen Antlaşmanın temel amaçları hakkında bilgi için bkz. <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=343&mpiID=120> (ET. 25.04.2011).

Önceki tarihlerde akdedilen muhtelif sayıda çok taraflı yatırım antlaşması bulunmasına karşın NAFTA, uygulamada en fazla dikkat çeken ve rağbet gören yatırımların korunması aracı olarak temayüz etmiştir¹⁴⁴. Bu yönüyle Antlaşma, taslak çalışmaları OECD tarafından yürütülen Çok Taraflı Yatırım Antlaşması Taslağına da (Multilateral Agreement on Investment-MAI) model olmuştur¹⁴⁵. Diğer taraftan Antlaşmanın 1116. maddesi kapsamında taraflar arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının ICSID Konvansiyonu, ICSID İlave İmkân Kuralları veya UNCITRAL tahkimi çerçevesinde çözümlenebilmesi öngörülmüştür. Bununla birlikte NAFTA'ya taraf devletlerden sadece ABD'nin eş zamanlı olarak ICSID'e de taraf olması sebebiyle NAFTA kapsamında ortaya çıkan tüm uyuşmazlıklar, ya ICSID İlave İmkân Kurallarına ya da UNCITRAL tahkimine müracaat edilmek suretiyle çözüme kavuşturulmuştur¹⁴⁶.

NAFTA'da öngörülen yatırım tanımının Antlaşmanın yürürlük tarihinden önceki dönemde akdedilen ikili yatırım antlaşmalarındaki tanımlamalardan etkilendiği görülmektedir¹⁴⁷. Bu çerçevede Antlaşmanın yatırım tanımı kapsamında, aşağıda incelenecek olan¹⁴⁸ tahdidi liste yöntemini benimseyen ikili yatırım antlaşmalarına benzer bir yapı öngörüldüğü ifade edilebilir. Yatırım kavramı kapsamında yer alan faaliyet türleri, Antlaşmanın 1139. maddesinde¹⁴⁹ oldukça detaylı bir listede tespit

¹⁴⁴ Cameron Peter D, *International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability*, Oxford University Press, New York 2010, s. 164. Yazar, 2007 yılı itibarıyla, NAFTA hükümleri çerçevesinde toplam 27 yatırım uyuşmazlığının tahkim sürecine taşındığını, bu yönüyle Antlaşmanın, ICSID Konvansiyonundan sonra en fazla müracaat edilen çok taraflı yatırım antlaşması olduğunu ifade etmektedir.

¹⁴⁵ Sornarajah, 2011, s. 253.

¹⁴⁶ Parra Antonio R., *Investments and Investors Covered by the ECT and other Investment Protection Treaties-Introduction*, *Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty* (Ed. Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 51-54, New York 2006, s. 53; Cameron, 2010, s. 166.

¹⁴⁷ Salacuse, 2010, s. 101.

¹⁴⁸ Bkz. aşa. s. 59 vd.

¹⁴⁹ NAFTA'nın yatırım kavramının tanımını konu alan 1139. maddesi aşağıdaki hükmü içermektedir:

- (a) işletme kurmak
- (b) bir işletmenin hisse senetlerini iktisap etmek
- (c) bir işletmenin borçlanma senetlerini iktisap etmek
- (i) işletmenin yatırımcının bir iştiraki olması veya
- (ii) borçlanma senetlerinin asgari üç yıllık bir dönem için ihraç edilmiş olması kaydıyla (devlet tahvilleri yatırım kapsamında değerlendirilmemektedir.)
- (d) bir işletme için kredi kullanmak

edilmiştir. Bununla birlikte Antlaşma kapsamında ikili yatırım antlaşmalarından farklı olarak, yatırım tanımı kapsamında yer almayan unsurların da vurgulanması yoluna gidilmiştir.

NAFTA'nın 1139. maddesinde en fazla dikkat çeken husus, yatırım kavramının "işletme" temelli biçimde izah edilmiş olmasıdır. Bu tercih, esas itibariyle Antlaşmanın münhasıran yatırım ilişkilerini değil, genel anlamda ticari ilişkileri düzenliyor olmasından kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede Antlaşmada; taraf devletlerin ülkesinde bir işletme kurmak, bir işletmenin hisse senetlerini veya borçlanma senetlerini iktisap etmek ve işletmenin finansmanı için kredi kullanmak yatırım kavramı kapsamında mütalaa edilmiştir. Bu hüküm çerçevesinde doktrinde, NAFTA'nın portföy yatırımları da Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalandırma iradesi taşıdığı ifade edilmektedir¹⁵⁰. Diğer taraftan Antlaşma kapsamında işletmenin gelirene veya kârına katılma hakkı sağlayan menfaatler ile işletmenin tasfiyesi hâlinde mal varlığı değerlerine katılma hakkı sağlayan menfaatler de yatırım olarak değerlendirilmiştir. Bununla birlikte ikili yatırım antlaşmalarındaki yatırım tanımlamaları kapsamında da sıklıkla yer verilen; ülkesinde ekonomik faaliyet yürütülen devlette bir menfaat elde etme beklentisiyle maddi veya gayri maddi bir mal varlığı değerinin edinilmesi, sermaye veya diğer kaynakların transfer edilmesi ve anahtar teslimi sözleşmeleri, yapım sözleşmeleri veya

-
- (i) işletmenin yatırımcının bir iştiraki olması veya
 - (ii) kredinin asgari üç yıllık bir dönem için verilmiş olması kaydıyla (devlete ait şirketler için kullanılan krediler yatırım kapsamında değerlendirilmemektedir.)
 - (e) sahibine işletmenin gelirene veya kârına katılma hakkı sağlayan menfaatler
 - (f) sahibine işletmenin tasfiyesi halinde mal varlığı değerlerine katılma hakkı sağlayan menfaatler (c ve d bentlerinde ifade edilen borçlanma senetleri ve krediler hariç olmak üzere)
 - (g) ekonomik bir menfaat elde etme beklentisiyle veya başkaca ticari amaçlarla, bir gayrimenkul ya da maddi yahut gayri maddi mal varlığı değerinin edinilmesi
 - (h) ülkesinde ekonomik faaliyet yürütülen devlete sermaye veya diğer kaynakların transfer edilmesi taahhüdü
 - (i) anahtar teslimi sözleşmeleri, yapım sözleşmeleri veya imtiyaz sözleşmeleri de dâhil olmak üzere, yatırımcının malvarlığının ev sahibi devlette bulunması gerekli kılan sözleşmeler
 - (ii) yatırımcıya yapılacak ödemenin, işletmenin üretimi, geliri veya kârına bağlandığı sözleşmeler
- Aşağıda sayılan hususlar yatırım olarak değerlendirilmez:
- (i) taraflardan birisinin vatandaşı veya işletmesinin, diğer tarafın ülkesindeki bir işletmeden mal veya hizmet satın almasını konu alan ticari sözleşmelerden kaynaklanan para talepleri
 - (ii) (d) bendinde ifade edilen kredilerin dışında kalan ve taraflar arasındaki ticari işlemlere ilişkin ödemelerin (credits) uzatılması işlemlerinden kaynaklanan para talepleri (ticaret finansmanı gibi)
 - (iii) (a) ilâ (h) bentleri dışında kalan alanlara ilişkin herhangi bir para talebi.

¹⁵⁰ Sornarajah, 2011, s. 268.

imtiyaz sözleşmeleri gibi muhtelif yatırım sözleşmeleri de NAFTA'nın 1139. maddesi çerçevesinde yatırım olarak kabul edilmiştir.

NAFTA'nın ikili yatırım antlaşmalarından en önemli farkı, yatırım kavramı kapsamında mütalaa edilmeyen faaliyetlerin de Antlaşmanın 1139. maddesinde yer almasıdır. Bu çerçevede Antlaşmada, taraflar arasındaki mal veya hizmet satımını konu alan ticari nitelikli sözleşmelerden kaynaklanan para taleplerinin bir yatırıma vücut vermeyeceği açıkça beyan edilmiştir. Benzer şekilde kredi mektubu uygulamasında olduğu gibi, taraflar arasındaki ticari işlemlere yönelik vadenin uzatılmasından kaynaklanan para taleplerinin de bir yatırıma sebebiyet vermeyeceği Antlaşmada hüküm altına alınmıştır. Antlaşma son olarak genel bir ifade kullanmak suretiyle sayılan faaliyetlerin dışında kalan muhtelif alanlara ilişkin her nevi para talebinin de yatırım korumasının dışında bırakıldığını vurgulamıştır.

B. ASEAN Yatırım Antlaşması

Güneydoğu Asya Milletler Birliği¹⁵¹ (The Association of Southeast Asian Nations-ASEAN) tarafından üye devletler ile bu devletlerin yatırımcıları arasındaki yatırım ilişkilerinin geliştirilmesi ve korunması amacıyla 1987 ve 1998 yıllarında iki antlaşma¹⁵² yapılmıştır. Birliğe üye devletler 26.02.2009 tarihinde ise söz konusu antlaşmaların revize edildiği yeni ve kapsamlı bir yatırım antlaşması¹⁵³ daha imzalamıştır¹⁵⁴. Bahse konu Antlaşma hükümleri

¹⁵¹ Güneydoğu Asya Milletler Birliği 08.08.1967 tarihinde Endonezya, Malezya, Filipinler, Singapur ve Tayland tarafından kurulan ve mevcut durum itibariyle söz konusu devletlerin yanı sıra, Brunei Sultanlığı, Kamboçya, Lao Demokratik Halk Cumhuriyeti, Myanmar ve Vietnam devletlerinin üye olduğu, ekonomik, sosyal ve kültürel alanda işbirliğinin esas alınan bir bölgesel teşkilattir. ASEAN hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.aseansec.org/about_ASEAN.html (ET. 02.05.2011).

¹⁵² Agreement among the Government of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments (1987). Antlaşmanın İngilizce tam metni için bkz. <http://www.aseansec.org/6464.htm> (ET. 02.05.2011). Framework Agreement on the ASEAN Investment Area (1998). Antlaşmanın İngilizce tam metni için bkz. <http://www.aseansec.org/7994.pdf> (ET. 02.05.2011).

¹⁵³ ASEAN Comprehensive Investment Agreement, Cha-am, Thailand, 26 February 2009. Antlaşmanın İngilizce tam metni için bkz. <http://www.aseansec.org/22244.htm> (ET. 02.05.2011).

çerçevesinde ASEAN tarafından yatırımların korunması kapsamında; milli muamele, en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı, kamulaştırmanın önlenmesi ve şeffaflık gibi bir dizi tedbire yer verilmiştir. Bunun dışında Antlaşmanın 28 vd. maddelerinde üye devletler ile bu devletlerin yatırımcıları arasında çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından çözüm yöntemleri düzenlenmiştir.

Taraf devletlerce 2009 yılında akdedilen ASEAN Yatırım Antlaşmasının 4(a) maddesinde “Kapsanan Yatırımlar” (Covered Investments) başlığı altında, Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalanabilmek için bir yatırımın sahip olması gereken bazı temel niteliklere yer verilmiştir. Buna göre üye devletlerden birinin yatırımcısının bir diğer üye devlet ülkesinde, bu ülkenin hukukuna uygun olarak gerçekleştirdiği faaliyetler, Antlaşmanın yürürlükte bulunduğu dönem içinde mevcut olmak ve gerektiğinde ev sahibi devletin yazılı onayı alınmak kaydıyla Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalanabilecektir. Özetle, bir faaliyetin kapsanan yatırım olarak kabul edilebilmesi için; “ev sahibi devletin hukukuna uygun olma, Antlaşmanın yürürlükte bulunduğu dönem içinde mevcut bulunma ve ev sahibi devletin yazılı onayının alınması” şartlarının gerçekleşmesi gereklidir.

ASEAN Yatırım Antlaşmasının 4(c) maddesinde de yatırım kavramına ilişkin bazı özelliklere yer verilmiştir. Söz konusu maddenin, örnekleyici liste ve karakteristik yatırım özellikleri yaklaşımının benimsendiği ikili yatırım antlaşmalarına¹⁵⁵ benzer biçimde kaleme alındığı görülmektedir. Bahse konu maddede, öncelikle yatırımcı tarafından sahip olunan veya kontrol edilen her türlü mal varlığı değerinin yatırım olarak değerlendirildiği ifade edilmiştir. Söz konusu maddede ayrıca; menkul veya gayrimenkul mülkiyeti ile menkul ve gayrimenkul rehni ile alacak hakkı gibi mülkiyet hakkıyla bağlantılı diğer

¹⁵⁴ Bkz. <http://www.asean.org/Fact%20Sheet/AEC/2009-AEC-024.pdf> (ET. 02.05.2011). Antlaşmanın 48. maddesi hükmü uyarınca, Antlaşmanın imza tarihinden itibaren azami 180 gün içinde yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır.

¹⁵⁵ Bkz. aşa. s. 59 vd.

haklar, şirket hissedarlığı ile hisse senedi ve tahvil alımı¹⁵⁶ gibi bir ticari işletme, şirket veya ortak girişime¹⁵⁷ katılım neticesinde elde edilen her nevi menfaat, fikri mülkiyet hakları, para veya ekonomik değer ihtiva eden sözleşmelere dayalı hak talepleri yatırım kavramı kapsamında mütalaa edilmiştir.

ASEAN Yatırım Antlaşmasında, yukarıda izah edilen örnekleyici listenin yanı sıra, bir faaliyetin yatırım olarak kabul edilmesi için gerekli görülen bazı karakteristik özelliklere de temas edilmiştir. Bu çerçevede Antlaşma metninde kullanılan dipnotlar marifetiyle karakteristik yatırım özelliklerine ilişkin açıklayıcı mahiyette bilgilere yer verilmiştir. Buna göre yatırımın varlığından bahsedebilmek için yürütülen faaliyetin; sermaye transferi, kâr veya kazanç beklentisi ve risk unsurlarını beraberce taşıması gerekmektedir¹⁵⁸. Bununla birlikte Fedax/Salini kriterleri kapsamında kabul edilen “ev sahibi devletin gelişimine katkıda bulunma” şartına, ASEAN Yatırım Antlaşmasında yer verilmediği görülmektedir¹⁵⁹.

ASEAN Yatırım Antlaşmasının yatırım kavramının tanımına ilişkin olarak, ikili yatırım antlaşmalarının yanı sıra NAFTA'dan da etkilendiğini ifade edilebilir. Zira Antlaşmada NAFTA'da olduğu gibi dışlayıcı bir yöntem takip edilerek yatırım kavramı kapsamında değerlendirilemeyecek hususların sıralanması tercih edilmiştir. Bu çerçevede Antlaşma metnindeki (3) no'lu dipnotta yatırım olarak değerlendirilmeyen hususlara; mal veya hizmet

¹⁵⁶ Her ne kadar portföy yatırımları uluslararası sermaye hareketliliğinin özgülleştirilmesi amacına hizmet etmekte ise de, bu yatırımların kısa vadeli olması, ev sahibi devletlerin ekonomik gelişimine olumsuz bir biçimde yansımaktadır. Keza, 1997 yılında baş gösteren Asya ekonomik krizinin ivme kazanmasında, Asya ülkelerindeki portföy yatırımlarının yabancı yatırımcılar tarafından ani bir biçimde geri çekilmesinin önemli bir etken olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Sornarajah, 2011, s. 267.

¹⁵⁷ Ortak girişim kavramı, doktrinde; “bir çokuluslu şirket ile yerel şirketin amaçlarını gerçekleştirmek üzere kaynaklarını bir araya getirerek oluşturdukları mülkiyeti, faaliyetleri, sorumlulukları, finansal riskleri ana şirketlerden ayrı olan üçüncü bir şirket” olarak tanımlanmıştır. Bkz. Ulaş Dilber, Çokuluslu Şirketlerin Ortak Girişim Stratejisini Kullanma ve Sonlandırma Nedenleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 2, ss. 151-178, 2004, s. 153.

¹⁵⁸ ASEAN Yatırım Antlaşması metnindeki (2) no'lu dipnot, bir yatırımın taşıması gerekli olan karakteristik özelliklere tahsis edilmiştir.

¹⁵⁹ Malik Mahnaz, Definition of Investment in International Investment Agreements, International Institute for Sustainable Development, Foreign Investment for Sustainable Development Program, Best Practice Advisory Bulletins, pp. 1-18, August 2009, s. 16. Bkz. http://www.iisd.org/pdf/2009/best_practices_bulletin_1.pdf (ET. 08.05.2011).

satımından kaynaklanan ticari nitelikli sözleşmeler ile söz konusu işlemlere yönelik kredi temin işlemleri başlıkları altında yer verilmiştir.

C. COMESA Yatırım Antlaşması

Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı¹⁶⁰ (The Common Market for Eastern and Southern Africa-COMESA) tarafından 2007 yılında kabul edilen yatırım antlaşması¹⁶¹, yatırımların korunmasına ilişkin akdedilen çok taraflı antlaşmalarından bir diğeridir. COMESA yatırım antlaşmasında, yatırım kavramının tanımında NAFTA'da benimsenen yöntem kabul edilmiştir. Bu çerçevede Antlaşmada öncelikle tahdidi bir liste verilmiş, daha sonra ise NAFTA'da olduğu gibi hangi unsurların yatırım olarak değerlendirilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

COMESA Yatırım Antlaşmasınının 1(9) maddesinde ev sahibi COMESA üyesi devletin hukukuna uygun olmak kaydıyla; menkul veya gayrimenkul mülkiyeti ile menkul ve gayrimenkul rehni ile alacak hakkı gibi mülkiyet hakkıyla bağlantılı diğer haklar ile para veya ekonomik bir değer ihtiva eden sözleşmelere dayalı hak talepleri yatırım kapsamında mütalaa edilmiştir. Söz konusu maddede ayrıca, şirket hissedarlığı ile hisse senedi ve tahvil alımı gibi bir ticari işletme, şirket veya ortak girişime katılım neticesinde elde edilen her nevi menfaat de yatırım olarak kabul edilmiştir. Maddede son olarak, imtiyaz ve yap-işlet-devret sözleşmelerine de yatırım kavramı kapsamında yer verilmiştir. Bununla birlikte Antlaşmada, ikili yatırım antlaşmalarının aksine, yatırım tanımınının fikri mülkiyet hakları bakımından ise kısıtlanması

¹⁶⁰ 05.11.1993 tarihinde akdedilen ve 08.12.1994 tarihinde yürürlüğe giren antlaşma ile kurulan COMESA, mevcut durum itibariyle Afrika kıtasındaki on dokuz devletin üye olduğu bir birliktir. Mevcut durum itibariyle şu devletler COMESA üyesi durumundadır: Burundi, Komorlar, Kongo, Cibuti, Mısır, Eritre, Etiyopya, Kenya, Libya, Madagaskar, Malavi, Mauritius, Ruanda, Seyşeller, Sudan, Svaziland, Uganda, Zambiya ve Zimbabve. Bkz. <http://about.comesa.int/> (ET. 08.05.2011).

¹⁶¹ Investment Agreement For The COMESA Common Investment Area (CCIA). Bkz. <http://vi.unctad.org/files/wksp/iiawksp08/docs/wednesday/Exercise%20Materials/invagreecomesa.pdf> (ET. 08.05.2011).

tercih edilmiştir¹⁶². İkili yatırım antlaşmalarında fikri mülkiyet hakları genellikle herhangi bir sınırlama olmaksızın yatırım kapsamında ele alınırken, COMESA Yatırım Antlaşmasında fikri mülkiyet haklarının yatırım olarak değerlendirilmesi, bu hakların ev sahibi devlette yürütülen bir yatırım faaliyetiyle bağlantılı olması şartına bağlanmıştır.

COMESA Yatırım Antlaşması kapsamında, ikili yatırım antlaşmalarından farklı olarak, yatırım tanımı kapsamında yer almayan bazı unsurların vurgulanması yoluna gidilmiştir. Antlaşmanın bahse konu dışlayıcı yöntemi benimsemesi itibariyle de NAFTA ile benzerlik taşıdığı kabul edilebilir. Antlaşmanın 1(9)(f) maddesi kapsamında; peştamallık ücreti, mal veya hizmet satımından kaynaklanan ticari nitelikli sözleşmeler ile söz konusu işlemlere yönelik kredi temin işlemleri yatırım kavramının dışında tutulmuştur. Antlaşmanın aynı maddesinde, ev sahibi devlet veya ev sahibi devletteki bir işletme için kredi temin edilmesi işleminin de bir yatırım olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Netice itibariyle COMESA Yatırım Antlaşmasının her ne kadar NAFTA'da benimsenen yöntemi kabul ettiği ifade edilebilir ise de, Antlaşmanın NAFTA'ya nispetle daha kısıtlı bir yatırım tanımına yer verdiği tespit edilmelidir. Bu kısıtlama özellikle fikri mülkiyet hakları ve kredi temin işlemleri bakımından kendini göstermektedir.

D. Yeknesak Bir Uluslararası Yatırım Antlaşması Girişimi (MAI)

Çok taraflı yatırım antlaşmaları kapsamında yatırım koruması, bölgesel bir zeminde işlerlik kazanmıştır. Bununla birlikte gelişmiş devletler ihraç ettikleri sermayeyi, sektörel veya coğrafi bir kısıtlama olmaksızın tam anlamıyla koruma altına alabilmek gayesiyle küresel düzeyde bir yatırım antlaşmasının akdedilebilmesi için önemli girişimlerde bulunmuşlardır¹⁶³. Bu girişimler arasında müzakereleri 20. yüzyılın sonlarına doğru gerçekleştirilen,

¹⁶² Malik, 2009, s. 22.

¹⁶³ Salacuse, 2010, s. 104.

ancak sonuç alınamayan Çok Taraflı Yatırım Antlaşması taslağının¹⁶⁴ (Multilateral Investment Agreement-MAI) özel bir önemi bulunmaktadır. İlk defa 1995 yılında OECD himayesinde başlatılan MAI müzakere çalışmaları 1998 yılına kadar sürdürülmüştür. Başlangıçta sadece OECD üye ülkeleri arasında gizli biçimde yürütülen süreç, zaman içinde üye olmayan ülkeler ile sivil toplum kuruluşlarının da görüşlerine arz edilmiştir¹⁶⁵.

MAI taslağı; yatırım ortamının liberalleştirilmesi, yatırımların korunması ve yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi biçiminde ele alınabilecek üçlü bir hukuki yapı üzerine inşa edilmiştir. Taslağın 2. maddesinde yatırım kavramı; yatırımcının sahip olduğu veya doğrudan ya da dolaylı biçimde kontrol ettiği tüm malvarlığı değerlerini içerecek çerçevede ele alınmıştır. Bunun yanında Taslak aynı maddede, yatırım olarak kabul edilen faaliyet alanlarına ilişkin toplam sekiz bentten oluşan, tahdidi nitelikteki bir listeye yer vermiştir. Bu listede;

- (a) Girişim,
- (b) Hissedarlık, hisse senedi edinimi veya bir girişime iştirak imkânı sağlayan herhangi bir yöntem,
- (c) Bono, tahvil ve diğer borçlanma araçları ile krediler,
- (d) Anahtar teslimi, yapım, yönetim, üretim, imtiyaz, gelir ortaklığı ve benzeri sözleşmeler,
- (e) Para veya performansa ilişkin hak talepleri
- (f) Fikri mülkiyet hakları,
- (g) Ev sahibi devletin hukuku uyarınca verilen lisans, yetki, izin ve benzeri haklar,
- (h) Sayılanların dışında kalan maddi ve gayri maddi haklar, menkul veya gayrimenkul mülkiyet hakkı ile menkul veya gayrimenkul

¹⁶⁴ Bkz. <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf> (ET. 14.05.2011).

¹⁶⁵ Sornarajah, 2011, s. 257.

rehni, kira ve alacak hakkı gibi mülkiyet hakkıyla bağlantılı diğer haklar

yatırım kavramı kapsamında mütalaa edilmiştir.

Görüldüğü üzere, MAI kapsamında yer verilen yatırım tanımı ve detaylı faaliyet listesi, yukarıda incelenen çok taraflı yatırım antlaşmalarında yer verilen tanım ve listelerin içeriğine benzer biçimde kaleme alınmıştır. Bu itibarla Antlaşmanın yatırım hususunda yeni bir yapıyı ortaya koymadığı, uygulamada evvelce bilinen unsurları tekrarladığı görülmektedir. Keza Antlaşmanın müzakere süreci incelendiğinde¹⁶⁶, müzakere tarafları arasında bahse konu yatırım tanımı veya yatırımların korunması hükümlerine ilişkin bir ihtilaf yaşanmadığı görülmektedir. Buna karşılık müzakere sürecinde, Antlaşmanın yatırımların liberalleştirilmesi hükümlerine ilişkin ciddi bir fikir ayrılığı yaşandığı dikkat çekmektedir.

Yatırım ortamının liberalleştirilmesine ilişkin MAI hükümleri, yatırımcıların ev sahibi devlette serbestçe faaliyette bulunmalarına imkân tanımakta ve bu suretle ev sahibi devletlerin müdahale gücünü asgari seviyeye indirgemektedir¹⁶⁷. Bu açıdan bakıldığında MAI hükümlerinin; özelde çok uluslu şirketlerin, genelde ise uluslararası sermayenin önündeki her türlü engelin küresel çapta kaldırılmasını amaç edindiği söylenebilir¹⁶⁸. Bu özelliği itibarıyla MAI, doktrinde, ulus ötesi sermayenin yatırımlarla ilgili anayasa oluşturma çabası olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁹.

MAI müzakereleri sırasındaki ilk ihtilaf ABD ve Avrupa devletleri arasında yaşanmıştır. Söz konusu devletlerin kendi ülkelerinde

¹⁶⁶ Çok Taraflı Yatırım Antlaşmasına ilişkin müzakere süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. Multilateral Investment Agreement, Documentation From The Negotiations (<http://www.oecd.org/daf/mai/toc.htm>) (ET. 14.05.2011).

¹⁶⁷ Bu çerçevede, MAI, ev sahibi devletlere, bazı ikili yatırım antlaşmalarında olduğu gibi proje bazında bir kısıtlama getirme imkânı tanımadığı gibi, ASEAN Yatırım Antlaşmasında olduğu gibi, bir yatırıma ilişkin olarak Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalanılabilmesi için ev sahibi devletin yazılı onayının bulunması şartını da aramamaktadır.

¹⁶⁸ Özyakışır Deniz, *Çok Taraflı Yatırım Antlaşması (MAI): Teorik/Eleştirel Bir Değerlendirme*, Stratejik Öngörü, S. 11, ss.75-83, 2007, s. 79.

¹⁶⁹ Keskin Bayram, *Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2006, s. 186.

gerçekleştirilen yatırımların liberalleştirilmesine yönelik farklı ekonomik menfaatleri bulunmaktadır. ABD ve Avrupa devletleri mahalli sektörel endüstrilerini, yabancı yatırımların ülkelerinde meydana getirdiği rekabet ortamından korumak amacıyla farklı yatırım politikaları uygulamaktadır. Bu itibarla söz konusu devletlerin, yatırım ortamının liberalleştirilmesine ilişkin ortak bir zemin üzerinde anlaşmaları mümkün olamamıştır¹⁷⁰. Bu çerçevede doktrinde; ABD'nin ikili yatırım antlaşmalarının kendi menfaatine daha fazla hizmet edeceğini düşünmesi, MAI'nin kabul edilmesi suretiyle NAFTA'nın etkinliğinin azalma ihtimalinin bulunması, Fransa ve Kanada'nın¹⁷¹ mahalli endüstrilerinin ABD şirketleri tarafından işgal edileceğine yönelik kaygıları, sürecin sektöre uğramasındaki temel dinamikler olarak ortaya konulmaktadır¹⁷². Bunun yanında müzakere sürecinde, OECD üyesi olmayan bazı devletlerden de Antlaşma hükümlerine ilişkin önemli itirazlar yükselmiştir. Sözgelimi Hindistan, Antlaşma hükümlerinin ulusal egemenliğini ve ekonomik bağımsızlığını açık biçimde ihlâl ettiğini ileri sürmüştür¹⁷³. Benzer şekilde sivil toplum örgütleri tarafından da, Antlaşmanın münhasıran çok uluslu şirketlerin menfaatini temin etme amacı güttüğü, buna karşılık insan hakları ve çevrenin korunması gibi hassasiyetleri göz ardı ettiği dile getirilmiştir¹⁷⁴. Son olarak Antlaşmanın yerel dinamikleri görmezden gelmek suretiyle küreselleşmenin gelişimine hizmet ettiğini ileri süren küreselleşme

¹⁷⁰ Salacuse, 2010, s. 106.

¹⁷¹ Kanada'nın MAI müzakerelerindeki muhalif tavrının temelinde, NAFTA hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulan *Ethyl v. Canada* davasında verilen kararın bulunduğu ifade edilmektedir. Dava konusu olayda, Kanada, çevreye ve insan sağlığına zarar verdiği gerekçesiyle, MMT adlı bir katkı maddesinin kullanılmasını yasaklamıştır. Söz konusu maddenin Kanada'daki üreticisi konumunda bulunan ABD menşeli Ethyl şirketi, Kanada'nın bahse konu yasak ile NAFTA'nın yatırımların korunmasına ilişkin 11. bölümünden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlâl ettiği iddiasıyla, uyuşmazlığı tahkime götürmüştür. Hakem heyetinin söz konusu davada, davacı şirket lehine karar vermiş olması, yatırım antlaşmalarının liberalleştirilmesinin ev sahibi devletlerin egemenlik gücünü kayda değer biçimde kısıtladığı biçiminde yorumlanmıştır. Doktrinde, Kanada'nın, bu kararın etkisiyle MAI hükümlerine mesafeli yaklaştığı ifade edilmektedir (Bkz. Sornarajah, 2011, 258). *Ethyl v. Canada* davasında verilen karar için bkz. <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/EthylCorp/EthylCorpAwardOnJurisdiction.pdf> (ET. 15.05.2011).

¹⁷² Sornarajah, 2011, s. 258.

¹⁷³ Salacuse, 2010, s. 106. *Sornarajah* ise, müzakere dönemi içinde Asya'da yaşanan ekonomik krizin, uluslararası ekonominin sınırsız bir biçimde liberalleşmesinin zararlı sonuçlar doğurabileceğini ortaya koyduğunu ve bu durumun Antlaşmaya yönelik tepkiyi artırdığını ifade etmektedir. Bkz. Sornarajah, 2011, s. 258.

¹⁷⁴ Sornarajah, 2011, s. 257, 258.

karşıtı gruplar da, müzakere sürecinin başarısızlıkla sonuçlanmasına etki eden eylemlerde bulunmuştur¹⁷⁵.

İzah edilen süreç sonunda, ilk olarak Fransa Ticaret Bakanı 1998 yılı Ekim ayında Fransa'nın MAI müzakerelerinden çekildiğini açıklamıştır¹⁷⁶. Müzakerelerin Fransa olmaksızın devam ettirilmesi yönündeki çabaların başarısızlıkla sonuçlanması üzerine, OECD tarafından 03.12.1998 tarihinde MAI müzakerelerinin kapatıldığı ilan edilmiştir¹⁷⁷.

Ş 5. İKİLİ YATIRIM ANTLAŞMALARİ KAPSAMINDA YABANCI YATIRIM

İkili yatırım antlaşmalarında, yatırım kavramına ilişkin genellikle “varlık” kavramı üzerine inşa edilen geniş kapsamlı tanımlamaların kullanılması tercih edilmektedir. Ne var ki bahse konu yatırım antlaşmalarından, varlık kavramıyla neyin kastedildiğine ilişkin açıklayıcı bir bilgiye ulaşabilmek de mümkün olmamaktadır. Sözlük manası itibariyle “para, mal, mülk, zenginlik, varyet”¹⁷⁸; “borçların ve taahhütlerin karşılanması amacına hizmet eden, bir gerçek veya tüzel kişi tarafından sahip olunan her türlü değer”¹⁷⁹ anlamlarına gelen bu ibare, yabancı literatürde “herhangi bir değer veya sahip olunan değerli bir madde”¹⁸⁰ manalarına karşılık gelecek biçimde kullanılmaktadır.

Varlık temelli tanımlamalar çerçevesinde ikili yatırım antlaşmalarının konuya yönelik sergilediği yaklaşımlar üçlü bir tasnife¹⁸¹ tâbi tutulabilir. Bazı ikili yatırım antlaşmaları münhasıran yatırım türlerine ilişkin örnekleyici bir listeye yer vermek suretiyle varlık temelli yatırım tanımlamaları yapmaktadır. İkili yatırım antlaşmalarının bazılarında ise yatırım türlerine ilişkin örnekleyici

¹⁷⁵ Salacuse, 2010, s. 106.

¹⁷⁶ Keskin, 2006, s. 189

¹⁷⁷ Salacuse, 2010, s. 107.

¹⁷⁸ TDK Büyük Türkçe Sözlüğü, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (ET. 17.05.2011).

¹⁷⁹ Oxford Dictionary, <http://oxforddictionaries.com/definition/asset> (ET. 17.05.2011).

¹⁸⁰ Salacuse, 2010, s. 160.

¹⁸¹ Çalışmanın bu başlığı altında yapılan söz konusu tasnif Salacuse, 2010, s. 160'tan nakledilmiştir. Bununla birlikte, benzer bir tasnife UNCTAD tarafından 2007 yılında yayımlanan bir çalışmada da yer verilmiştir. Bkz. UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends In Investment Rulemaking, New York/Geneva, 2007, s. 7-12 (Bilateral Investment Treaties).

mahiyetteki liste yanında, yatırım kapsamında yer alması gereken karakteristik özelliklere de vurgu yapılması tercih edilmektedir. Yatırım türlerine ilişkin tahdidi nitelik taşıyan bir listeye yer verilmesi, ikili yatırım antlaşmalarında benimsenen bir diğer yaklaşım olarak dikkat çekmektedir. Bunun yanında hemen tüm ikili yatırım antlaşmalarında yatırım kavramının tanımı kapsamında bazı sınırlayıcı hükümlere de yer verildiği görülmektedir. Bu sınırlayıcı düzenlemeleri; hukuki sınırlamalar, coğrafi sınırlamalar, zaman sınırlamaları ve proje sınırlamaları başlıkları altında özetlemek mümkündür. Bu çerçevede çalışmamızın bu kısmında öncelikle, ikili yatırım antlaşmalarında varlık temelli yatırım tanımı kapsamında benimsenen yaklaşımlar ele alınacak, daha sonra bu tanımlamalara ilişkin kısıtlamalar izah edilecektir.

I. YATIRIM KAVRAMINA İLİŞKİN BENİMSENEN YAKLAŞIMLAR

A. Örnekleyici Liste Yaklaşımı

İkili yatırım antlaşmalarında çok sayıda devlet tarafından yatırım türlerinin örnekleyici (illustrative) mahiyetteki bir liste hâlinde sıralanmasını tercih edilmektedir. Bu tercihin temelinde kuşkusuz, küresel ekonominin gelişimine bağlı olarak antlaşmanın imzalandığı tarih itibariyle öngörülemeyen bazı yatırım türlerinin, yatırım korumasının kapsamı dışında bırakılmaması düşüncesi bulunmaktadır¹⁸². Bunun dışında özellikle sermaye ihraç eden ülkeler, yatırım türlerine ilişkin listenin örnekleyici olduğunu beyan etmek suretiyle kendi yatırımcılarının diğer ülkelerdeki her nevi faaliyetini yatırım korumasından faydalandırmayı amaçlamaktadır. Bu amaçlara ulaşabilmek için ikili yatırım antlaşmalarında, yatırım tanımına ilişkin “her türlü mal varlığı değeri” ibaresi kullanılmakta ve hemen akabinde tahdidi nitelikte

¹⁸² UNCTAD, 2007 (Bilateral Investment Treaties), s. 9; Salacuse, 2010, s. 161.

olmadığı beyan edilerek, muhtelif yatırım türlerine ilişkin bir listeye yer verilmektedir.

Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında genellikle örnekleyici liste yaklaşımının benimsendiği görülmektedir. Sözgelimi, Türkiye ve Arjantin arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında¹⁸³ yatırım kavramının; “âkit taraflardan birinin yatırımcısının, diğer âkit taraf ülkesindeki her türlü yatırımını” kapsadığı ifade edildikten sonra, yatırım türlerini örnek mahiyetinde sıralayan bir düzenlemeye yer verilmiştir (m. 1/1). Benzer şekilde Türkiye ile Afganistan arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında¹⁸⁴ yatırım kavramı şu hükme yer verilmek suretiyle tanımlanmıştır: “Yatırım terimi, ev sahibi tarafın kanunlarına ve nizamlarına uygun olarak, her türlü malvarlığını ve özellikle bunlarla kısıtlı olmamak koşuluyla, aşağıdakileri içerir...” (m. 1/2). Türkiye ve Finlandiya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında¹⁸⁵ da yatırım teriminin tanımı kapsamında, “her türlü mal varlığı” ve “sınırlayıcı olmamakla birlikte” ibarelerine yer verilmiştir (m. 1/1). Türkiye ve Bulgaristan arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında¹⁸⁶ ise yatırım teriminin, “her türlü mal varlığını” ifade ettiği belirtilmiş ve “esas olarak” düzenlenen yatırım kategorileri sıralanmıştır (m. 1/1). Keza Türkiye ve Almanya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında¹⁸⁷ da yatırım tanımının “tahdidi olmadığı” açıkça vurgulanmıştır (m. 8).

Örnekleyici yaklaşımı benimseyen ülkelerin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında kullanılan listelerde, genellikle benzer nitelikteki yatırım kategorilerine yer verildiği görülmektedir. Sözgelimi Türkiye ile Afganistan arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında bu kategoriler;

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

(b) Yeniden yatırımda kullanılan gelirler, para alacakları veya bir yatırımla ilgili malî değeri olan diğer haklar,

¹⁸³ RG. 30.03.1995/22243.

¹⁸⁴ RG. 01.04.2005/25773.

¹⁸⁵ RG. 26.01.2006/26061.

¹⁸⁶ RG. 04.05.1997/22979.

¹⁸⁷ RG. 27.07.1963/11465.

(c) Mülkün ülkesinde bulunduğu tarafın kanunlarına ve mevzuatına uygun olarak tanımlanmış taşınır ve taşınmaz mallar, aynı zamanda ipotek, haciz, rehin ve diğer benzeri hakları,

(d) Patentler, sınaî tasarımlar, teknik prosesler gibi sınaî ve fikrî mülkiyet hakları yanında ticarî markalar, peştemaliye ve know-how ve diğer benzer haklar,

(e) Doğal kaynaklarla ilgili olarak verilmiş imtiyazlarını da kapsayacak şekilde, kanunla veya sözleşmeyle sağlanan iş imtiyazları olarak ifade edilmiştir¹⁸⁸.

İncelenen türdeki ikili yatırım antlaşmalarında, açıkça söz konusu listenin tahdidi nitelikte olmadığı beyan edilmesi ve yatırım tanımına ilişkin “her türlü mal varlığı değeri” ibaresine yer verilmesi karşısında, listede sayılmayan yatırım kategorilerinin de antlaşmaların sağladığı hukuki korumadan faydalanabileceğini ifade etmek mümkün hâle gelmektedir. Bununla birlikte uygulamada özellikle tahkim aşamasında yaşanması muhtemel tartışmaları önleyebilmek amacıyla yukarıda yer verilen listenin bazı devletler tarafından genişletildiği veya detaylandırıldığı görülmektedir. Sözgelimi Benelüks Ekonomik Birliği ve Mısır arasındaki Yatırım Antlaşmasının¹⁸⁹ III(1) maddesinde “hizmet tedarik faaliyetleri”ne de yatırım türlerinin sıralandığı örnekleyici mahiyetteki liste kapsamında yer verilmiştir. Bu çerçevede bahse konu antlaşma hükümlerinin tatbik edildiği *Jan de Nul*

¹⁸⁸ Büyük Britanya İkili Yatırım Antlaşması Modelinde bu kategoriler;

(a) Menkul veya gayrimenkul mülkiyeti, menkul ve gayrimenkul rehni ile alacak hakkı gibi mülkiyet hakkıyla bağlantılı diğer haklar,

(b) Şirket hissedarlığı, hisse senedi ve tahvil alımı gibi bir ticari işletme, şirket veya ortak girişime katılım neticesinde elde edilen her nevi menfaat,

(c) Para veya ekonomik değer ihtiva eden sözleşmelere dayalı hak talepleri,

(d) Fikri mülkiyet hakları, peştamallık ve teknik bilgi,

(e) Doğal kaynakların aranması, çıkarılması ve işletilmesi de dâhil olmak üzere, kanun veya sözleşmeden kaynaklanan her nevi imtiyaz hakkı biçiminde ifade edilmiştir. Benzer düzenlemelere Almanya, Fransa ve Hollanda İkili Yatırım Antlaşması modellerinde de yer verilmektedir. (McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 171). Diğer taraftan özellikle Rusya Federasyonu tarafından akdedilen bazı ikili yatırım antlaşmalarında “sermaye yatırımı” ibaresi kullanılmaktadır. Her ne kadar bu ibare, ilk etapta sermaye dışı transferlerin yatırım koruması kapsamı dışında bırakıldığı izlenimini doğursa da, örnekleyici mahiyetteki listelerde yukarıda sayılan hemen tüm yatırım türlerine yer verildiği görülmektedir. Bkz. UNCTAD, 2007 (Bilateral Investment Treaties), s. 8.

¹⁸⁹ Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/egypt_belg_lux.pdf (ET. 21.05.2011).

davasındaki hakem heyeti, hizmetlerin de yatırım olarak değerlendirildiği antlaşma hükmüne dayanmak suretiyle, davacı tarafın Süveyş Kanalındaki arama faaliyetlerinin bir yatırıma vücut verdiği hükmütmüştür¹⁹⁰. Bununla birlikte doktrinde, söz konusu davadaki hakem heyetinin örnekleyici mahiyetteki listeye müracaat etmeksizin, doğrudan ikili yatırım antlaşmasında geçen “her türlü mal varlığı değeri” ibaresinden hareketle de benzer bir sonuca ulaşmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir¹⁹¹. Ancak bu görüşün kabulü hâlinde hakem heyetinin, hizmet tedariki faaliyetinin yatırım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmasına girmesi kaçınılmaz görülmektedir. Heyetin bu tartışmaya girmeden sonuca varabilmiş olması, kanaatimizce, ikili yatırım antlaşmasında yatırım tanımının detaylandırılmasıyla güdülen amaca ulaşıldığını ortaya koymaktadır.

B. Örnekleyici Liste ve Karakteristik Yatırım Özellikleri Yaklaşımı

İkili yatırım antlaşmalarından bazılarında ise yatırım türleri öncelikle tahdidi olmayan (örnekleyici mahiyette) bir yöntemle sıralanmaktadır. Bunun yanında söz konusu antlaşmalarda bir yatırımda bulunması gerekli olan bazı karakteristik özelliklere de yer verilmektedir¹⁹². Bu yaklaşımın benimsendiği ikili yatırım antlaşmalarının en bilindik olanı, ABD İkili Yatırım Antlaşması Modelidir. Sözgelimi Türkiye ve ABD arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında¹⁹³ yatırım kavramı; “bir tarafın vatandaşları veya şirketlerince dolaylı veya dolaysız malik olunan veya kontrol edilen ve mal varlığı, özvarlık, borç, alacak ve hizmet ve yatırım sözleşmeleri dâhil, diğer tarafın ülkesindeki her türlü yatırım” şeklinde tanımlanmıştır (m. I/1/c) . Antlaşmada söz konusu yatırım türleri örnekleyici mahiyette;

¹⁹⁰ Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction, Para. 105, 106 (Salacuse, 2010, s. 162 ve dn. 15).

¹⁹¹ McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 172.

¹⁹² Salacuse, 2010, s. 163.

¹⁹³ RG. 13.08.1989/20251.

- (a) İpotek, ihtiyati haciz ve rehin gibi haklar dâhil olmak üzere maddi ve gayri maddi her türlü mameleki,
- (b) Bir şirketi veya hisse senetlerini veya bir şirketteki başka menfaatleri veya mal varlığından doğan diğer menfaatleri,
- (c) Bir para alacağını veya ekonomik değeri olan ve bir yatırımla ilişkili bulunan bir işlemin yapılması talebini,
- (d) Telif hakları, patentler, markalar, ticari unvanlar, endüstri tasarımları, ticari sırlar ve "know-how" ve peştemaliye dâhil, fikri ve sınai mülkiyet haklarını,
- (e) Kanun veya sözleşme ile elde edilen her türlü hakkı ve kanuna uygun olarak sağlanan tüm lisans ve izinleri,
- (f) Hâsılatın ve kredi anlaşmalarından doğan anapara ve faiz ödemelerinin yeniden yatırımını kapsayacak biçimde kaleme alınmıştır.

Aynı Antlaşmada karakteristik yatırım özellikleri ise; sermaye veya kaynak taahhüdünü içermesi (m. II/4) ve temelinde kazanç ya da kâr beklentisi bulunması (m. I/1/f) biçiminde tespit edilmiştir. Benzer şekilde Türkiye ile Azerbaycan arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında¹⁹⁴ da önemli düzeyde sermaye ve kaynak taahhüdünde bulunulması şartına yer verilmiştir (m. II/3/a). Bunun yanında ABD'nin taraf olduğu bazı yatırım antlaşmalarında bir varsayım olarak risk unsurunun bulunması şartına da yer verilmektedir¹⁹⁵.

¹⁹⁴ RG. 26.05.1997/23000

¹⁹⁵ McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 171. Bu yaklaşımın ABD'nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmaları yanında, serbest ticaret antlaşmalarında da kullanıldığı görülmektedir. Sözgelimi ABD ve Şili Cumhuriyeti arasında 2003 yılında akdedilen Serbest Ticaret Antlaşmasının 10(27) maddesinde yatırımın karakteristik özellikleri, yukarıdaki unsurların aynına yer verilmek suretiyle izah edilmiştir. Bkz. Dolzer/Schreuer, 2008, s. 64 ve dn. 110. ABD İkili Yatırım Antlaşması Modelinde ayrıca, mal ve hizmet satım sözleşmelerinden kaynaklanan borçlanmaların ve kısa vadeli mali işlemlerin yatırımın karakteristik özelliklerini taşımasının düşük bir ihtimal olduğu vurgulanmıştır. Kuşkusuz, bu türden bir sınırlama getirilmesinin temelinde yatırım antlaşmalarının akdedilmesinin en önemli gerekçeleri arasında yer alan yatırım faaliyetinin ev sahibi ülkenin gelişimine katkı sağlaması fikri yer almaktadır. Ev sahibi devletler bu katkının, ancak uzun vadeli faaliyetler bakımından söz konusu olabileceğini, buna karşılık kısa vadeli işlemlerin ise belirtilen amaca hizmet edemeyeceğini öngörmektedir (Salacuse, 2010, s. 164 ve dn. 20). Diğer taraftan ABD İkili Yatırım Antlaşması Modelinde, bono ve tahvil gibi yatırım araçlarından kaynaklanan borçlanmaların ise yatırımın karakteristik özelliklerini taşıması kuvvetle muhtemel kabul edilmiştir. ABD Modeli dışında bazı ikili yatırım antlaşmalarında

İnceleme konusu yaklaşımın benimsendiği ikili yatırım antlaşmalarının bazılarında ise yukarıda sayılanların dışında bazı karakteristik yatırım özelliklerine yer verildiği görülmektedir. Sözgelimi Ukrayna ve Danimarka arasındaki 1992 tarihli İkili Yatırım Antlaşmasının¹⁹⁶ 1(1) maddesinde, yatırım tanımı kapsamında süre unsuruna ilişkin bir özelliğe vurgu yapılmıştır. Bu Antlaşma hükümleri uyarınca yatırım, taraflar arasındaki “uzun süreli” ekonomik ilişkileri konu alan faaliyetleri içeren çerçevede tanımlanmıştır¹⁹⁷.

Görüldüğü üzere, inceleme konusu yaklaşımın benimsendiği ikili yatırım antlaşmalarının örnekleyici liste yaklaşımını benimseyen antlaşmalarından temel farkı, “yatırımın karakteristik özelliklerinin” beyan edilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte tıpkı yatırım türlerinin sıralanmasında olduğu gibi, karakteristik yatırım özelliklerinin sıralanmasında da tahdidi bir yöntem benimsenmemiştir. Bu itibarla doktrinde, antlaşma hükümlerinde belirtilmeyen ve fakat uluslararası hukuk uygulamasında kabul edilen başka yatırım özelliklerinin de, hakem heyetleri tarafından aranmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir¹⁹⁸.

İncelenen türdeki ikili yatırım antlaşmalarında yer verilen karakteristik yatırım özellikleri, esas itibarıyla yukarıda detaylı biçimde ele alınan Fedax/Salini kriterlerinde de yer almaktadır¹⁹⁹. Zira hatırlanacağı üzere Fedax/Salini kriterlerinde; taraflar arasındaki işlemin yatırımcı tarafa belirli bir intizam içinde kâr veya finansal geri dönüş sağlaması, söz konusu işlem bakımından yatırımcı ve ev sahibi devlet aleyhine risk unsurunun bir varsayım olarak mevcut bulunması, yatırımcının önemli bir taahhüt altına girmesi gibi değerlendirme ölçütleri yer almaktadır. Bu itibarla özellikle ABD

ise bono ve tahvil gibi yatırım araçlarından kaynaklanan borçlanmaların asgari üç yıl vadeli olması durumunda yatırım olarak değerlendirileceği kabul edilmektedir. Borçlanma müddetinin üç yıldan uzun süreli tutulması şartına, özellikle Meksika tarafından akdedilen ikili yatırım antlaşmalarında yer verildiği görülmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve Meksika-Yunanistan arasında 2000 yılında akdedilen İkili Yatırım Antlaşması hükümleri için bkz. [UNCTAD, 2007 (Bilateral Investment Treaties), s. 12]. Bu anlayış, kısa vadeli işlemlerin yatırım olarak değerlendirilmesinden kaynaklanan çekincenin, antlaşma hukukuna bir yansıması olarak değerlendirilmelidir.

¹⁹⁶ Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/denmark_ukraine.pdf (ET. 24.05.2011).

¹⁹⁷ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 64 ve dn. 109.

¹⁹⁸ Salacuse, 2010, s. 165.

¹⁹⁹ McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 172.

İkili Yatırım Antlaşması Modelinin oluşumunda, Fedax/Salini kriterlerinden yoğun biçimde etkilendiğini ifade edebilmek mümkün görünmektedir²⁰⁰.

C. Tahdidi Liste Yaklaşımı

Son dönemlerde yapılan ikili yatırım antlaşmalarında yatırım kavramının tanımı yerine, yatırım türlerinin tahdidi olarak sayıldığı görülmektedir. Bu yaklaşım çerçevesinde devletler, “nokta atışı” bir yöntem takip ederek yatırım antlaşmasının sağladığı hukuki korumanın hangi yatırım türleri bakımından geçerli olduğunu tespit edebilmektedir.

Tahdidi liste yaklaşımı, ikili yatırım antlaşmalarının yatırım tanımına ilişkin örnekleyici veya tavsiye edici değil, tanımlayıcı²⁰¹ yönüne ağırlık kazandırmaktadır. Bu yaklaşım, son dönemde muhtelif devletlerce akdedilen ikili yatırım antlaşmalarında sıklıkla tercih edilen bir eğilimi yansıtmaktadır²⁰². Bu eğilimin temelinde, taraf devletlerin ikili yatırım antlaşmasının kapsamında yer almadığına inandıkları bir kısım işlemlerin, uyuşmazlık çözümü aşamasında hakem heyetleri tarafından yatırım olarak değerlendirilmesinin bulunduğu ifade edilmektedir²⁰³. İşte devletler, bahse konu riski bertaraf edebilmek gayesiyle ikili yatırım antlaşmalarında tahdidi liste yöntemine müracaat etmekte ve bu suretle yatırım kavramının sınırlarını kat'i biçimde tayin etmektedir. Bununla birlikte, Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarının hiç birinde tahdidi liste yaklaşımı benimsenmemiştir.

İnceleme konusu yaklaşımının benimsendiği ikili yatırım antlaşmalarında, antlaşmanın sağladığı hukuki korumanın kapsamı tahdidi bir liste marifetiyle sınırlanmaktadır. Bununla birlikte uygulamada, genellikle bu listenin içeriği oldukça geniş tutulmak suretiyle diğer yaklaşımlarla benzer

²⁰⁰ McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 172.

²⁰¹ Salacuse, 2010, s. 165.

²⁰² UNCTAD, 2007 (Bilateral Investment Treaties), s. 11; Salacuse, 2010, s. 166.

²⁰³ Salacuse, 2010, s. 166.

bir koruma alanına işlerlik kazandırıldığı gözlemlenmektedir²⁰⁴. Diğer taraftan bu yaklaşımda yatırımın tanımı ve varlığına ilişkin olarak, karakteristik yatırım özellikleri kriterlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorunu da tarafların iradesine terk edilmektedir²⁰⁵. Bu itibarla örnekleyici yaklaşımdan farklı olarak, tahdidi yaklaşımda hakem heyetlerinin tarafların belirlediklerinden başka kriterleri tatbik etme noktasında bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte ICSID yargılamasının bu tespitten muaf olduğu unutulmamalıdır. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, ICSID Konvansiyonunun 25. maddesi çerçevesinde, ICSID tahkimine müracaat edilerek çözümlenecek bir uyuşmazlık bakımından, hakem heyetlerinin iki aşamadan oluşan bir inceleme yapması zarureti bulunmaktadır. Bu çerçevede, yatırımın varlığının tespiti bakımından, hem taraflar arasındaki yatırım antlaşmasından hem de ICSID Konvansiyonundan kaynaklanan gerekliliklerin karşılanması şartı aranmaktadır.

Yukarıda yapılan izahat, ikili yatırım antlaşmaları tarafından yabancı yatırım kavramına yönelik yaklaşımların farklılıklarını ortaya koymaktadır. Bununla birlikte her üç yaklaşım bakımından da geçerli olan müşterek bir özelliğe temas edilmesinde de fayda görülmektedir. Yukarıda yapılan incelemelerden de tespit edilebileceği üzere, ikili yatırım antlaşmaları hisse senedi ve tahvil gibi yatırım araçlarına da yatırım kavramının tanımı kapsamında yer vermiştir. Bu çerçevede ikili yatırım antlaşmalarının, özellikle yabancı portföy yatırımları üzerindeki algının değişiminde önemli bir rol oynadığını söyleyebiliriz. Zira, doktrinde bazı yazarlarca geleneksel uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde yabancı portföy yatırımlarının yatırım korumasından faydalanmasının mümkün olmadığı fikri savunulmaktadır²⁰⁶. Ne var ki muhtelif devletler tarafından benimsenen ikili yatırım antlaşması modellerinde; hisse senedi, borçlanma senetleri ve diğer

²⁰⁴ Tahdidi yaklaşımın benimsendiği ikili yatırım antlaşmalarından birini, Kanada ve Peru Cumhuriyeti arasında 14.11.2006 tarihinde akdedilen Yatırımların Teşviki ve Korunması Antlaşması oluşturmaktadır. Antlaşmanın 1. maddesinde yatırım tanımı on bir bent halinde sıralanmıştır. Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/canada_peru.pdf (ET. 25.05.2011). [Salacuse, 2010, s. 165, dn. 26 ve UNCTAD, (Bilateral Investment Treaties), 2007, s. 10].

²⁰⁵ Salacuse, 2010, s. 165, 166.

²⁰⁶ Sornarajah, 2011, s. 9.

iştirak türlerinin de yatırım kapsamında mütalaa edilmesiyle yatırım koruması yabancı portföy yatırımları da içerecek biçimde genişletilmiştir²⁰⁷.

II. YATIRIM TANIMINA İLİŞKİN GETİRİLEN KISITLAMALAR

A. Ev Sahibi Devletin Hukukuyla Uyumlu Olma Kısıtlaması

İkili yatırım antlaşmalarında yatırım kavramının tanımına getirilen kısıtlamaların başında “ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olma” ölçütü gelmektedir. Bu ölçüt, ikili yatırım antlaşmalarında son derece yaygın kullanılan bir hukuki kısıtlama alanını teşkil etmektedir. Sözgelimi Türkiye ve Bahreyn arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında²⁰⁸ bir malvarlığı değerinin yatırım olarak kabulü “ev sahibi tarafın kanunlarına ve nizamlarına uygun olması” şartına bağlı kılınmıştır (m. 1/2). Keza Türkiye ve Fransa arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında²⁰⁹ “yatırım” terimi, “bir âkit tarafın yatırımcısınca diğer âkit taraf ülkesinde, bu âkit tarafın mevzuatına uygun olarak yatırılan her türlü varlığı” içerecek çerçevede tanımlanmıştır (m. 1/1). Türkiye ve Avustralya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında²¹⁰ ise uyumluluk kistası daha geniş tutularak, ev sahibi devletin “kendi hukukuna ve zaman içinde uygulanan yatırım politikalarına” uygun yatırımlardan bahsedilmiştir (m. 1/1/a)²¹¹. Bu ölçüt uyarınca, yatırımcı tarafından gerçekleştirilen faaliyetler, ev sahibi devletin hukukuna aykırılık teşkil etmediği sürece yatırım olarak kabul görebilecektir.

²⁰⁷ Salacuse, 2010, s. 163.

²⁰⁸ RG. 25.03.2010/27532.

²⁰⁹ RG. 26.06.2009/27270.

²¹⁰ RG. 19.06.2009/27263.

²¹¹ İsveç ve Bosna-Hersek arasında akdedilen İkili Yatırım Antlaşmasının yatırım kavramının tanımının yapıldığı 1. maddesinde, “ev sahibi devletin hukuku ve düzenlemeleriyle uyumlu olan” yatırımlardan bahsedilmiştir. Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/sweden_bosnia.pdf (ET. 02.06.2011). Benzer şekilde Şili ve Yeni Zelanda devletleri arasında yapılan İkili Yatırım Antlaşmasında da ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olma ölçütünün kullanıldığı görülmektedir. Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile_newzealand.pdf (ET. 02.06.2011).

Uygulamada ev sahibi devletler inceleme konusu kısıtlamayı, mümkün olduğu kadar geniş bir çerçevede yorumlama eğilimi göstermektedir. Ev sahibi devletlerin bakış açısıyla “her türlü” yatırım faaliyeti, ancak kendi hukuk nizamlarında öngörülen düzenlemelere riayet edilmesi kaydıyla antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan istifade edebilecektir. Bu ölçütün yatırımcılar tarafından ise dar yorumlanması ve bu şekilde ikili yatırım antlaşması hükümlerine ağırlık kazandırılmaya çalışılması gerektiği ileri sürülmektedir.

Ev sahibi devletin hukukuyla uyumluluk ölçütü, hakem heyeti kararlarında da ele alınmıştır. Esas itibarıyla “ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olma” ibaresinden tam olarak ne anlaşılması gerektiği de yine söz konusu heyet kararları ışığında açıklığa kavuşturulabilir. *Salini* davasına konu olayda hakem heyeti, İtalya ve Fas arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında yer verilen ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olma kısıtlamasının etki alanını tartışmıştır²¹². Davacı Salini, İkili Yatırım Antlaşması hükümleri çerçevesinde ekonomik değer ifade eden her türlü sözleşmeden kaynaklanan hak talebinin yatırım olarak kabul edilmesi gerektiğini²¹³ ileri sürmüştür. Buna mukabil davalı Fas Devleti taraflar arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında, “ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olma” kıstasının getirilmiş olduğunu, bu itibarla yatırım kavramının tanımına İkili Yatırım Antlaşması hükümleri çerçevesinde değil, kendi hukuk nizamı çerçevesinde anlam kazandırılmasının gerekli olduğunu iddia etmiştir. Davalı devlet bu çerçevede somut ihtilafa konu işlemin Fas hukukunda bir yatırım sözleşmesi olarak değil, bir hizmet sözleşmesi olarak kabul edildiğini ve dolayısıyla ortada bir yatırımın mevcut bulunmadığını ileri sürmüştür²¹⁴.

Hakem heyeti öncelikle, İtalya ve Fas arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında yer verilen ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olma ölçütünün etki alanını tespit etmiştir. Heyete göre bu ölçüt yatırımın “tanımını”

²¹² Gaillard, 2006, s. 61.

²¹³ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, Para. 37.

²¹⁴ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, Para. 38.

değil, “geçerliliğini” niteleyen bir değerlendirme kriteridir²¹⁵. Söz konusu ölçütle, ev sahibi devletin hukuku uyarınca yasa dışı kabul edilen faaliyetlerin, yatırım korumasından faydalandırılmaması amaçlanmıştır²¹⁶. Hakem heyeti bu kararıyla, “ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olma” kıstasına istinaden ev sahibi devlet hukuk nizamına, yatırım kavramının tanımını ve sınırlarını tespit edebilme imkânı verilmediğini tescil etmiş olmaktadır.

Salini davasında verilen karar, sonraki tarihli muhtelif davalar bakımından da etkili sonuçlar doğurmuştur. Bu etkinin belirgin şekilde görüldüğü davalardan biri *Tokios Tokelés v. Ukraine*²¹⁷ davasıdır. Dava konusu olayda, Ukrayna ve Litvanya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında yer verilen ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olma ölçütü temel tartışma konusunu oluşturmuştur. Davalı Ukrayna öncelikle, kendi hukuk nizamında sadece bağlı kuruluş (subsidiary enterprise) unvanının düzenlenmiş olduğunu, buna karşılık bağlı özel kuruluş (subsidiary private enterprise) şeklinde bir unvana yer verilmediğini ifade etmiştir. Bu itibarla davacının bağlı özel kuruluş şeklindeki ticaret unvanının Ukrayna hukukuna uygun olmadığını beyan eden davalı devlet, somut olayda bir yatırımın bulunmadığını ileri sürmüştür. Ukrayna ayrıca, yatırıma ilişkin varlık değerlerinin tedarik ve transferine yönelik davacı tarafından sunulan bazı belgelerde imza veya noter onaylarının da eksik olduğunu, tüm bu gerekçelerle davacı şirket faaliyetlerinin Ukrayna hukukuna aykırılık teşkil ettiğini beyan etmiştir²¹⁸.

Hakem heyeti *Tokios Tokelés* davasındaki değerlendirmesinde, davacının ticaret unvanının bizatihi Ukrayna devlet otoriteleri tarafından tescil edildiğini, bu yönüyle davacı tarafın Ukrayna’da yasa dışı bir kuruluş olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Diğer taraftan kararda, yatırıma ilişkin yukarıda ifade edilen türde bazı “bürokratik

²¹⁵ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, Para. 46.

²¹⁶ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, Para. 46; Salacuse, 2010, s. 167, 168; Gaillard, 2006, s. 61.

²¹⁷ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, July 26, 2007.

²¹⁸ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, Para. 83; Salacuse, 2010, s. 168.

formalitelere²¹⁹ tespit edilmiş olmasının, yatırımcının Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalandırılmaması için haklı bir sebep teşkil edemeyeceği, zira yatırımcının her türlü işleminin Ukrayna otoriteleri tarafından tevsik edildiği belirtilmiştir. Netice itibariyle hakem heyeti, davacı tarafın yatırım faaliyetlerinin Ukrayna hukuku bakımından yasa dışı sayılmasını gerektirir bir hâl bulunmadığından bahisle somut ihtilafta yatırımın mevcut bulunduğuna hükmetmiştir²²⁰.

Kanaatimizce, hakem heyetinin bu kararında, uluslararası hukukta kabul edilen, kimsenin kendi kusurundan menfaat elde edemeyeceği “*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*” ilkesine dayanılmış olmaktadır. Kararda doğrudan bu ilkeye atıf yapılmış değildir. Bununla birlikte hakem heyetinin, Ukrayna devletinin hatalı veya eksik olduğunu beyan ettiği hususları bizatihi tescil veya tevsik etmiş olduğunun altını çizmesi, kararın teşekkülünde açıkça bu ilkedan hareket edildiğini ortaya koymaktadır. Esasında bu ilke, sadece ev sahibi devletler açısından değil, kendi hata veya eksikliğine dayanarak bir hak talebinde bulunan yatırımcılar bakımından da geçerlidir. Bu tespitin somut örneklerini 2006 yılında hükme bağlanan *Inceysa v. El Salvador*²²¹ ve *World Duty v. Kenya*²²² davalarında verilen kararlar kapsamında inceleyebilmek mümkündür.

Inceysa davasında ihtilaf konusu olay, *Inceysa* şirketinin ihale sürecinde yolsuzluk yapmak suretiyle El Salvador’da araç muayene hizmetlerinin gerçekleştirilmesi konusunda imtiyaz sahibi olmasına ilişkin ortaya çıkmıştır. Hakem heyeti söz konusu davada, davacı tarafın genel bir hukuk prensibi olarak kabul edilen iyi niyet kuralını ihlâl ettiğini ifade etmiştir. Heyet, yatırım hukuku anlamında iyi niyet kuralını, bir yatırımın gerçekleşmesinin temelinde yatan müzakere sürecinde ve icra araçlarında

²¹⁹ Tokios Tokelès v. Ukraine, Award, Para. 97; Tokios Tokelès v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, April 29, 2004, Para. 86.

²²⁰ Tokios Tokelès v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, Para. 86; Salacuse, 2010, s. 168.

²²¹ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No ARB/03/26, Award, August 2, 2006.

²²² *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, ICSID Case No ARB/00/7, Award, October 4, 2006.

yanıltıcı veya aldatıcı bir işleme yer verilmemesi biçiminde tanımlamıştır²²³. Kararda ayrıca, *nemo auditor propriam turpitudinem allegans* ilkesi çerçevesinde, kimsenin kendi kusurundan menfaat elde edemeyeceği de vurgulanmıştır. Hakem heyeti bu iki ilke ışığında, yatırımcının bir veya daha fazla yasadışı eylemin etkisi altında gerçekleştirilen yatırım faaliyetinden faydalanmasının yasaklanmış olduğunu ifade etmiştir²²⁴. Diğer taraftan kararda yasadışı eylemlerin yatırım koruması kapsamında kabul edilmesinin, eş zamanlı olarak uluslararası kamu yönetiminde hâkim olan “hukuka saygılı olma” ilkesinin de ihlâli anlamına geleceği beyan edilmiştir²²⁵.

World Duty Free davasına konu olaydaki ihtilaf ise yatırımcı tarafın Kenya Başkanına rüşvet vermek suretiyle bir yatırım sözleşmesi imzalamasından ileri gelmiştir. Hakem heyeti, bu dava bakımından da uluslararası kamu yönetimi prensiplerini temel değer olarak kabul etmiş ve öncelikli olarak uluslararası kamu yönetiminden ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymuştur. Heyetin yaptığı değerlendirmede, uluslararası kamu yönetimi mefhumundan, “her durumda uygulanmasının zorunlu olduğu konusunda üzerinde uluslararası bir konsensüs sağlanan evrensel normlar ile yine uygulamaya yönelik evrensel anlamda kabul edilmiş kurallar” bütününe anlaşılması gerektiği beyan edilmiştir. İzah edilen çerçevede hakem heyeti, temelinde bir yolsuzluk bulunan veya bizihi bir yolsuzluğa dayanarak akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan hak taleplerinin dinlenemeyeceğine hükmetmiştir²²⁶.

İçtihat hukuku alanında sergilenen yaklaşımlardan da tespit edilebileceği üzere, hakem heyetleri ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olma ölçütünü oldukça dar kapsamda ele almıştır. Bu ölçüt tahkim yargılamasında, ev sahibi devletin hukukuna göre yasa dışı nitelik taşıyan faaliyetlerle sınırlı olarak yorumlanmış ve ev sahibi devlet hukuk nizamına, yatırım kavramının tanımını ve sınırlarını tespit edebilme imkânı

²²³ Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, Award, Para. 231, 234.

²²⁴ Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, Award, Para. 239- 242.

²²⁵ Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, Award, Para. 245-249.

²²⁶ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, August 27, 2008, Para. 142 ve dn. 21, 22, 23, 24.

verilmemiştir. Bunun dışında ev sahibi devletler, başlangıçta muhtemelen ülkelerinde yabancı yatırım yapılmasını cazip kılma amacıyla muvafakat ettikleri veya rıza gösterdikleri bazı idari eksiklikleri, uyuşmazlık çözüm aşamasında karşı tarafın bir hatası olarak takdim etme eğilimi göstermektedir. Hakem heyetlerinin ise bu eğilime, hiç kimsenin kendi hatasından menfaat elde etmesinin mümkün olmadığı ilkesi çerçevesinde karşılık verdiği görülmektedir.

B. Coğrafi Bakımdan Getirilen Kısıtlamalar

İkili yatırım antlaşmalarında yatırımın gerçekleştirildiği alana ilişkin kısıtlamalara da sıklıkla yer verilmektedir²²⁷. Bu kısıtlamalar, ikili yatırım antlaşmalarında ya bizzat yatırım tanımı kapsamında ele alınmakta ya da antlaşmaların uygulama alanına ilişkin maddelerinde düzenlenmektedir²²⁸. İkili yatırım antlaşmalarında sıklıkla yer verilen söz konusu kısıtlamanın temelinde, ev sahibi devletlerin yabancı yatırım faaliyetlerinden fayda sağlayabilmesi düşüncesi yatmaktadır. Ev sahibi devletler ancak yatırımların kendi ülkelerinde gerçekleşmesi durumunda; teknoloji transferi, belirli endüstriyel sektörlerin geliştirilmesi, yeni istihdam sahalarının açılması ve vergi gelirlerinin artırılması gibi muhtelif avantajlar elde edebileceklerdir²²⁹. Bu itibarla ülke kavramı ile neyin kastedildiğinin izah edilmesi, bahse konu avantajların temini bakımından da önem taşımaktadır.

Bazı ikili yatırım antlaşmalarında “ülke” kavramının tanımı konusunda iç hukuk düzenlemelerine atıfta bulunulmakla yetinilmiştir. Örneğin, Cezayir ve Endonezya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasının 5. maddesinde, ülke

²²⁷ UNCTAD, (Bilateral Investment Treaties), 2007, s. 17; McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 180.

²²⁸ Salacuse, 2010, s. 169. Sözelimi Cezayir ve Endonezya devletleri arasında akdedilen İkili Yatırım Antlaşmasının 1. maddesinde yatırım kavramı, taraf devletlerden birinin yatırımcısının diğer taraf devletin “ülkesinde” gerçekleştirdiği faaliyetleri içerecek kapsamda tanımlanmıştır. Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/indonesia_algeria.pdf. Buna karşılık, İsviçre ve Filipinler arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında ise konu, antlaşmanın uygulama alanına ilişkin maddesinde ele alınmıştır. Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_philippines_fr.pdf (Fransızca) (ET. 04.06.2011).

²²⁹ Salacuse, 2010, s. 169.

kavramının taraf devletlerin iç hukuk düzenlemeleri çerçevesinde anlamlandırılacağı ifade edilmiştir. Bu çerçevede bir ihtilaf durumunda hakem heyetleri tarafından, ülke kavramının tanımına ilişkin olarak antlaşma tarafı devletlerin iç hukuk düzenlemelerine müracaat edilecektir. Buna karşılık bazı ikili yatırım antlaşmalarında ise doğrudan antlaşma hükümlerinde ülke kavramının tanımına yer verildiği görülmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında genellikle bu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Ancak söz konusu antlaşmalarda, yatırım kavramının tanımının aksine, yeknesak bir "ülke" tanımına yer verilmediği dikkat çekmektedir.

Bazı ikili yatırım antlaşmalarında ülke kavramı dar kapsamda ele alınmıştır. Sözgelimi, Türkiye ve Finlandiya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında ülke kavramı, "Türkiye ve Finlandiya açısından, sırasıyla, Türkiye Cumhuriyetini ve Finlandiya Cumhuriyetini oluşturan ülkeyi ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır (m. I/1/e). Buna karşılık bazı antlaşmalarda ise kavramın daha geniş çerçevede ele alınması tercih edilmiştir. Sözgelimi, Türkiye ile Fransa arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında ülke kavramı; "Her iki âkit taraf açısından, ülkesini, karasularını, aynı zamanda uluslararası hukuka uygun olarak üzerinde doğal kaynakların keşfedilmesi, işletilmesi ve korunması amaçları için üzerinde yargılama veya egemenlik haklarına sahip olduğu deniz alanlarını ifade eder" biçiminde tanımlanmıştır (m. 4). Bunun yanında bazı antlaşmalarda, taraf devletlerin siyasi konumu nazara alınarak antlaşma hükümlerinin daha geniş bir coğrafi alana yayılması tercih edilmiştir. Sözgelimi, Türkiye ve Büyük Britanya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasının²³⁰ "Ülkesel Genişletme" başlıklı 12. maddesinde "Bu Anlaşmanın onaylanması sırasında veya daha sonra bu Anlaşmanın maddeleri, âkit taraflar arasında nota teatisi ile kabul edilebileceği üzere, Büyük Britanya hükümetinin uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu ülkeleri de kapsayacak şekilde genişletilebilir" hükmüne yer verilmiştir. Buna karşılık Türkiye ve Danimarka arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında²³¹ ise dışlayıcı

²³⁰ RG. 09.05.1996/ 22631.

²³¹ RG. 27.05.1992/ 21240.

bir yöntem takip edilmek suretiyle Antlaşma hükümlerinin “Faroe Adaları ve Grönland” bakımından uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır (m. 1/4).

Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarının bazılarında ise her ülke bakımından ayrı tanımların yapıldığı görülmektedir. Sözgelimi, Türkiye ile Suudi Arabistan arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında²³² ülke kavramının tanımına ilişkin şu hükme yer verilmiştir (m. 1/4):

(a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilgili olarak; ülkeyi, karasularını, aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti'nin uluslararası hukuka göre tabii kaynakların araştırılması, işletilmesi ve korunması amacıyla üzerinde egemenlik veya kaza hakkının bulunduğu deniz alanlarını,

(b) Suudi Arabistan Krallığı ile ilgili olarak; kara sınırları içerisinde bulunan alanlara ek olarak, Suudi Arabistan Krallığı'nın uluslararası hukuka göre üzerinde egemenliğini icra ettiği ve üzerinde egemenlik veya kaza hakkının bulunduğu deniz ve deniz altı alanlarını ifade eder.

Bazı ikili yatırım antlaşmalarında antlaşmanın coğrafi bakımdan uygulama alanı tespit edilirken “ülke” kavramı yerine, antlaşmaya taraf olan devletlerin tanımlanması tercih edilmiştir. Bu çerçevede Türkiye ve Makedonya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında²³³; “Türkiye, Makedonya terimi, Türk ve Makedon kara ülkesi, karasuları ile aynı zamanda uluslararası hukuka göre üzerinde araştırma ve işletme maksatlarıyla yargılama ve egemenlik haklarına sahip olduğu deniz alanlarını ifade eder” hükmüne yer verilmiştir (m. 1/4)²³⁴.

“Ülke” kavramına antlaşma hükümleri çerçevesinde yer verilmesi suretiyle hakem heyetlerinin iç hukuk düzenlemelerini inceleme yükünden

²³² RG. 04.02.2009/27130.

²³³ RG. 07.07.1997/23042.

²³⁴ Görüldüğü üzere Türkiye'nin taraf olduğu antlaşmalarda “ülke” kavramının tanımının yapıldığı maddede, yine “ülke” ibaresinin kullanılması, bahse konu kavramın anlamının müphemleşmesine neden olmaktadır. Ne var ki bu durumun bir tercüme hatasından ileri geldiği de ifade edilemez. Zira söz konusu Antlaşmalarının İngilizce metinlerine bakıldığında “territory means the territory of the Republic of Turkey...” ibaresine yer verildiği görülmektedir. Kanaatimizce, bu noktada söz konusu belirsizliğin giderilmesini teminen, “ülke” ibaresinin yerine “kara sahası” ibaresinin kullanılması daha uygun olacaktır.

kurtarıldıklarını ifade edebilmek mümkündür. Bununla birlikte “ülke” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu, yatırımın konusunun gayri maddi malvarlığı değerini ihtiva etmesi durumunda oldukça belirsiz bir hâl almaktadır²³⁵. Bu çerçevede, özellikle yatırımın sözleşme temelli bir hakka veya borçlanma araçlarının edinilmesine dayanması hâlinde “ülke” kavramı ne şekilde tespit edilecektir? ICSID yargılamasına konu edilen muhtelif ihtilaflarda sorunun çözümüne ilişkin bazı tespitlerde bulunulmuştur. Bu ihtilaflar arasında, konu hakkında detaylı tespitlerin yapıldığı *SGS v. Philippines*²³⁶ davasında verilen karar özel bir öneme sahiptir.

Dava konusu olayda, İsviçre menşeli SGS şirketi, 23.08.1991 tarihinde üç yıllık bir zaman diliminde geçerli olmak üzere, Filipinler devletiyle ithalat denetim hizmetleri sözleşmesi akdetmiştir. Davacı SGS bu sözleşme kapsamında Filipinler devletinin gümrük izinleri ve kontrolü sürecinin geliştirilmesine yönelik özel bir destek hizmeti sunmayı taahhüt etmiştir. SGS, söz konusu hizmetlerinin karşılığı olarak Filipinler Gümrük Ofisi'ne yaklaşık 680 milyon ABD doları tutarında bir faturalandırma işlemi gerçekleştirmiştir. Bu meblağın 540 milyon ABD doları tutarındaki kısmı SGS'ye ödenmiş, bakiye tutar uyuşmazlığın konusunu oluşturmuştur²³⁷. Davalı devlet savunmasında, uyuşmazlığın “taraplardan birinin ülkesindeki yatırımlardan” kaynaklanan bir uyuşmazlık olmadığını, zira SGS'nin tüm hizmetlerinin Filipinler dışındaki ülkelerde gerçekleştiğini ileri sürmüştür²³⁸.

Hakem heyeti, konuya ilişkin olarak yaptığı genel değerlendirmede; İsviçre ve Filipinler arasında 1997 yılında akdedilen İkili Yatırım Antlaşmasının 2. maddesinde yer alan “Bu Antlaşma, kendi ülkesinde yatırım

²³⁵ UNCTAD, 2007 (Bilateral Investment Treaties), s. 9.

²³⁶ *SGS Société Générale De Surveillance S.A. v. Republic Of The Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, January 29, 2004. Dava hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Gaillard Emmanuel, Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims- The SGS Cases Considered, International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law (Ed. Todd Weiler), Cameron May Ltd, pp. 325-346, London 2005.

²³⁷ *SGS Société Générale De Surveillance S.A. v. Republic Of The Philippines*, Decision on Jurisdiction, Para. 35.

²³⁸ *SGS Société Générale De Surveillance S.A. v. Republic Of The Philippines*, Decision on Jurisdiction, Para. 51(d).

yapılan tarafın kanun ve düzenleyici işlemleri dikkate alınarak Antlaşmanın diğer tarafı yatırımcısınca, bu Antlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce veya sonra gerçekleştirilen yatırımlar hakkında uygulanır” hükmü çerçevesinde, yatırımların ev sahibi devletin ülkesinde gerçekleşmiş olmasının bir gereklilik olduğunu tespit etmiştir²³⁹. Heyete göre, bir devletin ülkesi dışında gerçekleştirilen yatırım faaliyetleri, o devlete fayda sağlıyor olsa bile, Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalanamayacaktır. Heyet bu genel ilke ışığında, sözgelimi üçüncü bir devlette ev sahibi devletin elçilik binasının inşası faaliyetinin yatırım olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir²⁴⁰.

Hakem heyeti somut ihtilafa ilişkin değerlendirmesinde ise; SGS'nin, davalı devlet sınırları dışında ithalat denetim hizmetleri ve gümrük gelirlerini artırma hizmetlerini ifa ettiğini, Filipinler dışında gerçekleştirilen bu faaliyetlerin davacı hesabına değil, davalı devlet hesabına sonuç doğurduğunu ve bu faaliyetlerin davalı devlet sınırları içinde konuşlu bulunan Manila İrtibat Ofisi tarafından yürütülmekte olduğunu tespit etmiştir. Hakem heyeti tüm bu unsurların birlikte değerlendirilmesi neticesinde, davacının hizmetlerini Filipinler sınırları içinde sunduğunu ve bu durumun taraflar arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında tanımı yapılan “yatırım” kavramına tekabül ettiğini ifade etmiştir²⁴¹. Belirtilen gerekçelerle hakem heyeti, taraflar arasındaki yatırım sözleşmesi, İkili Yatırım Antlaşması ve ICSID Konvansiyonu'nun 25(1) maddesi kapsamında, SGS tarafından Filipinler Devleti sınırları içinde gerçekleşmiş bir yatırımın mevcut bulunduğu sonuç ve kanaatine ulaşmıştır.

²³⁹ SGS Société Générale De Surveillance S.A. v. Republic Of The Philippines, Decision on Jurisdiction, Para. 99. Görüldüğü üzere, somut ihtilafa taraflar arasında 1997 yılında akdedilen İkili Yatırım Antlaşması, 1991 yılında imzalanan yatırım sözleşmesi hakkında uygulanmıştır. Antlaşmanın yürürlük tarihi itibarıyla mevcut bulunan tüm yatırımlar hakkında uygulanma kabiliyetini haiz olmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. a. s. 72 vd.

²⁴⁰ SGS Société Générale De Surveillance S.A. v. Republic Of The Philippines, Decision on Jurisdiction, Para. 99.

²⁴¹ SGS Société Générale De Surveillance S.A. v. Republic Of The Philippines, Decision on Jurisdiction, Para. 101, 102, 104 ve 106.

Konuya ilişkin bir başka dava olan *SGS v. Pakistan*²⁴² davasında verilen karar da, farklı hakem heyetlerinin ülke kavramının sınırlarını tayinde müşterek bir kanaate sahip olduklarını göstermesi bakımından önem arz etmektedir. Söz konusu kararda hakem heyeti, SGS'nin Denetim Sözleşmesi kapsamında gerçekleştirdiği faaliyetlerin, taraflar arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümleri çerçevesinde “ev sahibi devletin ülkesinde” gerçekleşmiş bir yatırıma vücut verdiğini, zira SGS'nin faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan mali fonların, Pakistan devleti sınırlarında işlerlik kazandığını vurgulamıştır²⁴³.

Yatırımların ev sahibi devletin “ülkesinde” gerçekleştirilmesi gerektiği yönündeki kısıtlama, *Fedax* davasında da hakem heyetinin incelemesine konu olmuştur. Yukarıda da ifade edildiği üzere, söz konusu karardaki somut uyuşmazlık, Fedax şirketinin Venezüella hükümetince ihraç edilen borçlanma senetlerini iktisap etmesinin bir yatırıma vücut verip vermediği noktasında odaklanmıştır. Venezüella devleti savunmasında, davacı şirketin “ülkelerinde” mali kaynakların uzun dönemli transferini konu alan doğrudan bir yabancı yatırımının bulunmadığını beyan etmiştir. Hakem heyeti ise konuya ilişkin temel değerlendirme kriterini, Venezüella'nın yatırım kaynaklarını kullanma imkânına sahip olup olmadığını nazara alarak tespit etmiştir. Hakem heyeti bu kriter çerçevesinde, ihraç edilen tahvillerin Fedax tarafından satın alınması suretiyle elde edilen gelirin Venezüella devletince ekonomik ihtiyaçların karşılanması amacıyla kullanıldığını tespit etmiştir. Bu itibarla hakem heyeti, söz konusu tahvillerin alınması işleminin İkili Yatırım Antlaşması hükümleri çerçevesinde Venezüella devletinin ülkesinde gerçekleştirilen bir yatırıma vücut verdiğine hükmetmiştir²⁴⁴.

Kanaatimizce, yatırımcının gerçekleştirdiği faaliyet, antlaşma hükümlerine göre ev sahibi devletin ülkesinde gerçekleştirilmiş olmasa da, ev

²⁴² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, August 06, 2003.

²⁴³ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, Para. 133- 145.

²⁴⁴ *Fedax NV v. The Republic of Venezuela*, Decisions on Jurisdiction, Para. 41; Salacuse, 2010, s. 170.

sahibi devletin bu faaliyetten ekonomik bir menfaat temin ediyor veya bu faaliyet sebebiyle belirli ihtiyaçlarını karşılıyor olması, söz konusu faaliyetin ev sahibi devletin ülkesinde gerçekleştirildiği biçiminde yorumlanması için yeterlidir. Bununla birlikte bu yorumun kabul edilebilmesi için yatırım faaliyeti sebebiyle elde edilen menfaatin veya temin edilen hizmetin, eş zamanlı olarak ev sahibi devlete “önemli bir katkıda” bulunduğu da tespit edilebilmelidir. Böyle bir tespit, yatırımın varlığı için yatırımcının önemli bir taahhütte bulunması gerekliliğini arayan Fedax/Salini kriteriyle de uyumlu olacaktır.

C. Zaman Bakımından Getirilen Kısıtlamalar

İkili yatırım antlaşmalarında, yatırımlara yönelik hukuki korumanın kapsamı zaman bakımından da sınırlandırılmıştır. Bu konuda getirilen en tabii kısıtlama, antlaşmanın yürürlükte bulunduğu zaman dilimine ilişkindir. Bunun dışında ikili yatırım antlaşmalarında zaman bakımından “yatırım uyuşmazlıkları”na ve “antlaşmanın feshedilmesi” hâline özgü bazı kısıtlamalara da yer verildiği görülmektedir. Söz konusu kısıtlamalar aşağıda ayrı başlıklar hâlinde izah edilecektir.

1. Antlaşmanın Geçerlilik Zamanına İlişkin Kısıtlamalar

İkili yatırım antlaşmalarının geçerlilik arz ettiği zaman dilimi tayin edilirken, antlaşmanın imza tarihi veya yürürlüğe girme tarihi esas alınmaktadır. Gelişmekte olan ülkeler, antlaşmanın uygulama alanını zaman bakımından kısıtlama eğilimi göstermektedir. Bu çerçevede söz konusu ülkelerce, genellikle antlaşmanın imza veya yürürlüğe girme tarihinden sonra veya bu tarihten kısa bir süre önce gerçekleştirilen yatırımları kapsamaması tercih edilmektedir. Sözgelimi Endonezya ve Büyük Britanya arasında

akdedilen İkili Yatırım Antlaşmasının²⁴⁵ 2(3) maddesinde, antlaşma hükümlerinin yürürlük tarihinden itibaren geriye doğru on yıllık bir zaman dilimi içinde gerçekleştirilen yatırımlar ile yürürlük tarihinden sonraki yatırımlar bakımından uygulanabilir olduğu ifade edilmiştir. Bu tercihin temelinde, söz konusu ülkelerin ikili yatırım antlaşmalarını yatırımların korunmasından ziyade, teşvik edilmesinin aracı olarak görmelerinin bulunduğu ifade edilmektedir²⁴⁶. Buna karşılık gelişmiş ülkelerde ise yatırımların korunması düşüncesinin bir gereği olarak²⁴⁷, ikili yatırım antlaşmalarının zaman bakımından kapsamının mümkün olduğu ölçüde geniş tutulması tercih edilmektedir²⁴⁸. Bu ülkelerce akdedilen ikili yatırım antlaşmalarında, antlaşmanın imza veya yürürlük tarihi itibarıyla ev sahibi devletin ülkesinde “mevcut bulunan” tüm yatırımlar bakımından hüküm ifade ettiği beyan edilmektedir. Bu çerçevede söz konusu ikili yatırım antlaşmaları bakımından, yatırım faaliyetinin antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce veya sonra gerçekleştirilmesinin bir önemi bulunmamaktadır²⁴⁹. Esas olan, antlaşmanın imzalandığı veya yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla yatırımın hâlen devam etmekte olması, bir diğer ifadeyle mevcut bulunmasıdır. Sözgelimi, ABD ve Slovakya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasının²⁵⁰ XIV(1) maddesinde antlaşma hükümlerinin, antlaşmanın yürürlük tarihi itibarıyla mevcut bulunan veya bu tarihten sonra gerçekleştirilen tüm yatırımlar bakımından uygulanabilir olduğu hüküm altına alınmıştır.

Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında zaman bakımından uygulama konusuna yönelik yeknesak bir tavır benimsendiği söylenemez. Bazı antlaşmalarda yürürlük tarihinden sonraki yatırımların kapsanacağı beyan edilmiş iken, bazılarında mevcut yatırımlara da koruma bahşedilmiştir. Sözgelimi, Türkiye ve Bosna-Hersek arasındaki İkili Yatırım

²⁴⁵ Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_indonesia.pdf (ET. 06.06.2011).

²⁴⁶ Salacuse, 2010, s. 129.

²⁴⁷ Dolzer Rudolf/Stevens Margrete; *Bilateral Investment Treaties*, Kluwer Law International, Martinus Nijhoff Publishers, Hague 1995, s. 46.

²⁴⁸ Salacuse, 2010, s. 129, 172, 173 ve dn. 51.

²⁴⁹ McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 174.

²⁵⁰ Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us_slovakia.pdf (ET. 08.06.2011).

Antlaşmasının²⁵¹ zaman bakımından uygulanmasına ilişkin hükmünde; “İşbu Anlaşma, yürürlüğe giriş tarihinden sonra yapılan veya gerçekleşen yatırımlara uygulanacaktır” hükmüne yer verilmiştir (m. X/1). Buna karşılık Türkiye ve Azerbaycan arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında²⁵² ise Antlaşmanın yürürlük tarihi itibarıyla mevcut yatırımlar ile yürürlük tarihinden sonra yapılacak ya da iktisap edilecek yatırımları kapsadığı hükmüne bağlanmıştır (m. IX/1). Benzer şekilde, Türkiye ve Kosova arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında²⁵³ da “İşbu Anlaşma, yürürlüğe giriş tarihinde mevcut yatırımlar yanında, bu tarihten sonra yapılan veya gerçekleşen yatırımlara da uygulanacaktır” hükmüne yer verilmiştir (m. IX/1).

2. Yatırım “Uyuşmazlıkları” Kısıtlamaları

İkili yatırım antlaşmalarında, genellikle antlaşma hükümlerinin antlaşmanın imza ve yürürlük tarihinden önce ortaya çıkan yatırım “uyuşmazlıklarını” kapsamadığı ifade edilmektedir. Sözgelimi, Türkiye ve Bahreyn arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında, “İşbu Anlaşma, ulusal kanun ve nizamlarına uygun olarak taraflardan birinin ülkesinde diğer tarafın yatırımcılarınca, işbu Anlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce veya sonra yapılan yatırımlara uygulanacaktır. Bununla birlikte; işbu Anlaşma, yürürlüğe girmesinden önce ortaya çıkan uyuşmazlıklara uygulanmayacaktır” hükmüne yer verilmiştir (m. 9). Benzer şekilde, Türkiye ve Fas arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında²⁵⁴ da Antlaşmanın, yürürlük tarihinden önceki dönemde ortaya çıkan uyuşmazlıklar hakkında uygulanmayacağı ifade edilmiştir (m. 10)²⁵⁵.

²⁵¹ RG. 04.05.2000/24039.

²⁵² RG. 26.05.1997/23000.

²⁵³ RG. 25.03.2010/27532.

²⁵⁴ RG. 04.05.2004/25452.

²⁵⁵ Keza, Hırvatistan ve Büyük Britanya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasının 1(a) maddesi de; “Bu antlaşma yürürlük tarihi itibarıyla mevcut bulunan tüm yatırımları, bu yatırımların yürürlük tarihinden önce veya sonra gerçekleştiğine bakılmaksızın kapsamaktadır. Ne var ki, bu antlaşma hükümleri, yürürlük tarihinden önce ortaya çıkan yatırım uyuşmazlıkları hakkında tatbik edilmez” hükmünü âmirdir. Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/croatia_uk.pdf (ET. 08.06.2011).

Doktrinde, izah edilen düzenlemenin temelinde iki farklı gerekçenin bulunduğu ifade edilmektedir. Öncelikle, bahsi geçen hüküm sayesinde yatırımcıların kendi avantajlarına olan yatırım rejimini seçmelerinin (shopping) önüne geçilmiş olmaktadır. Hükümün ikinci amacı ise sonraki ikili yatırım antlaşmasının yürürlüğe girmesinden önce ortaya çıkan uyuşmazlıkların, yatırımın gerçekleştiği dönemde yürürlükte bulunan antlaşma hükümleri çerçevesinde çözümlenmesinin temin edilmesidir²⁵⁶. Bununla birlikte belirtilen amaçlara ulaşılabilmesi noktasında temel sorun, “uyuşmazlık” kavramının tanımına ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. Gerçekten de “yatırım antlaşmalarının yürürlük tarihinden önce ortaya çıkan uyuşmazlıkları kapsamayacağı” yönündeki genel kuralının uygulanabilmesi için evvela uyuşmazlık kavramından ne anlaşılması gerektiğinin tespit edilmesi gereklidir.

İkili yatırım antlaşmalarında genellikle uyuşmazlık kavramının tanımına ilişkin bir bilgiye rastlayabilmek mümkün değildir. Bu itibarla konu ağırlıklı olarak yargı kararları ışığında açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu kararlar arasında Uluslararası Adalet Divanı tarafından verilen kararların özel bir önemi bulunmaktadır. Zira ICSID yargılaması kapsamında verilen kararlarda sıklıkla Uluslararası Adalet Divanının tespitlerine atıfta bulunulduğu görülmektedir²⁵⁷. Adalet Divanı *East Timor*²⁵⁸ davasında uyuşmazlık kavramını, “ tarafların kanuni veya fiili bir meseleye ilişkin olarak hukuki görüşlerinin ya da menfaatlerinin çatışması” biçiminde tanımlamıştır²⁵⁹. Divan; Bulgaristan,

Benzer şekilde Kore ve Nijerya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasının 12. maddesi ile Arjantin ve İspanya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasının II(2) maddesinde de, antlaşmaların yürürlük tarihinden önce ortaya çıkan “uyuşmazlıklar” hakkında uygulanmayacağı beyan edilmiştir. Bkz. UNCTAD, 2007 (Bilateral Investment Treaties), s. 19; McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 175.

²⁵⁶ Salacuse, 2010, s. 173, 174.

²⁵⁷ Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, November 13, 2000; Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Award, February 7, 2005.

²⁵⁸ East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports, 1995. Kararın İngilizce tam metni için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6949.pdf> (ET. 09.06.2011).

²⁵⁹ East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports, 1995, s. 99-13, Para. 22. Divan söz konusu kararında yaptığı bu tanıma ilişkin olarak daha önceki tarihlerde verilen; Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J. ve Northern Cameroons, Judgment, I.C.J. Reports 1963, kararlarına atıfta bulunmuştur.

Macaristan ve Romanya devletleri arasında akdedilen Barış Antlaşmasına ilişkin tavsiye kararında²⁶⁰ ise söz konusu kavramı, “hukuki bir yükümlülüğün yerine getirilmesi veya getirilmemesine ilişkin olarak, iki tarafın açık bir biçimde farklı görüş taşımaları” şeklinde tanımlamıştır²⁶¹. Benzer şekilde *South West Africa Cases*²⁶² kararlarında da uyuşmazlık kavramı, “taflardan birinin iddiasının diğer tarafça kuşkuya yer bırakmayacak biçimde reddedilmesi” biçiminde tanımlanmıştır²⁶³.

Yukarıda ifade edildiği üzere, ICSID yargılamasına konu davalarda da hakem heyetleri, yatırımların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olarak Uluslararası Adalet Divanı tarafından yapılan uyuşmazlık tanımlamalarına itibar etmektedir. Konuya ilişkin ICSID yargılaması kapsamında verilen kararlardan birini *Maffezini v. Kingdom of Spain*²⁶⁴ davası oluşturmaktadır. Davacı tarafın somut olayda iddialarını dayandırdığı Arjantin ve İspanya arasındaki İkili Yatırım Antlaşması 1992 yılının Eylül ayında yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte davacı taraf 1989, 1990, 1991 yılları ile 1992 yılının ilk döneminde, dava konusu olaya ilişkin iddialarını davalı devletin muhtelif makamları önünde dile getirmiştir. Hakem heyeti yaptığı değerlendirmede, davacı tarafın iddialarını ileri sürmesinin kendiliğinden bir uyuşmazlığın doğumuna sebebiyet vermeyeceğini ifade etmiştir. Heyete göre, bir uyuşmazlığın varlığından bahsedebilmek için tarafların hukuki görüşlerinin veya menfaatlerinin açıkça çatışması gereklidir. Bu çerçevede hakem heyeti, uyuşmazlığın varlığı bakımından, davacı taraf iddialarının karşı tarafça reddedilmiş olmasının veya cevapsız bırakılmasının lüzumlu olduğunu ifade etmiştir. Konuyu teorik çerçevede ele alan hakem heyeti, netice itibarıyla davacı tarafın münhasıran iddialarını ileri sürmüş olmasının bir uyuşmazlığa

²⁶⁰ Interpretation of Peace Treaties (Second Phase), Advisory Opinion: I.C.J. Reports, 1950. Kararın İngilizce ve Fransızca tam metni için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/8/1875.pdf> (ET. 11.06.2011).

²⁶¹ McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 175, dn. 70.

²⁶² South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962. Kararın İngilizce ve Fransızca tam metni için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/46/4887.pdf> (ET. 11.06.2011).

²⁶³ South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962, I.C.J. Report, 1962, 328-13.

²⁶⁴ Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, November 13, 2000.

vücut vermediğini, bu itibarla söz konusu iddiaların ikili yatırım antlaşmasının yürürlük tarihinden önce ileri sürülmüş olmasının heyetin yargılama yetkisi üzerinde müteessir olmadığını beyan etmiş ve somut olayda yargılama yetkisinin bulunduğuna hükmetmiştir²⁶⁵.

Maffezini davasında verilen kararda hakem heyetinin kullandığı gerekçelerin, ICSID yargılamasına konu bir başka dava olan *Lucchetti v. Republic of Peru*²⁶⁶ davasında verilen kararda da kullanıldığı ancak daha farklı bir neticeye ulaşıldığı görülmektedir. Dava konusu olayda hakem heyeti, Şili ve Peru arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden önce, davacı tarafın iddialarının yerel mahkemece reddedilmiş olmasını bir uyuşmazlık olarak kabul etmiş ve yargılama yetkisinin bulunmadığına hükmetmiştir. Hakem heyeti bu davada, davacı tarafın “bir uyuşmazlığın varlığından bahsedebilmek için taraflar arasında (yatırımcı ve devlet) bir ihtilafın var olması gerektiği, bu sebeple yerel mahkeme tarafından verilen bir kararın uyuşmazlığı doğuramayacağı” yönündeki itirazına itibar etmemiştir. Karar, doktrinde uyuşmazlık kavramının tarafların konumu veya esas yargılama sebebi dikkate alınmaksızın tespit edilmiş olması sebebiyle eleştirilmiştir²⁶⁷.

3. Antlaşmanın Feshine İlişkin Kısıtlamalar

Zaman bakımından kabul edilen kısıtlamaların bir diğerini, antlaşmaların feshedilmesine ilişkin olarak getirilen süre sınırlamaları oluşturmaktadır²⁶⁸. İkili yatırım antlaşmalarında âkit devletlere, belirli şartlar altında antlaşmayı feshetme imkânı bahşedilmektedir. Bununla birlikte antlaşmalarda genellikle, gerçekleştirilen yatırımların uzun vadeli olduğu hususu nazara alınarak antlaşmanın fesih tarihinden sonra belirli bir süre

²⁶⁵ McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 175, 176.

²⁶⁶ Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Award, February 7, 2005.

²⁶⁷ McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 176.

²⁶⁸ Dolzer/Stevens, 1995, s. 46.

daha hüküm ifade etmesi öngörülmektedir. Sözgelimi, Türkiye ve İran arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında²⁶⁹, Antlaşmanın 10 yıllık bir süre için geçerli olacağı beyan edilmiş, âkit taraflara altı ay önceden yazılı bildirimde bulunmak kaydıyla fesih imkânı tanınmıştır. Bununla birlikte Antlaşmanın sona erdiği tarihten önce yapılan veya iktisap edilen yatırımlara ilişkin olarak, Antlaşma hükümlerinin, fesih tarihinden itibaren ilave bir on yıl süre ile geçerli olacağı hükme bağlanmıştır (m. 13/2 ve 3). Benzer şekilde Türkiye ve İsviçre arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında²⁷⁰ da “Bu Anlaşmanın feshi için resmi ihbar vukuunda 1'den 11'e kadar olan maddeler on yıl daha ihbardan önce yapılmış yatırımlar için geçerli olacaktır” hükmüne yer verilmiştir (m. 12/1 ve 2). Türkiye ve Büyük Britanya arasında akdedilen İkili Yatırım Antlaşmasında ise bu süre, Antlaşmanın yürürlükte bulunduğu dönemde gerçekleştirilen yatırımlar bakımından on beş yıl olarak tespit edilmiştir (m. 14/1).

Uluslararası antlaşma hukukunda Türkiye dışındaki ülkelerin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında da, antlaşmaların fesih sonrası dönemde belirli bir müddet daha geçerli olmasına yönelik süreler tespit edilmiştir. Sözgelimi, ABD ve Slovakya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasının XIV(2) maddesinde taraf devletlere antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra karşı tarafa bildirimde bulunmak kaydıyla antlaşmayı feshetme imkânı verilmiştir. İşte böyle bir fesih sonrasında da antlaşma hükümleri, fesih tarihinden itibaren başlayacak on yıllık bir zaman dilimi içinde geçerli olmaya devam edecektir. Bu süre, Endonezya ve Büyük Britanya arasında akdedilen İkili Yatırım Antlaşmasının 11(3) maddesinde ise yirmi yıl olarak tayin edilmiştir.

D. Proje Kısıtlamaları

İkili yatırım antlaşmaları kapsamında yatırım tanımına ilişkin yer verilen bir diğer kısıtlama ise proje temelli kısıtlamalardır. Bu çerçevede bazı

²⁶⁹ RG. 25.02.2005/25738.

²⁷⁰ RG. 06.10.1989/20304.

devletler, sadece onay verdikleri projeler bakımından yatırımcının antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalanmasına imkân tanımaktadır. Sözgelimi, Pakistan ve İsveç arasında akdedilen İkili Yatırım Antlaşmasının²⁷¹ 1. maddesinde yatırım kavramı, münhasıran ev sahibi devletin onay verdiği projeleri içerecek biçimde tanımlanmıştır. Benzer şekilde Malezya ve İsveç arasında akdedilen İkili Yatırım Antlaşmasının²⁷² 1(i) maddesinde de antlaşmanın sağladığı hukuki koruma sadece ev sahibi devletçe onaylanan yatırım projeleri ile sınırlandırılmıştır.

Proje kısıtlamaları, ICSID yargılamasına konu edilen bazı davalarda hakem heyetlerinin de incelemesine konu olmuştur. Bu noktada *Gruslin v. Malaysia*²⁷³ davasında hakem heyetinin verdiği karar, proje kısıtlamalarının yatırım tanımına ilişkin değerlendirmeler bakımından ne derece kuvvetli bir etkiye sahip olduğunu göstermektedir. Uyuşmazlık konusu olay, davacı tarafından Malezya Menkul Kıymet Borsasından hisse senedi alınması işleminin, bir yatırıma vücut verip vermediğine ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. Davalı Malezya devleti savunmasında, bahse konu işlemin “onay verdikleri” bir yatırım projesi olmadığından bahisle ikili yatırım antlaşması hükümleri çerçevesinde bir yatırım olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Buna karşılık davacı taraf ise, davalı devlet tarafından kendilerine Malezya Menkul Kıymet Borsasında işlem yapma izni verilmiş olmasının söz konusu onay yerine kaim olduğunu ileri sürerek ortada geçerli bir yatırımın varlığının tespitini talep etmiştir. Hakem heyetinin değerlendirmesinde, taraflar arasındaki ticari işlemlerin herhangi bir safhasında verilen genel bir izin, antlaşma hükümleri çerçevesinde aranan “onay” şartını karşılamaya yetmeyeceği ifade edilmiştir²⁷⁴. Heyet bu çerçevede, antlaşmanın öngördüğü bir onay prosedürünün tamamlanabilmesi için ev sahibi devlet otoritesi tarafından, “belirli” bir proje için “özel” olarak onay verilmesinin gerekli olduğuna hükmetmiştir²⁷⁵.

²⁷¹ Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/pakistan_sweden.pdf (ET. 14.06.2011).

²⁷² Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/sweden_malaysia.pdf (ET. 14.06.2011).

²⁷³ Philippe Gruslin v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/99/3, Award, November 27, 2000.

²⁷⁴ Philippe Gruslin v. Malaysia, Award, Para. 10.6, 11.1(2)(c).

²⁷⁵ Philippe Gruslin v. Malaysia, Award, Para. 25.5.

Ş 6. YATIRIM KAVRAMINA İLİŞKİN BAZI ÖZEL KONULAR

I. AZINLIK HİSSEDARLIĞI

Uluslararası yatırım hukukundaki en tartışmalı alanlardan birini azınlık hissedarlığı (minority shareholdings) oluşturmaktadır. Ev sahibi devlette kurulan bir şirketin hisselerinin, yatırımcılar tarafından satın alınması suretiyle gerçekleştirilen bu yatırım türünde, son yıllarda önemli bir artış görülmektedir. Azınlık hissedarlığının bir yatırıma vücut verip vermediği veya azınlık hissedarlarının yatırımcı olarak kabul edilip edilmeyecekleri gibi sorunlar, öteden beri tartışılmaktadır. Konu, azınlık hissedarlığı tartışmalarında son derece önemli bir yer işgal eden Uluslararası Adalet Divanının benimsediği yaklaşım ve yatırım antlaşmaları çerçevesinde ele alınacaktır.

A. Uluslararası Adalet Divanının Barcelona Traction Kararı

Azınlık hissedarlığının bir yatırıma vücut verip vermediği yönündeki tartışma, 1970 yılında Uluslararası Adalet Divanı tarafından *Barcelona Traction*²⁷⁶ davasında verilen karara kadar uzanmaktadır. Dava konusu olay, İspanya'nın Katalonya bölgesine elektrik sağlama hizmetini üstlenmiş bulunan Kanada menşeli²⁷⁷ Barcelona Traction şirketinin, İspanya hükümeti tarafından yürürlüğe konulan tedbirler neticesinde zarara uğraması ve neticede iflas etmesi üzerine ortaya çıkmıştır. Söz konusu davada Belçika devleti, Birinci Dünya Savaşı sonrasında Barcelona Traction şirketinin hisselerinin bir bölümünün kendi vatandaşları tarafından edinildiği iddiasıyla Divana başvurmuş ve İspanya'nın sadece Barcelona Traction şirketine değil, bu şirkette hissedar olan Belçika vatandaşlarına karşı da uluslararası

²⁷⁶ Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), I.C.J., 5 February, 1970.

²⁷⁷ Barcelona Traction, 1911 yılında Kanada'da kurulmuş ve fiili idare merkezi de Toronto'da bulunan bir şirkettir. Bkz. I.C.J., Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, Case Concerning The Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited (Second Phase), 1970, s. 76. (<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5389.pdf>) (ET. 15.06.2011).

hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlâl ettiğini ileri sürmüştür²⁷⁸. Uluslararası Adalet Divanı konuya ilişkin değerlendirmesinde, İspanya devletinin eylemlerinden zarar gören tüzel kişinin Kanada menşeli bir şirket olduğunu, Belçika vatandaşı hissedarların maruz kaldığı zararın ise ancak tesadüfî mahiyette kabul edilmesi gerektiğini beyan ederek Belçika'nın iddialarını reddetmiştir. Divan kararında ayrıca, Belçika vatandaşlarının bir Kanada şirketinde sahip oldukları hisseler bakımından Belçika devletinin diplomatik korumasından faydalanma imkânlarının da bulunmadığına hükmetmiştir²⁷⁹.

Uluslararası Adalet Divanının *Barcelona Traction* davasındaki kararıyla başlayan azınlık hissedarlığının bir yatırıma sebebiyet verip vermediği yönündeki ihtilaf, günümüzde hem doktrinde hem de konuya ilişkin yargı kararlarında tartışılmaya devam etmektedir. Doktrinde bir yaklaşım²⁸⁰, Adalet Divanının *Barcelona Traction* davasındaki tespitlerine bağlı kalarak azınlık hissedarlığının yatırıma sebebiyet vermeyeceğini ileri sürmektedir. Bu yaklaşımın temelinde, genel anlamda yatırımcının belirtilen türde bir yatırım yapmanın riskini doğrudan üzerine aldığı düşüncesi bulunmaktadır. Bir diğer ifadeyle azınlık hissedarlığı biçiminde gerçekleştirilen yatırımlar, bilinçli bir yatırımcının göz önünde bulundurması gereken olağan ticari riskler kapsamında değerlendirilmelidir. Bu kabulde doğru orantılı olarak yatırımcının muhtemel bir ekonomik kaybı karşısında uluslararası hukuktan kaynaklanan bir talep hakkı bulunmamalıdır. Diğer taraftan doktrindeki ağırlıklı görüş²⁸¹ ise aksi yönde şekillenmiştir. Keza hakem heyetlerinin konuya ilişkin kararlarında da, yatırımcıların ev sahibi devlette kurulan bir tüzel kişiden edindikleri azınlık hisselerinin, yatırım antlaşmalarının sağladığı hukuki korumadan faydalandırılması gerektiği beyan edilmektedir.

²⁷⁸ I.C.J, 1970, s. 76.

²⁷⁹ I.C.J, 1970, s. 76, 77; Salacuse, 2010, s. 181, 182.

²⁸⁰ Sornarajah, 2011, s. 8, 9.

²⁸¹ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 58; McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 187; Salacuse, 2010, s. 181.

B. Yatırım Antlaşmalarında Öngörülen Yaklaşım

ICSID Konvansiyonunun, azınlık hissedarlığının yabancı yatırım kavramı kapsamında değerlendirilmesine ilişkin esnek bir yaklaşım sergilediği ifade edilebilir. Konvansiyon, yabancı yatırıma ilişkin net bir tanım yapmamakla azınlık hissedarlığının da yabancı yatırım kapsamında değerlendirilebilmesinin yolunu açmıştır²⁸². Bir diğer ifadeyle Konvansiyon, azınlık hissedarlığının yatırım olarak kabul edilmesine engel olacak bir hüküm içermemekte, ne var ki aksi bir yorumun yapılmasını haklı kılacak bir tespit de bulunmamaktadır.

Konvansiyonda açık bir yatırım tanımına yer verilmemesinden kaynaklanan belirsizlik, özellikle ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmaları marifetiyle giderilmeye çalışılmıştır. Bazı yatırım antlaşmalarında şirket hissedarlığının yabancı yatırım kapsamında ele alındığı açıkça ifade edilirken, bazılarında bu husus yine açıkça yatırım koruması dışında bırakılmıştır. Bu noktada gelişmekte olan ülkelerin, genellikle azınlık hissedarlığına konu yatırımları yatırım antlaşmasının sağladığı hukuki korumanın dışında tutma eğiliminde oldukları ifade edilebilir. Söz konusu eğilimin temelinde bu tür yatırımların ani bir şekilde geri çekilmesinin, gelişmekte olan ülkelerde ekonomik bir krize neden olabileceği veya mevcut bir krizi hızlandırabileceği yönündeki kaygılar yer almaktadır²⁸³. Dolayısıyla gelişmekte olan ülkeler özellikle portföy yatırımlara, uluslararası hukuktan kaynaklanan bir koruma bahşetmek yerine, bu yatırımlar üzerinde iç hukuktan kaynaklanan egemenlik güçlerini hâkim kılmayı tercih etmektedir. Diğer taraftan gelişmiş ülkeler mümkün olduğu kadar fazla unsurun yatırım korumasından faydalanmasını sağlamaya yönelik kaygılarını, genellikle taraf oldukları yatırım antlaşmalarında azınlık hissedarlığına konu yatırımlara da koruma sağlanması yoluyla gidermeye çalışmışlardır²⁸⁴. Yukarıda incelenen

²⁸² CMS Gas Transmission Company v. Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, Para. 51.

²⁸³ Tiryakioğlu, 2007, s. 171; Sornarajah, 2011, s. 267.

²⁸⁴ Sornarajah, 2011, s. 10 ve 267. Bununla birlikte, bazı gelişmekte olan devletler ise, yabancı yatırımların ülkelerinin ekonomik gelişimine olan muhtemel katkısını dikkate alarak, ülkelerindeki

NAFTA, ABD ve Büyük Britanya İkili Yatırım Antlaşması Modelleri bu durumun en belirgin örnekleridir.

Türkiye'nin taraf olduğu hemen tüm ikili yatırım antlaşmalarında "hisse senetleri, sermaye hisseleri ya da şirketlere iştirakin diğer şekilleri"ne yatırım kavramı kapsamında yer verilmektedir. Bunun yanında az sayıdaki yatırım antlaşmasında ise daha net bir tanım ortaya koymak maksadıyla "portföy yatırımları"ndan da ismen bahsedilmesi ve bu yatırımların da antlaşmanın sağladığı korumadan faydalanacağına vurgulanması tercih edilmiştir. Sözgelimi, Türkiye ve Bahreyn arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında yatırım kavramı; "Ülkesinde yatırım yapılan tarafın kanunlarına ve nizamlarına uygun olarak yapılan doğrudan yatırımlar ile elde tutulma süresi en az bir yıl olan uzun dönemli portföy yatırımları" kapsayacak biçimde tanımlanmıştır (m. 1/2).

C. İçtihat Hukuku Alanında Benimsenen Yaklaşım

İçtihat hukuku alanında da yatırım antlaşmalarında yer verilen hükümler ışığında, ev sahibi devlette kurulan bir şirketten edinilen azınlık hissedarlığının bir yatırıma vücut verebileceği, bu anlamda azınlık hissedarı olan yatırımcıların antlaşmaların sağladığı hukuki korumadan faydalanabileceği ifade edilmektedir²⁸⁵. Bu noktada Arjantin ve ABD arasındaki İkili Yatırım Antlaşması²⁸⁶ çerçevesinde tahkim sürecine taşınmış çok sayıda dava olduğu bilinmektedir²⁸⁷. Söz konusu davalarda verilen

yatırım ortamının yabancı yatırımcılar için cazip kılınmasını temin etmek amacıyla, taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında yabancı portföy yatırımlarına yatırım kavramı kapsamında yer vermişlerdir. Bu çerçevede, Fedax davasına konu Venezüella ve Hollanda İkili Yatırım Antlaşmasında, portföy yatırımları da, Antlaşmanın sağladığı hukuki korumaya dâhil edilmiştir. Bu suretle, söz konusu devletler, portföy yatırımları bakımından da antlaşmanın sağladığı hukuki korumanın teşmil edilmesine imkân tanımışlardır.

²⁸⁵ Schreuer, 2007, s. 10, 11. Bununla birlikte, söz konusu yazara göre, hem ev sahibi devletteki şirketin hem de azınlık hissedarlarının, eş zamanlı olarak ev sahibi devlet aleyhine dava açmaları ihtimali, azınlık hissedarlığına uluslararası hukuk koruması bahşeden fikrin zayıf yönünü teşkil etmektedir.

²⁸⁶ Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_us.pdf (ET. 15.06.2011).

²⁸⁷ Laird Ian, A Community of Destiny-The Barcelona Traction Case and Development of Shareholder Rights to Bring Investment Claims, International Investment Law And Arbitration:

kararların izahına geçmeden önce, bahsi geçen Antlaşma hükümlerinde yer verilen yatırım tanımının tahlil edilmesinde fayda görülmektedir. Antlaşmanın 1(a) maddesinde yatırım kavramı; taraf devletlerden birinin ülkesinde, diğer taraf devlet vatandaşları veya şirketlerinin doğrudan ya da dolaylı olarak sahip olduğu yahut kontrolünde bulundurduğu her türlü varlık değerini içerecek biçimde tanımlanmıştır. Antlaşmanın aynı maddesinde yatırımlara yönelik olarak sunulan örnekleyici mahiyetteki listede de “şirket hissedarlığı” kavramına yer verilmiştir.

Arjantin ve ABD arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümleri çerçevesinde tahkim sürecine taşınan davalardan en önemlisini, azınlık hissedarlığının yatırıma sebebiyet verip vermeyeceği hususuna ilişkin detaylı tespitlerin yapıldığı *CMS v. Argentina*²⁸⁸ davası oluşturmaktadır. Dava konusu olayda, bir Arjantin şirketi olan ve enerji ürünlerinin taşınması faaliyetiyle iştigal eden Transportadora de Gas del Norte (TGS) şirketinin yüzde 29.42 oranındaki hissesini elinde bulunduran Amerikan şirketi CMS, davalı Arjantin devletinin uyguladığı mali tedbirler²⁸⁹ sebebiyle zarara uğradığı iddiasıyla ICSID tahkimine müracaat etmiştir. Davalı Arjantin devleti savunmasında, CMS şirketinin sadece bir azınlık hissedarı olduğunu, gerçek imtiyaz sahibi şirketin ise TGS olduğunu, ne var ki TGS'nin Arjantin şirketi olması hasebiyle taraflar arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümleri çerçevesinde yabancı yatırımcı olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Bunun yanında davalı devlet, olayda doğrudan zarara uğrayan tüzel kişinin TGS olduğunu, CMS şirketinin zararının ise dolaylı bir mahiyet arz ettiğini ifade etmiş ve *Barcelona Traction* davasında verilen karara atıfta bulunmak suretiyle dolaylı zararlara uluslararası hukukta koruma bahşedilmediğini beyan etmiştir²⁹⁰.

Leading Cases From The ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties And Customary International Law (Ed. Todd Weiler), Cameron May Ltd, pp. 77-96, London 2005, s. 89.

²⁸⁸ CMS Gas Transmission Company v. Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005.

²⁸⁹ Söz konusu mali tedbirler hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Hunter/Barbuk, 2008, s. 394.

²⁹⁰ CMS v. Argentina, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, Para. 36 ve 43.

Hakem heyeti davaya ilişkin değerlendirmesinde, ICSID Konvansiyonunda yatırım tanımına yer verilmemiş olması sebebiyle azınlık hissedarlığının yatırım olarak değerlendirilmesine imkân tanındığını, öte yandan taraflar arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında ise açıkça şirket hissedarlığına yatırım tanımı kapsamında yer verildiğini ifade etmiştir. Bu çerçevede şirket hissedarlarının, azınlık hissedarı olmaları veya TGS şirketini kontrollerinde bulundurmamaları hâlinde dahi ev sahibi devlette bir yatırım yaptıklarının kabul edilmesi gerektiğini belirten heyet, davalı devletin konuya ilişkin savunmalarını ikna edici bulmamıştır²⁹¹. Hakem heyeti bunun yanında, *Barcelona Traction* davasının diplomatik koruma konusunu ele alan bir dava olduğunu, söz konusu davada azınlık hissedarlarının bireysel başvuru hakkının inceleme konusu yapılmadığını, bu yön itibariyle anılan davanın somut ihtilaftan farklılaştığını ifade etmiştir²⁹²²⁹³.

²⁹¹ CMS v. Argentina, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, Para. 48.

²⁹² CMS v. Argentina, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, Para. 44.

²⁹³ ABD ve Arjantin arasındaki İkili Yatırım Antlaşması çerçevesinde ortaya çıkan bir diğer uyumsuzluğu, Sempra Energy International v. Argentina davası oluşturmaktadır. Söz konusu davada bir ABD şirketi olan Sempra Energy, Arjantin'de kurulu bulunan ve bu ülkenin muhtelif bölgelerinde doğalgaz arz ve dağıtımını konusunda imtiyaz sahibi olan Sodigas şirketinin yüzde 43.09 oranındaki hissesine sahiptir (Sempra Energy International v. Argentina, Decision on Objections to Jurisdiction, Para. 32). Sempra Energy, Arjantin devletinin imtiyaz sahibi şirket aleyhine bazı vergilerin artırılması konusunda kabul ettiği yasal düzenlemenin, ikili yatırım antlaşması hükümlerinin ihlali niteliğinde olduğu iddiasıyla ICSID tahkimine müracaat etmiştir. Hakem heyeti, CMS davasındaki tespitlere benzer bir biçimde, Antlaşmada öngörülen yatırım tanımının son derece kapsamlı olduğunu hatırlatarak, şirket hissedarlığının ev sahibi devlette kurulu şirketin kontrolüne imkân tanıyıp tanımadığına bakılmaksızın, bir yatırımın varlığına vücut verdiğini tespit etmiştir (Decision on Objections to Jurisdiction, Para. 93). Sonuç olarak hakem heyeti, somut ihtilafta Sempra Energy şirketinin Sodigas şirketindeki hisselerinin azınlık düzeyinde kalmasının, Antlaşma hükümlerine göre yatırımın varlığı önünde bir engel teşkil etmediğine hükmetmiştir. Arjantin devleti aleyhine verilen bu kararlar neticesinde, doktrinde, bu devlette uluslararası tahkim sürecine ilişkin bazı yapısal değişikliklerin tartışıldığı ifade edilmektedir. Bu değişiklikler arasında, uluslararası tahkimin öngörüldüğü tüm ikili yatırım antlaşmalarının feshedilmesi, uyumsuzluk durumlarında sadece Arjantin mahkemelerinin yetkili kılınması ve uluslararası tahkim kararlarına ancak Arjantin yerel mahkemelerinin denetiminden sonra uygulama kabiliyeti kazandırılması gibi son derece radikal önerilerin bulunduğu ifade edilmektedir (Bkz. Schreuer, 2007, s. 17). Hakem heyetlerinin yukarıda yer verilen tespitlerinin, ICSID yargılamasına konu edilen AAPL v. Sri Lanka davasında verilen kararda da büyük ölçüde benimsendiği görülmektedir. Dava konusu olayda bir Hong Kong şirketi olan Asian Agricultural Products Ltd (AAPL), Sri Lanka ortak girişim şirketi olan Serendib hisselerinin yüzde 48,2 oranında sahibidir. Sri Lanka güvenlik güçlerinin askeri müdahalesi sonucunda Serendib şirketine el konulması üzerine, AAPL şirketi zarara uğradığı gerekçesiyle Büyük Britanya ve Sri Lanka arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümleri çerçevesinde ICSID tahkimine müracaat etmiştir. Hakem heyeti davaya ilişkin kararında, Antlaşma hükümleri kapsamında şirket hisselerinin yatırım olarak kabul edildiğinden bahisle davacı şirketin azınlık hisselerinin dahi bir yatırımın varlığını tespit etmeye yeter seviyede olduğunu beyan etmiştir. Heyet bununla birlikte, somut ihtilafta yabancı yatırımcıya uluslararası hukuk koruması bahşedilebilmesi için tek bir şartın

Azınlık hissedarlığı konusu sadece ikili yatırım antlaşmalarında değil, çok taraflı yatırım antlaşmaları kapsamındaki uyuşmazlıklarda da gündeme gelmiştir. NAFTA hükümleri uyarınca çözüme bağlanan *GAMI v. Mexico*²⁹⁴ davasında bir ABD şirketi olan GAMI, Meksika'da kurulu bulunan Grupo Azucarero Mexico S.A. de C.V. (GAM) şirketinin yüzde 14 oranında hissesine sahiptir. Meksika hükümetinin GAM şirketine ait şeker fabrikalarını kamulaştırması sonrasında GAMI şirketi, uyuşmazlığı tahkim sürecine taşımıştır. Hakem heyeti söz konusu davada, yukarıda zikredilen kararlarla uyumlu olarak, GAMI şirketinin maruz kaldığı zararların tazmini için bağımsız müracaat hakkına sahip olduğunu tespit etmiş, bu şirketin azınlık hissedarı olmasının bahse konu hakkın kullanılmasını etkileyen bir yönünün bulunmadığına hükmetmiştir²⁹⁵.

D. Değerlendirme

İçtihat hukuku alanında yapılan tespitlerden, yatırım antlaşması hükümlerinde öngörüldüğü müddetçe, azınlık hissedarlığının da yatırım kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu neticesine ulaşılabilmektedir. Bununla birlikte azınlık hissedarlığı konusunda iki hususun açıklığa kavuşturulmasında fayda görülmektedir. Bunlardan ilkinin, yatırım antlaşmalarında geçen "kontrol gücü" vurgusunun kapsamı oluşturmaktadır. Yukarıda ifade edildiği gibi, bazı ikili veya çok taraflı yatırım antlaşmalarının yatırım tanımına ilişkin maddelerinde, doğrudan ya da dolaylı biçimde sahip olunan veya kontrol edilen her türlü varlık değeri, yatırım kavramı kapsamında ele alınmıştır. Kanaatimizce, hakem heyetlerinin yukarıda yer

gerçekleşmesine ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir. Heyet bu şartı, yatırımcının yatırım üzerinde sahip olduğu hisselerin değeri olarak tayin etmiştir. Hakem heyeti, bu noktada münhasıran hisse oranlarının dikkate alınmasının doğru bir yaklaşım olmadığını ifade etmiştir. Bkz. *Asian Agricultural v. Sri Lanka*, Award, Para. 95 ve 98.

²⁹⁴ *GAMI Investments, Inc v. The Government of the United Mexican States*, UNCITRAL, Final Award, 15 November 2004.

²⁹⁵ *GAMI v. United Mexican States*, Final Award, Para. 37; Yannaca-Small Catherine, *International Investment Law: Understanding Concepts And Tracking Innovations Companion Volume to International Investment Perspectives*, OECD Publishing, 2008, s. 44.

verilen tespitlerinin tahlilinden, Antlaşma metinlerinde geçen “kontrol” kavramının dar çerçevede yorumlandığı neticesine ulaşabilmek mümkündür. Bir diğer ifadeyle söz konusu maddede geçen kontrol kavramı, yatırımın bir bütün hâlinde kontrol altında bulundurulmasını değil, yatırımı oluşturan varlık değerlerinin ayrı ayrı kontrol edilmesi şartını vurgulamaktadır²⁹⁶. Bu çerçevede yatırımı oluşturan varlık değerlerinden birini “şirket hissedarlığı”nın oluşturduğu nazara alınarak, münhasıran ilgili şirket hissedarlığına sahip olan veya şirket hisselerini kontrolünde bulunduran kişilerin de yatırımcı olarak değerlendirilmeleri gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Konuya ilişkin olarak açıklığa kavuşturulması gerekli bir diğer husus ise azınlık hissedarlığının toplam yatırım büyüklüğü içinde işgal ettiği yerdir. Yukarıda incelenen kararlarda, genellikle belirli bir ekonomik değer üzerinde kalan azınlık hisseleri inceleme konusu yapılmıştır. Bu noktada akla, çok düşük değerdeki azınlık hisselerinin yatırım korumasının kapsamından faydalanıp faydalanamayacağı sorusu gelmektedir. Bir diğer ifadeyle içtihat hukukunun kabulleri doğrultusunda, acaba azınlık hissesi olmasına rağmen oldukça düşük bir ekonomik değer ihtiva eden hisseler dahi yatırım olarak değerlendirilebilecek midir? Kanaatimizce, sorunun çözümünde oransal bir eşik değer esas alınması mümkün değildir. Zira yatırım üzerinde görece olarak düşük sayılabilecek bir hisse sahipliği oranı, yatırımın büyüklüğü nazara alındığında önemli seviyede bir ekonomik değer ifade edebileceği gibi, aksi ihtimalin gerçekleşmesi de muhtemeldir. Bu itibarla her bir somut olay özelinde, oransal değerlendirme kriterlerinden bağımsız biçimde, sahip olunan şirket hisselerinin ihtiva ettiği ekonomik değer inceleme konusu yapılmalı ve yatırımın varlığına ilişkin nihai karar bu incelemenin sonucuna göre tespit edilmelidir. Bu çerçevede, kayda değer nispette düşük seviyede gerçekleşen hisse alım işlemlerinden kaynaklanan zararlar, olağan ticari riskler kapsamında değerlendirilmeli ve bu işlemlere yatırım hüviyeti kazandırılmamalıdır.

²⁹⁶ Enerji Şartı Antlaşmasına ilişkin olarak aksi yöndeki değerlendirme hakkında bkz. aşa. s. 105.

II. DOLAYLI HİSSEDARLIK

Yatırım antlaşmalarının ihlal edilmesi, sadece ev sahibi devlette gerçekleştirilen yatırım faaliyetinin ilk sahibi konumundaki yatırımcıyı (ilk yatırımcı) değil, bu yatırıma dolaylı biçimde hissedar olan kişileri de etkilemektedir. Dolaylı hissedarlık, gerçek veya tüzel kişi yatırımcının, ev sahibi devlette kurulu bir başka şirket aracılığıyla veya ev sahibi devlette faaliyet gösteren şubesi vasıtasıyla ilk yatırımcının hisselerini iktisap etmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir.

Dolaylı hissedarlık konusunda temel sorun, yatırım antlaşması hükümlerinin ev sahibi devlet tarafından ihlal edilmesi durumunda, bu yatırımda doğrudan hak sahibi olan yatırımcıların yanı sıra dolaylı hissedarların da antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalanıp faydalanamayacağıdır²⁹⁷. Yatırım antlaşmalarında yer verilmemesi sebebiyle dolaylı hissedarlık kavramının içeriğinin ne olduğu veya dolaylı hissedarlığın hangi ölçüde uluslararası hukuk korumasından faydalanacağı hususlarının ele alınmasında fayda vardır.

A. İctihat Hukuku Alanında Benimsenen Yaklaşım

Dolaylı hissedarlığın bir yatırıma vücut verip vermediği konusu, *Siemens v. Argentina*²⁹⁸ davasında görevli hakem heyetinin incelemesine konu olmuştur. Dava konusu olayda Almanya menşeli Siemens şirketi, sahibi olduğu SNI A.G. şirketi aracılığıyla Arjantin'de bu ülkenin hukukuna uygun olarak SITS S.A. şirketini kurmuştur. Arjantin devletinin SITS S.A. şirketi ile akdettiği yatırım sözleşmesini feshetmesi üzerine Siemens, ICSID tahkimine müracaat etmiştir. Davalı Arjantin savunmasında; SITS S.A. şirketindeki hisselerin doğrudan SNI A.G. şirketine ait olduğunu, Siemens şirketinin SNI

²⁹⁷ Yannaca-Small, 2008, s. 44; Salacuse, 2010, s. 184, 185.

²⁹⁸ Siemens A.G. v. Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, August 3, 2004.

A.G. şirketindeki hak sahipliğinin ise ancak dolaylı bir hissedarlığa vücut verdiğini ifade ederek, somut olayda Siemens şirketi tarafından gerçekleştirilen bir yatırımdan bahsedilemeyeceğini ileri sürmüştür. Hakem heyeti konuya ilişkin değerlendirmesinde; Almanya ve Arjantin arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında yatırım kavramının son derece geniş bir kapsamda tanımlandığını, bu tanımda verilen örnekleyici mahiyetteki listede “hisse edinimi yoluyla veya başka suretlerle bir şirkete katılım sağlama” olgusunun yatırım olarak kabul edildiğini ifade ederek²⁹⁹, Siemens şirketinin Antlaşma tarafından korunduğunu belirtmiştir. Hakem heyeti kararında, Antlaşma hükümlerinin yatırım faaliyeti ile şirketin nihai sahibi arasında başka yatırımcıların bulunmasına engel teşkil etmediğini de beyan etmiştir. İzah edilen çerçevede hakem heyeti, dolaylı hissedarların Antlaşma hükümlerinin korumasından faydalanabilir olduğuna hükmetmiştir³⁰⁰.

Dolaylı hissedarlık *Enron v. Argentina*³⁰¹ davasında verilen kararda da hakem heyeti tarafından incelenmiştir. Uyuşmazlık konusu olay, ABD menşeli Enron şirketinin Arjantin’de kurulu bulunan TGS şirketinde sahip olduğu hisselerle ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. Enron şirketinin TGS şirketinde sahip olduğu hisseler oldukça karmaşık bir yapı arz etmektedir. Şöyle ki; Enron, bir Arjantin şirketi olan ve TGS’nin yüzde 55,30 oranında hissesini elinde bulunduran CIESA şirketinin yüzde 50 oranında hissedarıdır. Enron, bir başka Arjantin şirketi olan ve TGS’nin yüzde 10 oranında hissesini elinde bulunduran EDIDESCA şirketinin ise yüzde 75,93 oranında hissedarıdır. Bununla birlikte Enron, tümüyle kendisine ait EPCA şirketi aracılığıyla da TGS’nin yüzde 0,02 oranında hissesini edinmiştir. Tüm bu işlemler neticesinde Enron şirketinin TGS şirketindeki toplam hissesi yüzde 35,263 oranında gerçekleşmiştir³⁰². Arjantin devletinin TGS şirketine uygulanan vergileri fahiş oranda artırması üzerine Enron, bu şirkette sahip olduğu söz

²⁹⁹ Siemens A.G. v. Argentina Republic, Decision On Jurisdiction, Para. 137.

³⁰⁰ Siemens A.G. v. Argentina Republic, Decision On Jurisdiction, Para. 137; Salacuse, 2010, s. 185; Yannaca-Small, 2008, s. 45, 46.

³⁰¹ Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, August 02, 2004.

³⁰² Enron v. Argentina Republic, Decision on Jurisdiction, Para. 21.

konusu hisseleri gerekçe göstererek zarara uğradığı iddiasıyla ICSID tahkimine müracaat etmiştir. Arjantin devleti savunmasında, Enron şirketinin sahip olduğu bahse konu karmaşık hissedarlık yapısının, ABD ve Arjantin arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümleri uyarınca bir yatırıma sebebiyet vermediğini, aksi bir yorumun yapılabilmesi için dolaylı zararların da koruma altında olduğunun Antlaşmada açıkça yer almasının gerekli olduğunu ileri sürmüştür³⁰³. Hakem heyeti ise kararında, taraflar arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümlerinde yatırım kavramının oldukça geniş bir kapsamda tanımlandığından bahisle dolaylı hissedarların bu kapsamın dışında tutulmasının haklı bir gerekçesinin bulunmadığına hükmetmiştir³⁰⁴.

Enron davası kararının dikkat çekici yanı, dolaylı hissedarların zararlarının tazminine ilişkin bir kesilme noktasının (cut-off point) tayin edilmesidir. Arjantin devleti savunmasında, dolaylı hissedarlara bağımsız müracaat hakkının verilmesi durumunda, ilk yatırımcının maruz kaldığı zarar sonucunda yatırım zincirinin en son halkasını oluşturan bir kişinin dahi tahkime başvurma hakkının doğacağını, böyle bir ihtimalde hakem heyetlerinin arkası kesilmeyen taleplerle muhatap olmak zorunda kalacağını beyan etmiştir. Heyet davalı devletin bu savunmasının haklı görüldüğünü ifade ederek, hangi dolaylı hissedarların tahkime müracaat etme hakkına sahip olduğu konusunda önemli tespitlerde bulunmuştur³⁰⁵. Hakem heyeti konuya ilişkin değerlendirmesinde öncelikle temel bir kıstas tespit ederek, yatırımla uzak bir bağlantı (remote connection) içinde bulunan kişilerin Antlaşmanın sağladığı korumadan faydalandırılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Heyet, yatırımcının yatırımla olan bağlantısının uzak veya yakın olmasının ise ancak ev sahibi devletin tahkime verdiği onayın kapsamı ışığında aydınlığa kavuşturulabileceğini beyan etmiştir. Bu çerçevede eğer ki ev sahibi devlet, onay sürecinde belirli bir yatırım projesini veya yatırımcıyı

³⁰³ *Enron v. Argentina Republic*, Decision on Jurisdiction, Para. 45. Arjantin, bu kapsamda, NAFTA ve Arjantin-Büyük Britanya İkili Yatırım Antlaşmasında, açıkça, dolaylı zararların da Antlaşmaların sağladığı hukuki korumadan faydalanacağını beyan edildiğini, buna karşılık Arjantin-ABD İkili Yatırım Antlaşmasında böyle bir hükme yer verilmediğini ileri sürmüştür.

³⁰⁴ *Enron v. Argentina Republic*, Decision on Jurisdiction, Para. 49. Salacuse, 2010, s. 186; Yannaca-Small, 2008, s. 46.

³⁰⁵ *Enron v. Argentina Republic*, Decision on Jurisdiction, Para. 50.

hedef almış ve bu kaydı sarahaten beyan etmiş ise, bu durumda kuşkusuz dolaylı yatırımcılara tahkime müracaat etme hakkı verilmeyecektir³⁰⁶. Hakem heyeti uyuşmazlık konusu olayda ise; davalı devletin Enron şirketini ülkesinde yatırım yapması için özel olarak davet ettiğini, yatırımın davalı devlet tarafından önceden onay verilen bir proje kapsamında gerçekleştirildiğini ve Enron şirketinin TGS şirketinde karar alma gücüne sahip olduğunu tespit etmiştir. Heyet tüm bu gerekçeleri nazara alarak Enron şirketinin yatırımla ilişkisinin uzak bağlantı olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir³⁰⁷.

B. Değerlendirme

Ev sahibi devletlerin iç hukuk nizamlarında öngörülen kısıtlayıcı mahiyetteki düzenlemeleri sebebiyle “dolaylı hissedarlık” olgusu, günümüzde uluslararası düzeyde gerçekleştirilen yatırımlar bakımından sıklıkla müracaat edilen bir yöntem hâline gelmiştir. Kanaatimizce, dolaylı hissedarlığın yatırım korumasının dışında bırakılması, bu yöntemle müracaat etmek suretiyle gerçekleştirilen yatırımlardaki gerçek hak sahiplerinin göz ardı edilmesi neticesini doğuracaktır. Yatırım ilişkisinde münhasıran ev sahibi devletlerin menfaatini ön plana taşıyan böyle bir yaklaşımın kabul edilmesi hâlinde, yatırım ortamının iyileştirildiğinden bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Zira ev sahibi devlet hukukunda öngörülen kısıtlamaları aşamayan yatırımcılar, faaliyetlerini başka ülkelere kaydırma eğilimi gösterecektir. Nihayetinde bu kabulün olumsuz sonuçları, ağırlıklı olarak yine ev sahibi devletler üzerinde kendini hissettirecektir.

İzah edilen çerçevede, devletlerin yatırım antlaşmalarının akdedilmesi aşamasında, belirtilen hususlarda karar sahibi olmaları ve bu kararlarını antlaşma metinlerine yansıtılmaları büyük önem arz etmektedir. Aksi bir

³⁰⁶ Enron v. Argentina Republic, Decision on Jurisdiction, Para. 52.

³⁰⁷ Enron v. Argentina Republic, Decision on Jurisdiction, Para. 55, 56 ve 57; Salacuse, 2010, s. 186; Yannaca-Small, 2008, s. 46.

İhtimalde, tahkim sürecinde bu sorunla yüzleşen ev sahibi devletlerin, yargılamanın lehlerine sonuçlanmasını temin etmek ve ülkelerindeki yatırım ortamının iyileştirilmesini sağlamak arasında derin bir çelişki yaşamaları muhtemeldir. Yukarıda incelenen kararlar bu durumun açık bir göstergesi olarak yorumlanmalıdır. Diğer taraftan dolaylı hissedarlık olgusunun hangi ölçüde yatırım korumasından faydalandırılacağı konusunda ise *Enron* davasındaki hakem heyetinde benimsenen “uzak bağlantı” unsuru, kanımızca da makul bir değerlendirme ölçütü olarak kabul edilmelidir. Zira ancak böyle bir ölçüt sayesinde, eş zamanlı olarak hem ev sahibi devletin egemenlik gücü tanınmış, hem de gerçek hak sahibi yatırımcının menfaati temin edilmiş olabilecektir.

III. YATIRIM ÖNCESİ HARCAMALAR

Yatırımcının resmi yatırım süreci başlamadan önceki dönemde gerçekleştirdiği harcamalar (yatırım öncesi harcamalar), yatırımın kapsamına dâhil midir? Yatırım öncesi harcamalar müstakbel yatırımcılar tarafından genellikle, finansman temini ve müzakerelerin yürütülmesi aşamalarında yapılan masraflar ile çevresel değerlendirme ve hukuki danışmanlık faaliyetlerine ilişkin olarak yüklenilen külfetlerden kaynaklanmaktadır³⁰⁸. Günümüzde ticari faaliyetlerin vazgeçilmez unsuru olarak kabul edilen ve yatırım yapıp yapmama noktasında karar verme sürecini doğrudan etkileyen bahse konu faaliyetler için yatırımcıların önemli meblağlarda harcamalar yaptıkları bilinmektedir³⁰⁹. Bu noktada temel sorun; yatırımcılar tarafından söz konusu harcamaların gerçekleştirilmesinden sonraki aşamada, ev sahibi devletlerin yatırıma onay vermemeleri ihtimalinde ortaya çıkmaktadır.

³⁰⁸ Chalamish Efraim, *An Oasis in the Desert: The Emergence of Israeli Investment Treaties in the Global Economy*, Loyola International and Comparative Law Review, Vol. 32, pp. 123-208, 2010, s. 165.

³⁰⁹ Hamida Walid Ben, *The Mihaly v. Sri Lanka Case: Some Thoughts Relating to the Status of Pre-Investment Expenditures*, International Investment Law And Arbitration: Leading Cases From The ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties And Customary International Law (Ed. Todd Weiler), Cameron May Ltd, pp. 47-76, London 2005, s. 50, 51.

A. İctihat Hukuku Alanında Benimsenen Yaklaşım

Yatırım öncesi harcamaların yatırım kapsamında kabul edilip edilmeyeceği konusuna ilişkin, *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka*³¹⁰ davasında verilen kararda önemli tespitlerde bulunulmuştur. Dava konusu olayda, ABD hukukuna uygun olarak bu ülkede kurulan Mihaly şirketi³¹¹, Sri Lanka'da 300 MW kuvvetinde bir termal güç istasyonunun yap-işlet-devret modeli çerçevesinde inşası için Sri Lanka hükümetiyle görüşmelere başlamış ve neticede taraflar arasında bir "niyet mektubu" imzalanmıştır³¹². Söz konusu niyet mektubunda, mektubun yatırımın gerçekleştirilmesi noktasında tarafları bağlayıcı bir mahiyetinin bulunmadığı ve yatırımın gerçekleştirilmesine dair nihai kararın Sri Lanka hükümeti tarafından verileceği hüküm altına alınmıştır³¹³. Sonraki aşamada davalı devlet tarafından yatırımın gerçekleştirilmemesine karar verilmesi üzerine Mihaly, yatırım öncesi harcamalardan kaynaklanan zararlarının tazmini için ABD ve Sri Lanka arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümleri çerçevesinde ICSID tahkimine müracaat etmiştir.

Hakem heyeti konuya ilişkin değerlendirmesinde öncelikle, taraflar arasındaki görüşmelerde Sri Lanka'nın bahse konu görüşmelerin bağlayıcı bir yönünün bulunmadığı hususunu büyük bir özenle vurguladığını tespit etmiştir. Heyet ayrıca, Mihaly ve Sri Lanka arasında bir yatırım sözleşmesi akdedilmemiş olduğunu da belirlemiştir. Hakem heyeti bu gerekçelere istinaden; yatırım öncesi harcamaların ICSID Konvansiyonunun 25. maddesi ve taraflar arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümleri çerçevesinde bir yatırıma sebebiyet vermeyeceğini beyan etmek suretiyle somut uyuşmazlıkta yargılama yetkisinin bulunmadığına hükmetmiştir³¹⁴. Bununla birlikte heyet, verdiği kararın kapsamının sadece inceleme konusu yapılan olayla sınırlı

³¹⁰ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15 March 2002.

³¹¹ *Mihaly v. Sri Lanka*, Award, Para. 1.

³¹² *Mihaly v. Sri Lanka*, Award, Para. 38, 39.

³¹³ *Mihaly v. Sri Lanka*, Award, Para. 41; Salacuse, 2010, s. 177.

³¹⁴ *Mihaly v. Sri Lanka*, Award, Para. 48; Salacuse, 2010, s. 177, 178; Yannaca-Small, 2008, s. 73, 74.

olduğunu beyan ederek, benzer nitelikli davalar bakımından farklı neticelere ulaşılabildiğinin yolunu açmıştır³¹⁵.

Yatırım öncesi harcamaların, yatırım olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunu *Zhinvali Development Ltd. v. Georgia*³¹⁶ davasında görevli hakem heyeti tarafından da tartışılmıştır. Söz konusu davada davacı Zhinvali şirketi, ev sahibi Gürcistan devletiyle bu ülkede bir hidro-elektrik güç merkezinin kurulmasına ilişkin müzakereler sırasında 26 milyon ABD doları tutarında bir harcama yaptığını ileri sürerek, ICSID tahkimine müracaat etmiştir. Hakem heyeti bu davada da, Mihaly davasında verilen karara paralel biçimde, yatırım öncesi harcamaların, aksi ev sahibi devlet tarafından açıkça kabul edilmediği sürece, ICSID Konvansiyonu hükümleri çerçevesinde yatırım olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını beyan etmiştir³¹⁷. Heyetin kanaatinin teşekkülünde, sadece davalı devletin değil, davacı şirketin de ortada bir yatırımın mevcut bulunmadığı yönündeki kabulünün etkili olduğunu ifade etmek mümkündür³¹⁸.

Yatırım öncesi harcamalar konusu, davalı tarafı Türkiye'nin oluşturduğu ICSID tahkimine konu *PSEG Global*³¹⁹ davasında da gündeme gelmiştir. 1994 yılında PSEG Global Inc. (PSEG), yap-işlet-devret modeli çerçevesinde düzenlenen Konya-İlgın Termik Santrali Projesini geliştirmek amacıyla başvuruda bulunmuş, bu başvuru Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından kabul edilmiş ve önerilen projenin fizibilite çalışmalarını

³¹⁵ Mihaly v. Sri Lanka, Award, Para. 49 ve 62(c). Bununla birlikte, doktrinde *Walid Ben Hamida*, hakem heyetinin Mihaly davasında verdiği karara da şüpheyle yaklaşmaktadır. Şöyle ki; davacı Mihaly şirketi, dava konusu iddialarını münhasıran taraflar arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasının yatırımların korunmasına ilişkin hükümleri üzerine inşa etmiş, ne var ki Antlaşmanın yatırım tanımının kapsamına ilişkin herhangi bir iddia ileri sürmemiştir. Yazara göre, davacı Mihaly şirketi, yatırım öncesi harcamaların ABD ve Sri Lanka arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasının geniş-varlık temelli tanımlaması çerçevesinde bir yatırım olduğunu ileri sürmüş olsa idi, hakem heyetince farklı bir neticeye ulaşılması mümkün olabilirdi. (Bkz. Salacuse, 2010, s. 179, dn. 75).

³¹⁶ *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1, Award, January 24, 2003.

³¹⁷ Yannaca-Small, 2008, s. 74.

³¹⁸ *Zhinvali Development* kararının yayımlanmamış olması sebebiyle, bu kanaate, söz konusu davaya atıfta bulunan bir diğer karar olan PSEG kararı vasıtasıyla ulaşılmıştır. Bkz. *PSEG Global Inc. and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, January 19, 2007, Para. 302.

³¹⁹ *PSEG Global Inc. and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, January 19, 2007.

yapması için PSEG'e izin verilmiştir. Bakanlık tarafından 1995 yılında PSEG'in hazırladığı fizibilite raporu onaylanmış ve 09.08.1996 tarihinde adı geçen şirketle bir uygulama sözleşmesi akdedilmiştir. Sonraki aşamada, bahse konu sözleşme Danıştay incelemesinden geçirilerek, 1999 yılında Bakanlık ile PSEG tarafından kurulan proje şirketi arasında imtiyaz sözleşmesi olarak imzalanmıştır. Ancak 2001 yılında Elektrik Piyasası Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından projeye Hazine Garantisi verilmesi reddedilmiş ve proje tamamlanamamıştır³²⁰. Bu gelişme üzerine PSEG Global Inc. Türkiye ile aralarındaki uyuşmazlık konusunda 22.03.2002 tarihinde ICSID tahkimine müracaat etmiştir. Türkiye savunmasında, somut olayda ICSID Konvansiyonu ile ABD ve Türkiye arasındaki İkili Yatırım Antlaşması³²¹ hükümleri çerçevesinde bir yatırımın ve dolayısıyla bir yatırım uyuşmazlığının bulunmadığını ileri sürmüştür³²². Türkiye bu çerçevede, taraflar arasında akdedilen imtiyaz sözleşmesinin bir yatırım olarak kabul edilemeyeceğini, zira davacı tarafın henüz bir madencilik veya tesis inşa faaliyetine başlamadığını, imtiyaz sözleşmesinin esasa ilişkin hükümleri içermediğini, bu sözleşmenin sadece ileride gerçekleştirilmesi planlanan muhtemel yatırım için hukuki bir çerçeve ortaya koyduğunu ileri sürmüştür³²³. Türkiye savunmasında ayrıca, *Mihaly ve Zhinvali* davalarında verilen kararlara da atıfta bulunmak suretiyle davacı tarafın, henüz gerçekleşmemiş bir proje için yaptığı harcamaların yatırıma vücut veremeyeceğini ifade etmiştir.

Hakem heyeti davaya ilişkin değerlendirmesinde öncelikle, *PSEG Global* davası ile *Mihaly ve Zhinvali* davaları arasındaki temel farklılıkları tespit etmiştir. Heyet, ihtilaf konusu olayda Türkiye ve PSEG arasında imtiyaz sözleşmesinin akdedildiğini ve bu sözleşmenin varlığının mevcut dava ile

³²⁰ Ergün Çağdaş Evrim, Enerji Alanında Tahkim Kararlarının Hukuki Analizi ve Güncel Sonuçları, http://www.dektmk.org.tr/pdf/enerji_kongresi_10/cagdas.pdf (ET. 18.06.2011), Dünya Enerji Konseyi Türk Milli Komitesi, Ankara, 24 Kasım 2006, s. 1, 2.

³²¹ RG. 13.08.1989/20251.

³²² Dost Süleyman, Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya İlgin Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID), İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 3, ss. 1071-1088, İstanbul 2007, s. 1073, 1074.

³²³ PSEG Global v. Turkey, Award, Para. 72; Decision on Jurisdiction, Para. 69.

Mihaly davası arasında esaslı bir farklılık oluşturduğunu ifade etmiştir. Hakem heyeti *Zhinvali* davasında davacı ve davalı tarafların ortada bir yatırımın mevcut bulunmadığı noktasında hemfikir olduklarını, bu yönüyle söz konusu davanın da mevcut davadan farklılaştığını ifade etmiştir³²⁴. Heyet ayrıca bazı Türk idare hukukçularının tespitleri³²⁵ ışığında, taraflar arasındaki imtiyaz sözleşmesinin gerekli imza ve onay prosedürleri tamamlanarak icraya konulduğunu, bu itibarla geçerli bir sözleşme hüviyeti kazanmış olduğunu belirlemiştir. Heyete göre imtiyaz sözleşmesinde, yatırıma ilişkin belirli hususların taraflar arasında ilerleyen tarihlerde kararlaştırılacağına öngörülmüş olması, sözleşmenin varlığını ve geçerliliğini etkileyen bir durum değildir³²⁶. Bunun yanında hakem heyeti, yine bahse konu Türk idare hukukçularının görüşleri ve imtiyaz sözleşmesi hükümlerinin tahlili çerçevesinde, Türkiye ve PSEG'in taahhütleriyle bağlı olma iradesi taşıdıklarının anlaşıldığını ifade etmiştir³²⁷. Netice itibarıyla hakem heyeti, izah edilen çerçevede ulaştığı kanaatini şu şekilde ifade etmiştir: Sözleşme sözleşmedir. Taraflar arasında bir imtiyaz sözleşmesi mevcuttur, bu sözleşme geçerlidir ve hukuken de tarafları bağlamaktadır. Bu sonuç, bir imtiyaz sözleşmesi şeklinde gerçekleştirilen yatırım hakkında heyetin yargılama yetkisinin tespiti bakımından yeterlidir³²⁸.

Görüldüğü üzere hakem heyeti, taraflar arasında geçerli bir imtiyaz sözleşmesinin mevcut bulunduğundan bahisle bu sözleşmeye istinaden yapılan harcamaların yatırım olarak kabul edilmesi gerektiği neticesine ulaşmıştır.

³²⁴ PSEG Global v. Turkey, Award, Para. 302; Decision on Jurisdiction, Para. 81.

³²⁵ PSEG Global v. Turkey, Decision on Jurisdiction, Para. 85.

³²⁶ PSEG Global v. Turkey, Decision on Jurisdiction, Para. 88.

³²⁷ PSEG Global v. Turkey, Decision on Jurisdiction, Para. 88, 89.

³²⁸ PSEG Global v. Turkey, Decision on Jurisdiction, Para. 104.

B. Değerlendirme

Uluslararası hukuk doktrininde, farklı gerekçelerle fiili yatırım faaliyeti öncesinde gerçekleştirilen harcamalara uluslararası hukuk koruması bahşedilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bir görüşe göre, ev sahibi devletteki bir yatırım faaliyeti için talip olan çok sayıda yatırımcıdan sadece biri başarılı kabul edilecektir. Böyle bir durumda başarısız olan kişilerin de yatırımcı olarak kabul edilmesi, gelişmekte olan ev sahibi devletlerin ekonomik durumunu olumsuz yönde etkileyebilecektir³²⁹. Bir başka görüş ise, yatırım öncesi harcamalara yatırım kimliği kazandırılması ihtimalinde, tahkim sürecinde hakem heyetlerinin iş yükünün gereğinden fazla artabileceğine dikkat çekmektedir³³⁰. Doktrinde bir başka yazara göre ise, yatırım öncesi harcamalar muhtemel yatırımcılar tarafından üstlenilmesi gereken olağan ticari riskler kapsamında değerlendirilmelidir³³¹.

Kanaatimizce, fiili yatırım faaliyeti öncesinde gerçekleştirilen harcamaların yatırım olarak kabul edilmesi ve nihayetinde uluslararası hukuk korumasından faydalandırılabilmesi için bu hususun ikili veya çok taraflı yatırım antlaşmalarında açıkça düzenlenmesi gereklidir. Böylesi açık bir düzenlemenin bulunmadığı ihtimallerde ise ICSID yargılamasına konu davalarda hakem heyetlerinin takip ettiği ve benimsediği yöntem bizce de makuldür. Yukarıda izah edildiği üzere, hakem heyetleri bu ihtimalde sorunu, yatırım antlaşmasında yer verilen yatırım tanımından hareketle çözme eğilimi göstermektedir. Hemen tüm yatırım antlaşmalarında sözleşmeler, yatırım kavramı kapsamında tanımlanmaktadır. Bu çerçevede yatırımcının ev sahibi devlet tarafından yatırıma onay verilmesinden “sonraki” aşamada gerçekleştirdiği harcamalarının yatırım olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır. Kuşkusuz, taraflar arasında imtiyaz sözleşmesi akdedilmiş olması, ihtiyaç duyulan onayın verildiğinin en belirgin göstergelerinden birisidir.

³²⁹ Perera A. Rohan, Current Trends In International Investment Agreements-New Legal Challenges for Developing Countries, Commemorative Essays in International Law, Asian-African Legal Consultative Organization, pp. 113-123, 2007, s. 116.

³³⁰ Salacuse, 2010, s. 180.

³³¹ Hunter/Barbuk, 2008, s. 393.

İKİNCİ BÖLÜM

ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI ÇERÇEVESİNDE

ENERJİ YATIRIMLARI

Enerji Şartı Antlaşması (Energy Charter Treaty-ECT), ayrımcılık karşıtı ve serbest bir enerji piyasasının temini için hukuki zemin oluşturulması temel amacı çerçevesinde, enerji sektöründeki işbirliğinin geliştirilmesine yönelik atılan en önemli uluslararası adım olarak değerlendirilmektedir³³². Bunun dışında Enerji Şartı Antlaşması, dünyada belirli bir endüstriyel sektöre ilişkin akdedilen ilk uluslararası antlaşma olma özelliğini de taşımaktadır³³³.

Enerji Şartı Antlaşması, Berlin Duvarının yıkılması ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliğinin dağılmasını takiben 1990'lı yılların başında, batı dünyası ve özellikle Avrupa devletleri ile eski Doğu Bloku ülkeleri arasındaki enerji kaynaklarının etkin ve verimli kullanılmasına yönelik işbirliği çabalarının bir eseri olarak ortaya çıkan ve "Enerji Şartı Süreci" olarak da isimlendirilen bir sürecin neticesidir. Bahse konu sürecin temelinde, 17.12.1991 tarihinde Lahey'de elli altı devlet³³⁴ tarafından imzalanan "Avrupa Enerji Şartı" (European Energy Charter) başlıklı siyasi bildirge bulunmaktadır. Bildirgede ortaya konulan temel amaç, açık ve etkin bir enerji piyasasının geliştirilmesi biçiminde özetlenebilir. Bahse konu bildirgede âkit devletler tarafından bu amaç doğrultusunda; özel yatırımların teşvik edilmesi, doğal kaynaklar üzerindeki devlet egemenliğinin tanınması ve çevre güvenliğine saygı duyulması gibi bazı temel ilkeler kabul edilmiştir.

Enerji Şartı Antlaşması, esas itibariyle Avrupa Enerji Şartında ortaya konulan amaç ve ilkelerin taraf devletler bakımından hukuken bağlayıcı olmasını temin etmek üzere akdedilmiş uluslararası bir antlaşma hüviyeti

³³² Gaillard, 2006, s. 54, 55.

³³³ Coop 2006, s. 3.

³³⁴ Coop, 2006, s. 4.

taşımaktadır³³⁵. Bu husus Antlaşmanın 2. maddesinde; “Bu Antlaşma, Avrupa Enerji Şartının amaçları ve prensipleriyle uyumlu olarak, karşılıklı menfaatler temelinde, enerji alanında uzun dönemli işbirliğinin teşvik edilmesi için hukuki bir çerçeve tesis etmektedir” hükmü ile açıkça ortaya konmuştur. Keza Antlaşmanın Başlangıç bölümünde de, Avrupa Enerji Şartında benimsenen ilkelere yapısal bir kimlik kazandırmak ve söz konusu Şartta yer alan taahhütleri uluslararası hukuk temelinde bağlayıcı kılmak, Antlaşmanın varlık gerekçesi olarak ortaya konulmuştur³³⁶. Burada dikkati çeken nokta, siyasal bildirgede “Avrupa” adına yer verilmiş ve böylece söz konusu bildirgenin bir Avrupa girişimi olduğu vurgulanmış iken, anılan bildirgeye dayanan uluslararası antlaşmada “Avrupa” kelimesinin artık kullanılmıyor olmasıdır. Böylelikle Enerji Şartı Antlaşmasıyla küresel ölçekte gerçekleştirilmiş bir kurguya atıf yapıldığı görülmektedir³³⁷.

Tüm bu iştigal sahası çerçevesinde Enerji Şartı Antlaşması'nın temel amacı; serbest bir enerji piyasasının tesis edilmesi ile enerji arz çeşitliği ve güvenliğinin temin edilmesidir. Antlaşmanın bir diğer amacı ise enerji sektöründe sınır ötesi yatırım ve ticaret faaliyetlerinin teşvik edilmesidir. Bunların yanında ekonomik geçiş süreci yaşayan eski Doğu Bloku ülkelerine; enerji stratejilerinin geliştirilmesi, kurumsal ve yasal düzenlemelerinin hayata geçirilmesi, enerji endüstrilerinin modernize edilmesi gibi konularda destek sağlanması da Antlaşmanın diğer amaçları olarak ortaya konulmuştur³³⁸. Antlaşmanın enerji yatırımları özelindeki amacı ise ticari olmayan riskin azaltılması ve enerji yatırım aktörleri arasında eşit şartlar (level playing field) oluşturulması biçiminde tespit edilmiştir³³⁹. Bu çerçevede Antlaşma, yatırımların korunmasına ilişkin hükümler marifetiyle ev sahibi devletler ile

³³⁵ Gaillard, 2006, s. 55.

³³⁶ Energy Charter Secretariat, The Energy Charter Treaty and Related Documents A Legal Framework For International Energy Cooperation, 2004, s. 39 (Related Documents).

³³⁷ Çal Sedat, Enerji Şartı Sözleşmesi ve Yatırım Tahkimi, II. Uluslararası Tahkim Sempozyumu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss. 1-16, 14 Şubat 2009, s. 2, 3. Bkz. <http://www.idare.gen.tr/> (ET. 19.06.2011).

³³⁸ Energy Charter Secretariat, The Energy Charter Treaty A Reader's Guide, 2004, s. 9 (Reader's Guide).

³³⁹ Energy Charter Secretariat, 2004 (Related Documents), s. 14.

yabancı yatırımcılar arasında bir menfaat dengesinin temin edilmesini hedeflemektedir.

Müzakerelerine 1992 yılında başlanan Enerji Şartı Antlaşması, üç yıllık kısa sayılabilecek bir sürede hazırlanmış ve imzaya sunulmuştur. Müzakere sürecine ABD, Japonya, Avustralya ve Kanada gibi devletlerin de ilgi göstermesi³⁴⁰, Antlaşmayı Avrupa kıtasının sınırları dışında, çok daha geniş bir alanda etkili kılmıştır. 17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon'da imzalanan Enerji Şartı Antlaşması, 16 Nisan 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Mevcut durum itibariyle (Avrupa Toplulukları ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu dâhil olmak üzere) toplam elli iki devlet³⁴¹ Antlaşmaya taraf olmuştur. Aralarında Türkiye'nin³⁴² de bulunduğu kırk yedi devlet Antlaşmaya ilişkin onay sürecini tamamlamış iken, Avustralya, Belarus, İzlanda ve Norveç'in Antlaşmaya ilişkin onay süreçleri hâlen devam etmektedir³⁴³. Rusya Federasyonu ise 17.12.1994 tarihinde Antlaşmayı imzalamasına rağmen, özellikle enerji alanındaki tekel gücünü kaybetmeme amacıyla 20.08.2009 tarihinde

³⁴⁰ Coop, 2006, s. 5.

³⁴¹ Arnavutluk, Ermenistan, Avustralya, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Beyaz Rusya, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Hırvatistan, Kıbrıs Rum Kesimi, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Avrupa Toplulukları, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Japonya, Kazakistan, Kırgızistan, Letonya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Moldova, Moğolistan, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre, Tacikistan, Makedonya, Türkiye, Türkmenistan, Ukrayna, Büyük Britanya Birleşik Krallığı ve Özbekistan. Bkz. <http://www.encharter.org/> (ET. 20.06.2011). Mevcut durum itibariyle altı ülke (Andora, Karadağ, Monako, San Marino, Sırbistan ve Vatikan) haricinde Avrupa kıtasında yer alan tüm ülkeler Antlaşmaya taraftır. Bkz. <http://www.petform.org.tr> (ET. 20.06.2011).

³⁴² Türkiye, Enerji Şartı Antlaşmasını 17.12.1994 tarihinde Lizbon'da imzalamıştır. Antlaşmanın onaylanması Türkiye tarafından 01.02.2000 tarihli ve 45119 sayılı Kanunla uygun bulunmuş ve 12.07.2000 tarihli ve 24107 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Antlaşmaya ilişkin Onay Belgesi 05.04.2001 tarihinde depoziter ülke olan Portekiz makamlarına tevdi edilmiş ve Türkiye Enerji Şartı Antlaşması'nı onaylayan 42. ülke olmuştur. Bkz. <http://www.mfa.gov.tr/enerji-sarti-anlasmasi.tr.mfa> (ET. 20.06.2011).

³⁴³ Energy Charter Secretariat, 2004 (Reader's Guide), s. 8.

Antlaşmayı onaylamayacağını bildirmiştir³⁴⁴. Bunun dışında yirmi dört ülke³⁴⁵ ve on uluslararası kuruluş³⁴⁶ ise Antlaşmaya gözlemci statüsü taşımaktadır.

Yapısal olarak incelendiğinde Enerji Şartı Antlaşmasının; ticaret, transit, enerji verimliliği ve yatırımların teşviki ve korunması başlıkları altındaki dört ana sütun üzerine inşa edildiği görülmektedir. Bunun yanında Antlaşmada, enerji yatırımlarından kaynaklanan uyuşmazlıkların uluslararası tahkime götürülmesine imkân tanıyan bir mekanizma da tesis edilmiştir. Bu çerçevede taraflara, aralarında çıkabilecek muhtemel uyuşmazlıkları ICSID, ICSID İlave İmkân Kuralları (Additional Facility Rules) veya Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsüne (Arbitration Institute Stockholm Chamber of Commerce) götürme ya da Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu Tahkim Kurallarına (Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL) müracaat etme noktasında seçimlik hak bahşedilmiştir.

Enerji Şartı Antlaşmasının en önemli unsurlarından birini, Antlaşmanın III No'lu Bölümünde yer alan "Yatırımların Teşviki ve Korunması" konusu teşkil etmektedir. Söz konusu bölümde, yatırımların korunmasına ilişkin hak ve yükümlülükleri konu alan bazı temel ilkelere yer verilmiştir. Bunlardan en önemlilerini; âdil ve hakkaniyete uygun muamele, en muntazam biçimde koruma ve güvenlik, ayrımcılık yasağı, milli muamele kaydı, en çok gözetilen ulus kaydı ve kamulaştırmadan kaynaklanan kayıpların tazmin edilmesi gibi temel koruma prensipleri oluşturmaktadır.

Antlaşmada yatırımların korunmasına ilişkin rejimin, temel olarak enerji yatırımı ve enerji yatırımcısı kavramları üzerine odaklandığı ifade edilebilir.

³⁴⁴ Kılavuz Ali Kemal, Enerji Şartı Antlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, ss. 179-215, 2009, s. 182, 183.

³⁴⁵ Afganistan, Cezayir, Bahreyn, Kanada, Çin, Mısır, Endonezya, İran, Ürdün, Kore, Kuveyt, Fas, Nijerya, Umman, Pakistan, Filistin, Katar, Suudi Arabistan, Sırbistan, Suriye, Tunus, Birleşik Arap Emirlikleri, ABD ve Venezüella. Bkz. <http://www.encharter.org/index.php?id=61> (ET. 20.06.2011).

³⁴⁶ ASEAN (Güney Doğu Asya Milletler Birliği), BASREC (Baltık Denizi Bölgesi Enerji İşbirliği), BSEC (Karadeniz Ekonomik İşbirliği Teşkilatı), CIS Electric Power Council (Bağımsız Devletler Topluluğu Elektrik Gücü Konseyi), EBRD (Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası), IEA (Uluslararası Enerji Ajansı), OECD (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı), UN-ECE (Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomi Komisyonu), World Bank (Dünya Bankası), World Trade Organization (Dünya Ticaret Örgütü). Bkz. <http://www.encharter.org/index.php?id=61> (ET. 20.06.2011).

Sözgelimi, Antlaşmanın 10. maddesinde, “Taraflar devletlerden her biri, Antlaşma hükümlerine uygun olarak, diğer taraflar devletlerin yatırımcılarının kendi alanlarında yatırımlar yapması için istikrarlı, âdil, elverişli ve şeffaf şartları tesis edecektir” hükmüne yer verilmiştir. Keza Antlaşmanın “Kamulaştırma” başlıklı 13. maddesinde, söz konusu hükmün etki alanının, taraflar devletlerden birinin yatırımcılarının diğer bir taraflar devletteki yatırımlarına yönelik olduğu açıkça beyan edilmiştir. Benzer şekilde uyuşmazlıkların çözümünü konu alan Antlaşmanın 26. maddesi hükmünde enerji yatırımı ve enerji yatırımcısı kavramları esas alınmıştır³⁴⁷.

Özetle, Enerji Şartı Antlaşmasının sağladığı hukuki korumadan istifade edebilmek için, ev sahibi devlette gerçekleştirilen faaliyetlerin “yatırım” vasfını taşıması ve bir “yatırımcı” tarafından gerçekleştirilmesi gereklidir. Bu itibarla “enerji yatırımı” ve “enerji yatırımcısı” kavramlarının kapsam ve sınırlarının tespiti, yatırımların korunmasına ilişkin hükümlerin işlerlik kazanabilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır.

§ 7. ENERJİ YATIRIMI

I. KAVRAM

İkili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında yatırım kavramı sektörler üstü bir bakış açısıyla ele alınmış, belirli bir endüstri alanı veya sektöre münhasır tanımlamalara yer verilmemiştir. Yatırım antlaşmalarına hâkim olan bu genel temayülün en önemli istisnasını, dünyada belirli bir endüstriyel sektöre ilişkin akdedilen ilk uluslararası antlaşma olma özelliğini taşıyan Enerji Şartı Antlaşması oluşturmaktadır.

Enerji Şartı Antlaşmasında öncelikle enerji yatırımına ilişkin genel bir tanımlamaya yer verilmiştir. Antlaşmaya göre enerji yatırımı; bir yatırımcının doğrudan veya dolaylı biçimde sahip olduğu veya kontrol ettiği her türlü mal

³⁴⁷ Gaillard, 2006, s. 57.

varlığı değerini ifade eder (m. 1/6). Bu tanımda en fazla dikkat çeken husus, kavramın son derece geniş çerçevede ele alınmış olmasıdır. Gerçekten de, Antlaşmadaki yatırım tanımı kapsamında “her türlü mal varlığı” ibaresine yer verilmesi, bu genişliği açıkça ortaya koymaktadır. Yatırım tanımının genişliği, Enerji Şartı Antlaşmasına ilişkin ICSID yargılamasına konu ilk dava olan *Plama v. Bulgaria*³⁴⁸ kararında da vurgulanmıştır. Söz konusu kararda hakem heyeti, Antlaşmanın 1(6) maddesinin yatırım kavramını, muhtelif sayıda mal varlığı değerlerini konu alan geniş bir çerçevede sıraladığını beyan etmiştir³⁴⁹.

Enerji Şartı Antlaşmasının 1(6)(1) maddesinde yatırıma ilişkin genel tanım yapıldıktan sonra, bu tanım kapsamında yer alan faaliyet alanları tahdidi bir yöntem takip edilerek altı bent hâlinde sayılmıştır. Bu madde uyarınca;

- a) Yatırımcının ev sahibi devlette maddi veya gayri maddi, taşınır veya taşınmaz mal varlığı değerleri üzerindeki mülkiyet hakkı ile kira, alacak, haciz ve rehin hakkı gibi sahip olduğu her nevi hak,
- b) Yatırımcının ev sahibi devlette bir şirket veya teşebbüs sahibi olması veya böyle bir şirket ya da teşebbüsü kontrolünde bulundurması, yatırımcının ev sahibi devletteki bir şirket veya teşebbüse hisse senedi alımı ya da diğer iştirak şekillerini kullanmak suretiyle ortak olması yahut söz konusu şirket veya teşebbüsçe ihraç edilen tahvil ya da diğer borçlanma araçlarını iktisap etmesi,
- c) Ekonomik değer ihtiva etmek ve yatırımla bağlantılı bulunmak kaydıyla para ödenmesi veya bir hizmetin gerçekleştirilmesine ilişkin sözleşme temelli hak talepleri,
- d) Fikri mülkiyet hakları,

³⁴⁸ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, August 27, 2008.

³⁴⁹ *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, February 8, 2005, Para. 125.

- e) Kazançlar,
- f) Kanun, sözleşme veya kanundan alınan yetkiye binaen verilen bir ruhsat ya da izin belgesine dayanarak, enerji sektöründe yürütülen herhangi bir ekonomik faaliyete ilişkin hak talepleri enerji yatırımı kapsamında mütalaa edilmiştir.

Enerji yatırımı kavramının zaman bakımından kapsamı ise Antlaşmanın 1(6)(2) maddesinde tespit edilmiştir. Söz konusu maddede, Antlaşmanın “geçerlilik tarihi” itibariyle ev sahibi devlette mevcut bulunan veya bu tarihten sonra gerçekleştirilen tüm yatırımları kapsadığı hüküm altına alınmıştır. Mezkûr maddede, “geçerlilik tarihi” hem yatırımcının tabiiyetinde bulunduğu devlet hem de ev sahibi devlet bakımından Antlaşmanın yürürlüğe girme tarihi olarak tespit edilmiştir.

Enerji Şartı Antlaşmasının, enerji yatırımları hakkındaki uygulama alanına ilişkin en önemli hükmü ise Antlaşmanın 1(6)(3) maddesidir. Bu hükümde “enerji bağlantılı” (associated) olmak, enerji yatırımı olarak nitelendirilebilmek için yeterli görülmüştür. Antlaşmadaki bu hüküm sayesinde yukarıda yer verilen tahdidi listenin “bağlantılı faaliyetleri” de içerecek biçimde genişletilmesi yoluna gidilmiştir. Bunun dışında Antlaşmanın 1(6)(3) maddesinde, yatırım kavramının taraf devletlerin “Şart Etkinlik Projesi” adı altında Enerji Şartı Sekretaryasına bildirdikleri faaliyetleri de kapsadığı ifade edilmiştir.

Çalışmanın bu kısmında, enerji yatırımı kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle kavramın temel özellikleri üzerinde durulacak, daha sonra ise Enerji Şartı Antlaşması ve Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi³⁵⁰ (Nihai Senet) hükümleri çerçevesinde bu kavrama yönelik getirilen kısıtlamalar ele alınacaktır.

³⁵⁰ Nihai Senet, 17 Aralık 1994 tarihinde aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 52 devlet tarafından imzalanan ve Enerji Şartı Antlaşması hükümlerinin açıklaması, yorumu ve bu hükümlere ilişkin üye devlet bildirimlerini içeren uluslararası bir belge hüviyeti taşımaktadır. Nihai Senedin IV. maddesi hükmü gereğince imza sahibi devletler, Senedin Enerji Şartı Antlaşması hükümlerinin açıklamasına ilişkin maddelerini kabul etmiş sayılmaktadır. Bu itibarla Nihai Senet, Enerji Şartı Antlaşmasının bir parçası olarak imza sahibi devletler bakımından bağlayıcı bir nitelik kazanmış olmaktadır. Bkz. Walde

II. ENERJİ YATIRIMININ UNSURLARI

Enerji yatırımı kavramına ilişkin hükümler Enerji Şartı Antlaşmasının yanı sıra Nihai Senette de ele alınmıştır. Antlaşma, Nihai Senet hükümleri ve tahkim kararları ışığında, enerji yatırımı kavramının tanımı bakımından şu temel özelliklerin tespit edilmesi mümkündür:

- Yatırımcının yatırım üzerindeki kontrol düzeyi esas alınmaktadır.
- Yatırım ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olmalıdır.
- Yatırım öncesi faaliyetler Antlaşmanın koruması altına alınmamıştır.

A. Yatırım Üzerindeki Kontrol Düzeyinin Esas Alınması

1. Hukuki Çerçevenin İzahı

Bir yatırımın enerji yatırımı olarak kabul edilebilmesi için yatırımcının varlık değerleri üzerindeki kontrol gücünün belirli bir seviyenin üzerinde gerçekleşmesi gereklidir. Bu yön itibarıyla Enerji Şartı Antlaşması diğer ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarına nispetle herhangi bir farklılık içermemektedir. Zira diğer yatırım antlaşmalarında da kontrol gücü unsuru, yatırımı oluşturan mal varlığı değerleri ile sınırlı bir çerçevede ele alınmıştır. Buna karşılık Nihai Senedin (IV)(3) maddesi tahlil edildiğinde daha farklı bir kanaate ulaşılabilir.

Nihai Senet uyarınca, yatırımcının “varlık değerleri üzerindeki” değil, “yatırım üzerindeki” kontrol gücünün seviyesi önem arz etmektedir. İşte belirtilen nokta, Enerji Şartı Antlaşması ile ikili ve diğer çok taraflı yatırım antlaşmaları arasındaki temel farklılığı ortaya koymaktadır. Zira yukarıda

Thomas W., *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues*, 1 Transnational Dispute Management, 2004, s. 4; Energy Charter Secretariat, 2004 (Related Documents), s. 62.

ayrıntısıyla izah edildiği üzere, ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında “kontrol” kavramı, yatırımın bir bütün hâlinde kontrol altında bulundurulmasını değil, yatırımı oluşturan varlık değerlerinin ayrı ayrı kontrol edilmesini ifade edecek biçimde kaleme alınmıştır. Buna karşılık Nihai Senette ise kontrol kavramı açıkça “yatırımın” kontrolünü ifade edecek kapsamda tanımlanmıştır. Bu açık hüküm karşısında kanaatimizce, diğer yatırım antlaşmaları bakımından yapılan açıklamaların Enerji Şartı Antlaşması bakımından geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu düşüncenin doğruluğunun tespiti için, kontrol gücü kavramından ne anlaşılması gerektiğine ve bu gücün düzeyine ilişkin Nihai Senet hükümlerinin tahlil edilmesi isabetli olacaktır.

Nihai Senedin (IV)(3) maddesinde kontrol gücünün varlığına etki edebilecek unsurlardan üçü özellikle vurgulanmıştır. Bunlardan ilki, yatırımcının yatırımdan elde edeceği maddi menfaatin düzeyidir. Maddi menfaatin belirlenmesi kıstası, sadece bir şirketin hisselerinin hukuki işlem marifetiyle devralınması bakımından değil, ev sahibi devlet menkul kıymet borsasında işlem gören bir şirketten hisse senedi veya tahvil iktisap edilmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Kontrol gücüne etki edebilecek bir diğer unsur, yatırımcının yatırımın yönetimi ve işletilmesine etkide bulunma düzeyidir. Nihai Senet, bu etkinin ancak belirgin bir düzeyin üzerine çıkması hâlinde, yatırım üzerinde kontrolün gerçekleşebileceğini hükme bağlamıştır. Nihai Senet hükümleri uyarınca kontrol gücüne ilişkin müracaat edilecek son unsur ise yatırımcının ilgili şirket veya işletmenin yönetim kurulu üyelerinin veya başka bir idari organın seçimi konusunda etkide bulunma kapasitesine sahip olup olmadığı hususudur³⁵¹.

³⁵¹ Nihai Senedin (IV)(3) maddesi gereğince, ev sahibi devletin ülkesinde yapılan bir yatırımın, doğrudan veya dolaylı olarak, yatırımcının kontrolünde olduğunun tespit edilebilmesi için, öncelikli olarak söz konusu kontrol olgusunun fiilen gerçekleşmesi gereklidir. Bir diğer ifadeyle, hukuken mevcut olmakla birlikte, fiili anlamda uygulanmayan veya uygulanma kabiliyetinden mahrum bulunan bir kontrol yetkisi, yatırımcının yatırım üzerinde istenen seviyede bir kontrol gücüne sahip olması için yeterli kabul edilmemektedir. Bununla birlikte, fiili kontrol yetkisinin mevcut olup olmadığı hususu, her bir somut olay bakımından ayrı ayrı inceleme konusu yapılmalı ve böylesi bir inceleme kapsamında kontrol yetkisinin varlığına etki edebilecek nitelikteki bütün unsurlar ele alınmalıdır. Nihai Senette, böyle bir değerlendirme aşamasında, yatırım üzerindeki fiili kontrol yetkisinin varlığını ispat yükünün, bu yetkinin varlığını iddia eden yatırımcının üzerinde olduğu beyan edilmiştir.

Nihai Senet yukarıda bahsi geçen unsurların beraberce gerçekleşmesi gerektiği konusunda herhangi bir şart öngörmediği gibi, bu unsurların sınırlı sayıda olduğunu da beyan etmiş değildir. Bu itibarla somut olay özelinde kontrol yetkisinin varlığı konusunda Nihai Senette yer almayan bazı kıstasların da nazara alınabilmesi mümkündür. Nihai Senedin kontrol gücü kavramının içeriği ve tespit usullerine ilişkin yapmış olduğu açıklamalar, kontrol gücünün bir bütün olarak yatırım üzerinde gerçekleşmesi gerektiği yönündeki tespitimize kuvvet kazandırmaktadır.

2. Portföy Yatırımlarına İlişkin Değerlendirme

Kontrol gücü olgusuna ilişkin tartışılması gereken temel noktayı, Enerji Şartı Antlaşmasının portföy yatırımlarını kapsayıp kapsamadığı hususu oluşturmaktadır. Antlaşmanın 1(6) maddesinde yer verilen tahdidi liste incelendiğinde, uluslararası hukuk doktrininde klasik dolaylı yatırımlar kapsamında ele alınan, ev sahibi devletteki bir şirketten hisse senedi alınması veya böyle bir şirketin ihraç ettiği borçlanma senetlerinin iktisap edilmesi gibi unsurlara yer verildiği görülmektedir. Söz konusu maddenin açıklamasının yapıldığı Nihai Senedin (IV)(3) maddesinde ise “yatırım üzerindeki” kontrol gücü unsuruna vurgu yapılmıştır. Bu unsurların bahse konu hükümlerde yer alması başlangıçta bir çelişki gibi görünse de esas itibariyle Antlaşmada küreselleşmenin ekonomik etkilerinin iyi biçimde tahlil edildiğinin göstergesi olarak algılanmalıdır. Zira küreselleşmeyle birlikte tarihi süreç içinde daha az kullanılan bazı yatırım işlemleri modern çağda rağbet görmeye başlamıştır. Bunların arasında en sık müracaat edilenleri ise hiç kuşkusuz, hisse senedi veya tahvil alımı suretiyle gerçekleştirilen işlemler oluşturmaktadır. Enerji Şartı Antlaşması bir taraftan Antlaşmaya taraf gelişmiş ülkelerin ihtiyacını karşılamak amacıyla hisse veya borçlanma senedi alımı işlemlerini yatırım korumasının kapsamına dâhil etmiş, diğer taraftan Antlaşmaya taraf gelişmekte olan ülkelerin çekincelerini bertaraf etme saikiyle portföy yatırımlarını kapsam dışında tutmuştur. Taraf devletler

arasındaki menfaatlerin dengelenmesi düşüncesini önceleyen bu tercihte, Antlaşmanın gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeleri bir arada bulunduran özgün yapısının önemli bir etkisi bulunmaktadır.

Kanaatimizce, yukarıda izah edilen çerçevede, Enerji Şartı Antlaşması bakımından uluslararası hukukta genel kabul gören doğrudan-dolaylı yatırım ayırımından farklı bir değerlendirmenin yapılması zaruridir. Enerji Şartı Antlaşması kapsamında kural olarak, dolaylı yatırım faaliyetlerine yatırım koruması kapsamında yer verildiği, ancak yatırım üzerinde kontrol gücü unsurunun aranması suretiyle portföy yatırımlarının koruma kapsamının dışında bırakıldığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte konuya ilişkin nihai kanaatin, ancak tahkim kararları ışığında şekillenebileceği düşünülmektedir.

B. Ev Sahibi Devletin Hukukuyla Uyumluluk Kıstasına Yer Verilmemesi

İkili yatırım antlaşmalarında yatırım kavramının tanımında yatırımın yapıldığı “ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olma” kıstasına yer verilmektedir. Bu kıstas uygulamada hakem heyetleri tarafından yatırımın “varlığını” değil, “geçerliliğini” niteleyen bir anlamda ele alınmaktadır. Bu çerçevede hakem heyetleri, yatırımcı tarafından gerçekleştirilen faaliyetin ev sahibi devletin hukuk nizamında bir yatırım türü olarak düzenlenip düzenlenmediği hususuyla ilgilenmemektedir. Bir diğer ifadeyle “ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olma” kıstasına istinaden ev sahibi devlete, yatırım kavramının tanımını ve sınırlarını tespit edebilme imkânı verilmemektedir. Buna karşılık uygulamada yatırımcının ev sahibi devletteki faaliyetleri, söz konusu devletin hukukunu ihlâl eden bir niteliği haiz ise, bir diğer ifadeyle bahse konu faaliyetler o ülke bakımından yasadışı mahiyet arz ediyor ise ortada yatırımın mevcut olmadığı neticesine ulaşılmaktadır.

Enerji Şartı Antlaşmasında “ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olma” kıstasına yer verilmemiştir. Bu noktada temel sorun, yatırımcı tarafından yürütülen faaliyetlerin ev sahibi devletin hukuk nizamına göre yasadışı nitelik

taşıması durumunda ortaya çıkmaktadır. Sözgelimi, yatırımcının ev sahibi devlette faaliyet göstermesine imkân sağlayan hukuki yapı, ev sahibi devletin emredici kurallarının ihlâl edilmesi suretiyle elde edilmiş veya yatırımın gerçekleştirilebilmesi için bu devlette yolsuzluk yapılmış olduğu ispatlanmış ise yatırımcı hâlâ yatırım korumasından faydalanabilecek midir? Bu sorunun, özellikle ev sahibi devletin kendi hukukuna aykırı olduğu gerekçesiyle ilgili yatırım sözleşmesini feshetmesi veya yatırımcıya verdiği lisansları iptal etmesi durumunda ortaya çıkması muhtemeldir³⁵².

Doktrinde yukarıda ifade edilen sorunun cevabına ilişkin farklı görüşler savunulmaktadır. Bazı yazarlar lâfzî bir yorum yaparak, Enerji Şartı Antlaşması metninde ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olma kıstasının bulunmadığını, bu itibarla ev sahibi devletin hukukuna göre yasadışı sayılan faaliyetlerin dahi yatırıma sebebiyet verebileceğini ifade etmektedir. Bu kapsamda *Gaillard*, yatırıma yönelik faaliyetlerin ev sahibi devletin hukukunu ihlâl etmesi durumunda, Antlaşmanın açık ifadesi gereği, bu durumun bahse konu faaliyetlerin yatırım olarak değerlendirilmesine engel olamayacağını iddia etmiştir³⁵³.

Diğer görüşe göre, yatırıma yönelik işlemlerin ev sahibi devlet hukukuna aykırılık teşkil etmesi hâlinde, ortada Antlaşmanın sağladığı korumadan faydalanabilecek bir yatırımın varlığından bahsedebilmek mümkün değildir³⁵⁴. Sözgelimi, petrol veya doğal gaz arama faaliyeti hususunda, yatırımcı ve ev sahibi devletin “yetkili olmayan” bir otoritesi arasında akdedilen bir sözleşme, yatırım olarak kabul edilemeyecektir. Benzer şekilde ev sahibi devletin ihale usullerinin ihlâl edilmesi veya yürütülen faaliyetin temelinde rüşvet gibi hukuka aykırı bir gerekçenin bulunması ihtimallerinde de yatırımın varlığından bahsedebilmek mümkün değildir.

³⁵² Gaillard, 2006, s. 62.

³⁵³ Gaillard, 2006, s. 62.

³⁵⁴ Walde Thomas, *International Investment Under the 1994 Energy Charter Treaty*, 1995, s. 26, dn. 2. Bkz. Gaillard, 2006, s. 62, dn. 24.

1. İctihat Hukuku Alanında Uyumluluk Kriteri

Enerji Şartı Antlaşması hükümleri uyarınca çözüme kavuşturulan bazı davalarda “ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olma” kıstası ele alınmıştır. ICSID tahkim yargılamasında verilen *Plama* kararı, konuya ilişkin tartışmanın açıklığa kavuşturulması bakımından önem taşımaktadır. Dava konusu olay, Bulgaristan’da bir petrol rafinerisi işleten Nova Plama şirketinin yüzde 96.78 hissesinin Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY) menşeli Plama şirketi tarafından satın alınmasına ilişkindir. Dava, Plama şirketi tarafından Bulgaristan’ın bahse konu petrol rafinerisinin işletilmesine hukuka aykırı biçimde müdahalede bulunduğu iddiasıyla açılmıştır. Davalı Bulgaristan devleti savunmasında, davacı tarafın hisse alım işlemi sırasında kendi kimliğini gizlediğini, bir başkası adına (Fransız uyruklu Jean-Christophe Vautrin) hareket ettiğini ve gerçeğe aykırı beyanda bulunmak suretiyle ilgili Bulgar devlet otoritesini yanılttığını ifade etmiştir. Davalı devlet, bu sebeple hisse alım işleminin Bulgar Özelleştirme Kanununa göre geçersiz olduğunu beyan ederek somut ihtilafta Enerji Şartı Antlaşması hükümleri çerçevesinde korunabilecek bir yatırımın mevcut bulunmadığını ileri sürmüştür. Hakem heyetinin kararı, benzer ihtilaflarda takip edilmesi gereken yöntemin tayini bakımından son derece izah edici bir yaklaşımı ortaya koymaktadır.

Hakem heyeti, Enerji Şartı Antlaşmasında ikili yatırım antlaşmalarının aksine, yatırımın varlığı bakımından belirli bir hukuk nizamına uygun olma şartının aranmadığını tespit etmiştir. Bu noktada heyet, ev sahibi devlet hukukuna aykırılık teşkil eden faaliyetlerin “yatırım” olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesini tartışmıştır. Heyete göre ev sahibi devlet hukukunda yasadışı sayılan bir faaliyetin Enerji Şartı Antlaşması kapsamında yatırım olarak kabul edilmesi mümkün değildir³⁵⁵. Bu noktada Antlaşmanın başlangıç kısmına atıfta bulunan heyet, enerji meselelerine ilişkin olarak

³⁵⁵ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Award, Para. 138.

hukukun üstünlüğünü egemen kılmanın Antlaşmanın temel amacı olduğunu beyan etmiştir. Heyet, Antlaşmanın 26(4) maddesi uyarınca tahkim yargılamasında uluslararası hukuk kurallarının da esas alınması gerektiğini hatırlatarak, somut ihtilafta davacı şirket davranışının sadece Bulgar hukukunun değil, uluslararası hukukun da ihlâl edilmesi neticesini doğurduğunu ifade etmiştir. Heyet, emsal tahkim yargılamalarında verilen kararlara³⁵⁶ da atıfta bulunarak, *nemo auditor propriam turpitudinem allegans* ilkesi çerçevesinde, kimsenin kendi kusurundan menfaat elde edemeyeceğinin altını çizmiştir. Davacı şirket davranışının uluslararası hukuktaki iyi niyet ilkesine de aykırılık teşkil ettiğini belirten hakem heyeti, tüm bu gerekçelerle somut ihtilafta davacı tarafın Enerji Şartı Antlaşması hükümleri çerçevesinde korunmaya değer bir yatırımının bulunmadığına hükmetmiştir³⁵⁷.

Konu *Kardassapulos v. Georgia*³⁵⁸ davasında verilen kararda da tartışılmıştır. Dava konusu olayda Gürcistan devleti ile Yunanistan vatandaşı Ioannis Kardassapulos'un ortak olduğu şirket arasında, Gürcistan'da boru hattı yapım faaliyeti için imtiyaz (concession) ve ortak girişim (joint venture) sözleşmeleri akdedilmiştir. İhtilafın safahatında, Yunanistan uyruklu Kardassapulos adlı kişinin yüzde 50 ortaklığa sahip olduğu Tramesh şirketi ile Gürcistan devletinin sahip olduğu SakNavtobi şirketi, 25 yıllık bir dönem için geçerli olmak üzere GTI unvanlı bir ortak girişim şirketi kurmuştur. Her iki şirketin eşit oranda hissedar olduğu ortak girişim şirketinin iştiğal sahası, Gürcistan'daki doğalgaz ve petrol boru hattı döşeme faaliyetleri olarak tayin edilmiştir. Ortak girişim sözleşmesinin imzalanmasından yaklaşık bir yıl sonra GTI ile Gürcistan devletinin petrol taşımacılığı konusundaki yetkili otoritesi olan Transneft arasında, yine Gürcistan'daki boru hatlarının döşenmesini konu alan 30 yıllık bir imtiyaz sözleşmesi akdedilmiştir. Gürcistan devleti, bahsi geçen sözleşmelerden kısa bir süre sonra, 20 Şubat 1996 tarihinde

³⁵⁶ Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No ARB/03/26, Award, August 2, 2006; World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, October 4, 2006.

³⁵⁷ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Award, Para. 139-146.

³⁵⁸ Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Award, March 03, 2010.

kabul ettiği Bakanlar Kurulu Kararıyla ülkedeki boru hattı döşeme işlerinin, Gürcistan devleti kontrolündeki bir başka şirket olan GIOC ile bir uluslararası petrol konsorsiyumu olan AIOC³⁵⁹ arasındaki sözleşme hükümlerine göre yürütüleceğini ve bu kararnameye aykırılık teşkil eden önceki düzenlemelerin geçersiz sayılacağını kararlaştırmıştır³⁶⁰. Davacı taraf, belirtilen suretle önceki tarihli ortak girişim ve imtiyaz sözleşmelerine dayanan haklarının ihlâl edildiğini ileri sürerek ICSID nezdinde tahkim sürecini başlatmıştır.

Davalı Gürcistan devleti savunmasında, ihtilaf konusu sözleşmelerin Gürcistan'daki iki kamu otoritesi (SakNavtobi ve Transneft) tarafından gerçekleştirildiğini, ne var ki bu otoritelerin bahse konu sözleşmeler bakımından yetkilerinin bulunmadığını ifade etmiştir. Davalı devlet, belirtilen gerekçeyle bahse konu sözleşmelerin Gürcistan hukukuna aykırılık teşkil ettiğini, bu itibarla ortada Enerji Şartı Antlaşması çerçevesinde geçerli bir yatırımın bulunmadığını ileri sürmüştür³⁶¹. Hakem heyeti ihtilaf konusu olayı, uluslararası hukukta tahkim kararlarıyla şekillenen "isnat prensibine"³⁶² (principle of attribution) müracaat etmek suretiyle çözüme kavuşturmuştur. Heyet bu ilkeyi, bir devletteki kamu otoritelerinden birinin yaptığı eylemden, ilgili kamu otoritesinin bağlı olduğu devletin sorumlu tutulması biçiminde tanımlamıştır³⁶³. Hakem heyeti, ihtilaf konusu ortak girişim sözleşmesinin Gürcistan Bakanlar Kurulu tarafından, imtiyaz sözleşmesinin ise Enerji Bakanlığı tarafından onaylandığını³⁶⁴ tespit etmiştir. Bu çerçevede hakem heyeti, SakNavtobi ve Transneft tarafından yapılan işlemlerin doğrudan Gürcistan devletinin sorumluluğunu doğurduğunu hüküm altına almıştır³⁶⁵. Heyet değerlendirmesinde, davacı tarafın bahse konu sözleşmelerin Gürcistan hukukuna uygun olduğuna inanmasının son derece haklı bir

³⁵⁹ AIOC (Azerbaijan International Operating Company); Seylan adalarında yerleşik bulunan ve SOCAR (The State Oil Company of Azerbaijan), Amoco, Pennzoil, Unocal, Exxon, BP, Ramco, Lukoil, Statoil, TPAO, Itochu ve Delta petrol şirketlerinin oluşturduğu bir konsorsiyumdur.

³⁶⁰ Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, Award, Para. 155, 156, 157.

³⁶¹ Hober Kaj, Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 1, No. 1, pp. 153-190, 2010, s. 183, 184.

³⁶² İsnat prensibi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dolzer/Schreuer, 2008, s. 201 vd.

³⁶³ Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, Award, Para. 280.

³⁶⁴ Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, Award, Para. 279.

³⁶⁵ Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, Award, Para. 280.

beklenti olduğunu beyan ederek esasa ilişkin kararını, davalı devlet savunmalarının reddi yönünde tesis etmiştir³⁶⁶.

2. Değerlendirme

Enerji Şartı Antlaşmasında “ev sahibi devletin hukukuna uygun olma” kıstasının bulunmaması, yasadışı faaliyetlerin Antlaşma kapsamında bir yatırıma vücut verip vermeyeceği konusunda önemli tartışmaların yaşanmasına sebep olmuştur. Kanaatimizce, *Gaillard* tarafından temsil edilen yaklaşımın temelinde, yatırımcının ortada hukuken geçerli bir yatırım bulunduğu düşüncesiyle yapmış olduğu harcamalardan kaynaklanan zararlarının, uluslararası tahkim yoluyla tazmin edilebilmesi fikri yatmaktadır. *Walde* tarafından savunulan görüş ise yatırım ilişkisini tek taraflı bir ilişki olarak değerlendiren ve bu ilişkiyi münhasıran ev sahibi devletin bakış açısına ve menfaatine mahkûm eden bir anlayışı sergilemektedir. Oysa yatırım ilişkisinde her iki tarafın menfaatinin dengelenebildiği bir çözüm geliştirmek çok daha rasyonel bir netice ortaya koyabilecektir.

İzah edilen çerçevede, ev sahibi devletin hukukuna aykırılık teşkil eden bir faaliyeti derhâl yatırım olarak kabul etmek veya yatırım korumasının dışında bırakmak yerine, öncelikle yatırımcının söz konusu hukuka aykırılığın ortaya çıkmasındaki iştirak düzeyi nazara alınmalıdır. Sözgelimi, hukuka aykırılık olgusunun ev sahibi devletin yetkili olmayan bir otoritesinin işleme dâhil olmasından ileri gelmesi ihtimalinde, yatırımcı tarafın bu durumun ortaya çıkmasında bir rolü bulunmadığı gibi, böyle bir hukuka aykırılığı bilmesi de beklenemez. Dolayısıyla söz konusu ihtimal bakımından işlemin bir yatırım olarak kabul edilmesi ve yatırımcının haklarının haleldar edilmemesi uygun olacaktır. Buna karşılık hukuka aykırılık olgusunun yatırımcının bizzat içinde bulunduğu bir yolsuzluk sebebiyle ortaya çıkması ihtimalinde ise ortada bir yatırımın ve dolayısıyla yatırımcının korunmaya

³⁶⁶ Hober, 2010, s. 184.

değer bir menfaatinin varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu izahat ışığında, yukarıda incelenen *Plama* kararında, ilgili Bulgar devlet otoritesinin yanıtılmasında davacı Plama şirketinin bizzat ve kasıtlı biçimde rol oynaması, kanaatimizce, ihtilaf konusu olayda bir yatırımın bulunmadığı istikametinde yorumlanmalıdır. Buna karşılık *Kardassapulos* davasında ise Gürcistan devlet otoritelerinin yetki(sizlik) durumunun, davacı Ioannis Kardassapulos'a atfedilebilir bir kusur olmaması, olayda bir yatırımın mevcut olduğu yönünde değerlendirilmelidir.

C. Yatırım Öncesi Faaliyetlerin Koruma Altına Alınmaması

Enerji Şartı Antlaşması bağlamında üzerinde durulması gereken en tartışmalı konulardan birisi, yatırımın fiilen başlamasından önceki dönemde yatırımcılar tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin, Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalanıp faydalanamayacağıdır. Bu noktadaki tartışma, esas itibariyle bahse konu faaliyetlerin bir yatırıma vücut verip vermediği değildir. Zira Antlaşmanın 1(6) maddesinin tahlili neticesinde, yatırım öncesi faaliyetlere yatırım kavramı kapsamında yer verilmediği açıkça görülebilmektedir. Kanaatimizce, söz konusu maddede geçen “her türlü varlık değeri” ibaresinden hareketle de yatırım öncesi faaliyetlerin, yatırım kapsamında değerlendirilmesine imkân tanınmamalıdır. Keza Antlaşmada yer alan ve aşağıda incelenecek olan muhtelif maddelerde yatırım (Investment) kavramı ile yatırım öncesi faaliyetler (Making of Investment) büyük bir özenle tefrik edilmiştir. İzah edilen çerçevede, yatırım öncesi faaliyetlerin yatırım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinden ziyade, bu faaliyetlerin Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalanıp faydalanamayacağı hususu temel sorun olarak öne çıkmaktadır.

Yukarıda tespit edilen inceleme konusunun tahlil edilebilmesi için öncelikle, “yatırım öncesi faaliyetler” ibaresinin kavramsal içeriğinin açıklanması gereklidir. Yatırım öncesi faaliyetler, yatırım öncesi harcamalara göre daha farklı bir nitelik taşımaktadır. Şöyle ki; yatırım öncesi harcamalar,

ağırlıklı olarak yatırımcının ev sahibi devlette yatırım öncesinde gerçekleştirdiği fizibilite çalışmalarından kaynaklanan mali külfetleri ihtiva etmektedir. Buna karşılık yatırım öncesi faaliyetler ise daha ziyade Avrupa Birliği hukukunda hâkim olan iş kurma hakkıyla³⁶⁷ (right of establishment) bağlantılı bir çerçevede ele alınmalıdır. İş kurma hakkı doktrinde *Tekinalp* tarafından, bir üye devlet gerçek veya tüzel kişisi için, diğer üye devlet ülkesine girme ve orada eşit şartlarda kalmayı gerekli kılan bir çerçevede tanımlanmıştır³⁶⁸. Keza AT Adalet Divanının *Gebhard* kararında yapılan tanıma göre de iş kurma hakkı, bir başka üye devlet ülkesinde her türlü serbest meslek faaliyetine başlanabilmesi ve bu faaliyetin yürütülebilmesini konu alan temel bir özgürlük alanıdır³⁶⁹. Yapılan tanımlamalardan da görüldüğü üzere, iş kurma hakkı gerçek veya tüzel kişinin menşe ülkesi dışındaki bir ülkede ekonomik faaliyete başlayabilmesini ve bu faaliyeti yürütebilmesini hedeflemektedir. Bu tespitlerle son derece uyumlu şekilde, Enerji Şartı Antlaşmasınının 1(8) maddesinde de yatırım öncesi faaliyetler kavramı, yatırımcının ev sahibi devlette yeni bir yatırıma başlama ve bu yatırımı yürütme imkânına (establishing new Investments) sahip olmasını ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. İşte izah edilen çerçevede yatırım öncesi faaliyet kavramı, fiili yatırım öncesinde gerçekleştirilen harcamaları değil, yatırımın gerçekleştirilebilmesi için ev sahibi devlette sahip olunan yasal veya idari bazı hakları konu almaktadır. Doktrinde³⁷⁰ bu haklara örnek olarak, ev sahibi devletin haksız biçimde yatırımcının yatırım sürecine başlamasını engellemesi, kamu ihale sürecine müdahalede bulunması veya bir şirket birleşmesine engel olması gibi durumlar gösterilmektedir.

³⁶⁷ Türk hukuk doktrininde “right of establishment” ibaresi genellikle “yerleşim hakkı” biçiminde tercüme edilmektedir. Buna karşılık, söz konusu tercümenin ikamet etme hakkıyla (right of residence) karıştırılmaya müsait olması sebebiyle, çalışmamızda Avrupa Birliği Bakanlığı kaynaklarında da sıklıkla yer verilen “iş kurma hakkı” biçimindeki tercümenin kullanılması tercih edilmiştir.

³⁶⁸ Tekinalp Gülören/Tekinalp Ünal, *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta Yayınevi, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 348.

³⁶⁹ Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Case C-55/94 Gebhard, ECR I-4165, Judgement of the Court, November 30, 1995, Para. 23.

³⁷⁰ Walde Thomas W./Hamida Walid Ben, *The Arbitrability of “Pre-Investment” (Investment Admission) Disputes under the ECT*, Investment Protection and The Energy Charter Treaty (Ed. Graham Coop/Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 174-190, New York 2008, s. 176.

1. Hukuki Çerçevenin İzahı

Enerji Şartı Antlaşmasının 26. maddesinde, “yatırımla ilişkili” (relating to an Investment) uyuşmazlıkların tahkim sürecine götürülebilmesine imkân tanınmıştır. Bu noktada sorulması gereken soru şudur: Acaba yatırım öncesi faaliyetler “yatırımla ilişkili” faaliyetler olarak değerlendirilebilir mi? Bu soruya verilecek cevap, doğrudan bahse konu faaliyetlerin Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan istifade edip edemeyeceğini ortaya koyacaktır.

Antlaşmanın 10(4) maddesinde, konuya ilişkin belirsizliği giderecek önemli bir hükme yer verilmiştir. Madde uyarınca taraf devletler, Ek Antlaşmanın (Supplementary Treaty) imzalanmasını müteakip yatırım öncesi faaliyetler konusunda diğer taraf devlet yatırımcılarına milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı çerçevesinde koruma sağlamayı taahhüt etmişlerdir. Benzer şekilde Antlaşmanın başlangıç bölümünde de, “Taraf devletler, Ek Antlaşmayı takiben, yatırım öncesi faaliyetlere yönelik olarak milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı ilkelerinin etkin biçimde tatbik edilmesine büyük önem vermektedir” ibarelerine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere söz konusu madde ve açıklamanın tahlilinden, yatırım öncesi faaliyetlerin ancak Ek Antlaşmanın imzalanmasından sonraki aşamada Enerji Şartı Antlaşmasının sağladığı hukuki korumadan faydalandırılacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Ek Antlaşmaya ilişkin müzakerelere 1996 yılında başlanmış, ne var ki hâlihazırda bu müzakerelerin sonuçlandırılması mümkün olamamıştır³⁷¹. Yukarıdaki izahat ışığında, yatırım öncesi faaliyetlerin Enerji Şartı Antlaşmasının sağladığı hukuki korumadan faydalanabilmesi ileriki bir tarihe ertelenmiş gözükmektedir.

³⁷¹ Enerji Şartı Sekretaryası uhdesinde 1996 yılında başlatılan Ek Antlaşma müzakereleri bir taslak haline getirilerek taraf devletlerin görüşüne sunulmuş, 2002 yılında ise taraf devletlerin talebi üzerine, Dünya Ticaret Örgütünde görüşülmekte olan doğrudan yabancı yatırımlar hakkındaki çok taraflı uluslararası metin hakkındaki görüşmelerin sonuçlanması aşamasına kadar askıya alınmıştır. Bkz. <http://www.encharter.org/index.php?id=33&L=0> (ET. 23.06.2011).

2. Değerlendirme

Ek Antlaşma müzakerelerinin beklenenden çok daha uzun sürmesi³⁷² ve söz konusu müzakerelerden hâlihazırda bir netice alınamaması, bu defa Enerji Şartı Antlaşmasının Ek Antlaşma olmaksızın da yatırım öncesi faaliyetlere koruma bahşedip bahşetmediği tartışmasını gündeme getirmiştir. Gerçekten de Antlaşmanın 10(2) ve 10(5) maddelerinde, müstakbel bir Ek Antlaşmaya atıfta bulunulmaksızın yatırım öncesi faaliyetlere yönelik bazı koruyucu hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bahse konu maddelerde, taraf devletler yatırım öncesi faaliyetlere yönelik olarak, milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı ilkelerini tatbik etme noktasında çaba göstermekle (endeavour) yükümlü (shall) tutulmuşlardır. Her ne kadar doktrinde *Walde/Hamida* tarafından söz konusu hükümler sebebiyle Ek Antlaşma olmaksızın da yatırım öncesi faaliyetlerin korunmakta olduğu sonucuna ulaşılmış ise de³⁷³, kanaatimizce bu noktada Antlaşma hükümlerinde geçen ibarelere bağlı kalınması daha makul bir çözüm ortaya koyacaktır. Enerji Şartı Antlaşmasının Ek Antlaşmaya atıf yaptığı 10(4) maddesinde zorunluluk bildiren ibarelere (shall, oblige) yer verilmiştir. Antlaşmanın 10(2) ve 10(5) maddeleri kapsamında ise münhasıran ev sahibi devletlerin çaba gösterme (endeavour) yükümlülüğüne vurgu yapılmıştır. Bu itibarla Ek Antlaşmanın kabulüne kadar ev sahibi devletlerin yatırım öncesi faaliyetler konusundaki yükümlülükleri, bu faaliyetlerin önündeki idari ve hukuki engelleri kaldırmak için gerekli gayretin gösterilmesiyle sınırlı bir çerçevede algılanmalıdır³⁷⁴. Bu yükümlülüğün, söz konusu idari ve hukuki engelleri kaldırma zorunluluğundan farklı olduğu aşikârdır. Bununla birlikte uygulamada bu

³⁷² Enerji Şartı Antlaşmasının 10(4) maddesinde, Ek Antlaşma hakkındaki müzakerelerin 01.01.1998 tarihine kadar sonuçlandırılması öngörülmüştür.

³⁷³ Walde/Hamida, 2008, s. 189, 190.

³⁷⁴ Keza Enerji Şartı Sekretaryası tarafından 2004 yılında yayımlanan mevzuat derlemesinde de, güncel Enerji Şartı Antlaşması metninin üye devletlere sadece “mevcut yatırımlar” bakımından ayrımcılık yapmama yükümlülüğü getirdiği ifade edilmiştir. Söz konusu yayında ayrıca, taraf devletlerin, müzakere süreci devam etmekte olan Ek Antlaşmanın kabulünden sonra yatırım öncesi faaliyetler konusunda da ayrımcılık yapmama yükümlülüğüne tâbi tutulacağı vurgulanmıştır.

farklılığın hangi kıstaslar etrafında tezahür edeceği ancak tahkim yargılamalarındaki kararlar ışığında açıklığa kavuşturulabilecektir.

III. ENERJİ YATIRIMI KAVRAMINA YÖNELİK SINIRLANDIRMALAR

Enerji yatırımı kavramı Enerji Şartı Antlaşmasında bazı açılardan önemli kısıtlamalara tâbi tutulmuştur. Bunların başında kavramın coğrafi bakımdan kısıtlanması yer almaktadır. Antlaşmada öngörülen diğer kısıtlama alanı ise enerji yatırımı kavramının zaman bakımından uygulanmasına ilişkindir.

A. Coğrafi Bakımdan Sınırlandırma

Yatırım antlaşmalarında yatırımın yapıldığı coğrafi alana ilişkin sınırların tespit edilmeye çalışılmasının temel amacı, ev sahibi devletin söz konusu yatırım faaliyetlerinden mümkün olduğu ölçüde fazla yararlanabilmesinin temin edilmesidir. Ev sahibi devletler yatırım korumasının getirdiği olağan riskleri, sadece kendi gelişimleri ve menfaatlerine önemli katkı sağlayacağına inandıkları projeler bakımından üstlenmek istemektedir. Bu itibarla yatırım antlaşmalarında, yatırım kavramının coğrafi bakımdan sınırlandırılması tercih edilmektedir.

Enerji Şartı Antlaşmasının 1(6) maddesinde yatırım kavramı tanımlanırken, bu kavramın taraf devletlerden birinin yatırımcısının diğer bir taraf devletin “alanında” gerçekleştirdiği tüm yatırımları kapsadığı ifade edilmiştir. Bir diğer ifadeyle Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan istifade edebilmek için yatırım faaliyetlerinin, ev sahibi devletin alanı içinde gerçekleştirilmesi şarttır. Bu itibarla Antlaşmanın yatırımlara sağladığı hukuki korumanın sınırlarının tespit edilebilmesi bakımından “alan” ibaresiyle neyin kastedildiğinin açıklığa kavuşturulması gereklidir.

Enerji Şartı Antlaşmasında alan kavramı, Antlaşmanın 1(10) maddesinde iki bent hâlinde izah edilmiştir. Buna göre enerji yatırımının yapıldığı ev sahibi devletin alanı, o devletin ülkesine tekabül edecek biçimde tanımlanmıştır³⁷⁵. Bununla birlikte Antlaşmanın aynı maddesinde ülke ibaresinin açılımına da yer verilmiş ve ev sahibi devletin “kara sahası, iç suları ve kara suları”nın o devletin ülkesini oluşturduğu belirtilmiştir. Diğer taraftan Antlaşmanın 1(10) maddesinde, ülke tanımının dışında kalan bazı coğrafi bölümler de, enerji sektörünün kendine özgü niteliği nazara alınarak, ev sahibi devletin alanı içinde mütalaa edilmiştir. Buna göre ev sahibi devletin üzerinde egemenlik hakkını ve yargılama yetkisini kullandığı “denizler, deniz yatakları ve bunların satıh altı toprakları” alan kavramı kapsamında yer almaktadır. Görüldüğü üzere Antlaşmada egemenlik hakkı ve yargılama yetkisine “sahip olunması” değil, bu hak ve yetkinin “filen kullanılması” şartı aranmaktadır. Bununla birlikte Antlaşmaya göre, bahse konu kullanımın uluslararası deniz hukuku hükümleri uyarınca gerçekleştirilmesi ve bu hükümlere aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir.

Enerji Şartı Antlaşmasına münferit devletlerin yanı sıra bölgesel ekonomik bütünleşme örgütlerinin³⁷⁶ de taraf olması mümkündür. Bu örgütler bakımından yatırımın gerçekleştirildiği alanın tespit edilmesi özel bir önem taşımaktadır. Zira münferit devletlerin aksine, belirtilen ihtimalde söz konusu bütünleşmeye dâhil olan birden fazla devlet bulunmaktadır. Avrupa Topluluklarının Enerji Şartı Antlaşmasına üye olması, bu durumun en somut örneğini oluşturmaktadır. Antlaşmanın 1(10) maddesinde bölgesel ekonomik bütünleşme örgütlerinin alanı, örgütü oluşturan devletlerin alanına eşitlenmiştir. Bu itibarla örgütü oluşturan devletlerin kara sahası, iç suları ve

³⁷⁵ Enerji Şartı Antlaşmasında yatırımın coğrafi sınırı tespit edilirken “ülke” (territory) ibaresi yerine “alan” (area) ibaresinin kullanılması tercih edilmiş ve bu ibare de ev sahibi devletin ülkesi ile özdeşleştirilmiştir. Bu sayede, pek çok ikili yatırım antlaşmasında, ülke kavramının yine ülke ibaresiyle açıklanması biçiminde ortaya çıkan kısır döngünün, Enerji Şartı Antlaşması bakımından geçerli olmadığını ifade edebilmek mümkündür.

³⁷⁶ Antlaşmanın 1(3) maddesinde Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Örgütü (Regional Economic Integration Organization) şu ifadelerle tanımlanmaktadır: Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Örgütü, devletlerin Enerji Şartı Antlaşmasında öngörülen konulara ilişkin yetkilerini bir üst otoriteye devrettikleri ve bu otoritenin de bu konulara ilişkin olarak söz konusu devletler adına karar alma yetkisiyle teçhiz edildiği örgüttür.

kara suları ile denizler, deniz yatakları ve bunların satıh altı toprakları aynı zamanda örgütün alanı olarak kabul edilecektir. Enerji Şartı Antlaşması, anılan devletlerin alanlarının tayin edilmesi bakımından ise söz konusu örgütü kuran antlaşmanın referans alınacağını beyan etmiştir.

B. Zaman Bakımından Sınırlandırma

1. Hukuki Çerçeve

Enerji Şartı Antlaşmasında, Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan istifade edilebilmesinin bir diğer şartı, yatırımın gerçekleştirildiği zaman dilimi nazara alınarak tespit edilmiştir. Antlaşmanın 1(6)(2) maddesinde, Antlaşmanın “geçerlilik tarihi” itibariyle ev sahibi devlette mevcut bulunan veya bu tarihten sonra gerçekleştirilen tüm yatırımları kapsadığı hüküm altına alınmıştır. Mezkûr maddede, “geçerlilik tarihi” hem yatırımcının tabiiyetinde bulunduğu devlet hem de ev sahibi devlet bakımından Antlaşmanın yürürlüğe girme tarihi olarak tespit edilmiştir. Bu madde çerçevesinde yatırımın Antlaşmanın geçerlilik tarihinden önce veya sonra gerçekleştirilmesi arasında bir farklılık oluşturulmamıştır. Bir diğer ifadeyle yatırımın Antlaşmanın geçerlilik tarihi itibariyle hâlen devam etmekte olması yeterli kabul edilmiştir. Yukarıda izah edildiği üzere, gelişmekte olan ülkeler genellikle antlaşmanın uygulama alanını zaman bakımından kısıtlama, gelişmiş ülkeler ise mümkün olduğu ölçüde genişletme eğilimi sergilemektedir. Bu çerçevede Enerji Şartı Antlaşması, her ne kadar çok sayıda gelişmekte olan ülke tarafından imzalanmış bir antlaşma hüviyeti taşısa da, zaman bakımından uygulanma konusuna ilişkin olarak münhasıran gelişmiş ülkelerce tercih edilen yaklaşımı benimsemiştir.

Enerji Şartı Antlaşmasının 1(6)(2) maddesinde Antlaşmanın uygulama alanını zaman bakımından sınırlandıran ilave bir hükme yer verilmiştir. Buna göre Antlaşma hükümleri, sadece Antlaşmanın geçerlilik tarihinden “sonraki

dönemde etkilenen yatırımlarla” sınırlı olarak tatbik edilecektir. Bir diğer ifadeyle Antlaşma hükümlerinin bir yatırıma uygulanabilmesi için yatırımı etkileyen “olayların” Antlaşmanın geçerlilik tarihinden “sonraki dönemde” gerçekleşmiş olması şarttır. Bu çerçevede Enerji Şartı Antlaşmasının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin hükmü şu şekilde formüle edilebilir: Antlaşmanın geçerlilik tarihinden sonra gerçekleştirilen yatırımlar bakımından her ihtimalde Antlaşma hükümleri uygulanmalıdır. Antlaşmanın geçerlilik tarihinden önce gerçekleştirilen yatırımlar (önceki yatırım) bakımından Antlaşma hükümlerinin tatbik edilebilmesi içinse iki aşamadan oluşan bir inceleme yapılmalıdır. İlk olarak, önceki yatırımın Antlaşmanın geçerlilik tarihi itibarıyla hâlen mevcut bulunması, yani devam ediyor olması gereklidir. Buna ilave olarak, yatırımcının veya ev sahibi devletin menfaatini haleldar eden olayların Antlaşmanın yürürlük tarihinden sonraki dönemde gerçekleşmiş olması gereklidir. Bu şartın mefhumu muhalifinden; Antlaşma hükümlerinin, Antlaşmanın yürürlük tarihinden önceki dönemde gerçekleşen olaylarda uygulanmayacağı neticesine ulaşılabilmektedir.

Enerji Şartı Antlaşmasında öngörülen ilave şartın kapsamının net biçimde tayin edilebilmesi kolay gözükmemektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, pek çok ikili yatırım antlaşmasında antlaşma hükümlerinin, yürürlük tarihinden önceki dönemde ortaya çıkan “uyuşmazlıklar” hakkında uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Acaba Enerji Şartı Antlaşmasında yer verilen söz konusu ilave şart, ikili yatırım antlaşmalarında benimsenen bu yaklaşımın tekrarı niteliğinde midir?

Kanaatimizce, Enerji Şartı Antlaşmasındaki ilave şart, ikili yatırım antlaşmalarındaki benzer nitelikli hükümlerden daha geniş yorumlanmalıdır. İkili yatırım antlaşmalarında öngörülen zaman kısıtlaması, bu antlaşmaların yürürlük tarihinden önceki dönemde ortaya çıkan “uyuşmazlık”lara ilişkin olarak kabul edilmiştir. Bir diğer ifadeyle bahse konu ikili yatırım antlaşmaları, yürürlük tarihinden önceki dönemde ortaya çıkan uyuşmazlıklar hakkında uygulanmamaktadır. Buna karşılık Enerji Şartı Antlaşmasında uyuşmazlık mefhumundan bahsedilmediği görülmektedir. Antlaşma, ikili yatırım

antlaşmalarının aksine, yürürlük tarihinden önceki dönemde ortaya çıkan ve yatırım sürecini etkileyen tüm “olayları” uygulama alanı dışına itmiştir. Bu itibarla, Enerji Şartı Antlaşmasının zaman bakımından kısıtlayıcı hükmü, önceki yatırımlar bakımından “uyuşmazlık düzeyine erişmiş olmayan” olayları da kapsayacak biçimde kaleme alınmıştır³⁷⁷.

Enerji Şartı Antlaşmasında zaman bakımından kabul edilen kısıtlamaların bir diğeri, taraf devletlerin Antlaşmayı tek taraflı feshine ilişkindir³⁷⁸. Antlaşmanın 47. maddesi hükmü uyarınca taraf devletlerin, Antlaşmanın kendileri için yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıllık bir zaman dilimi içinde herhangi bir fesih bildiriminde bulunma imkânları yoktur. Taraf devletler ancak bu sürenin hitamından sonra yazılı bildirimde bulunmak kaydıyla Antlaşmayı tek taraflı feshetme imkânına sahip kılınmıştır. Antlaşmada ayrıca fesih beyanının yazılı bildirimde bulunma tarihinden itibaren bir yıl sonra işlerlik kazanacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükümler çerçevesinde, Antlaşmaya taraf olan bir devletin fesih bildiriminin işlerlik kazanabilmesi, Antlaşmayı kabulünden ancak altı yıl sonra mümkün olabilecektir. Bununla birlikte Antlaşmanın 47(3) maddesi uyarınca Antlaşma hükümleri, fesih bildiriminin işlerlik kazandığı tarihten itibaren yirmi yıl boyunca uygulanmaya devam edecektir. Muhtelif ikili yatırım antlaşmalarında da farklı sürelerle yer verilen böylesi bir düzenlemenin temelinde, yatırımcı ve ev sahibi devletin tâbi oldukları hukuki statüyü önceden bilebilmeleri ve davranışlarını bu statüye göre tayin edebilmelerinin sağlanması düşünülmüştür. Antlaşma, enerji yatırımlarının diğer yatırımlara nispetle daha uzun vadeli olduğu hususunu nazara alarak yatırım taraflarının bu ihtiyacını, fesih sonrası koruma süresini uzun tutmak suretiyle karşılamıştır.

³⁷⁷ Bu çerçevede Enerji Şartı Antlaşması, yürürlük tarihinden önceki dönemde önceki yatırımlardan kaynaklanan taraf iddialarının münhasıran bir hukuki talebin ileri sürülmesi aşamasında kaldığı (ne var ki taraflar arasında tam anlamıyla bir uyuşmazlığın çıkmadığı) ihtimallerde dahi, uygulama alanını kapatmış olmaktadır.

³⁷⁸ Salacuse, 2010, s. 173.

2. Hakem Kararlarında Zaman Bakımından Uygulama

Enerji Şartı Antlaşması hükümlerinin zaman bakımından uygulanabilmesi için ev sahibi devlet ülkesinde gerçekleştirilen ekonomik faaliyetin, o faaliyete yönelik ev sahibi devlet müdahalesinden önceki dönemde yatırım vasfını kazabilmiş olması şarttır. Bir diğer ifadeyle ev sahibi devlet müdahalesinden sonraki dönemde yatırım vasfını kazanmış bir faaliyet bakımından Antlaşma hükümlerinin tatbik edilmesi söz konusu edilemeyecektir. İçtihat hukuku alanında son derece isabetli biçimde kabul edilen bu kıstas, sadece Enerji Şartı Antlaşması açısından değil, tüm yatırım antlaşmaları bakımından uygulanma kabiliyetini haizdir. Konunun tartışıldığı uyuşmazlıklardan birini, Enerji Şartı Antlaşması hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulan *Libananco*³⁷⁹ davası oluşturmaktadır. Dava konusu olayın safahatı şu şekilde gelişmiştir:

Türkiye Cumhuriyeti Bakanlar Kurulu tarafından 1988 ve 1989 yıllarında Çukurova Elektrik A.Ş. (ÇEAŞ) ve Kepez ve Antalya Havalisi Elektrik Santralleri T.A.Ş.'ye (KEPEZ); elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve işletilmesi, konularında yetmiş yıl süreyle imtiyaz verilmiştir. Bakanlar Kurulunun 12.06.2003 tarihinde bahse konu imtiyazları kaldırması üzerine³⁸⁰,

³⁷⁹ *Libananco v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, September 2, 2011.

³⁸⁰ Bakanlar Kurulu Karar Sayısı: 2003/5712 (RG. 17.06.2003/25141)

- a) Çukurova Elektrik A.Ş.'ne, 16.8.1985 tarihli ve 85/9800 sayılı Kararnamenin eki Yönetmeliğin 2'nci maddesinde gösterilen 1 inci görev bölgesinde, 70 yıl süre ile elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti yapma görevi verilmesine ilişkin 26.9.1988 tarihli ve 88/13314 sayılı Kararnamenin,
- b) 16.8.1985 tarihli ve 85/9800 sayılı Kararnamenin eki Yönetmeliğin 2'nci maddesinde gösterilen 2'nci görev bölgesinde; 3096 sayılı Kanunun 3 üncü ve geçici 2'nci maddelerine göre, Kepez ve Antalya Havalisi Elektrik Santralleri T.A.Ş.'nin, 70 yıl süre ile elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı, işletilmesi ile ticaretinin yapılması ve tesislerin kurulması hususunda görevlendirilmesine ilişkin 7.10.1988 tarihli ve 88/13344 sayılı Kararnamenin,
- c) 85/9800 sayılı Kararnamenin eki Yönetmelikte belirlenen görev bölgelerinde olup kamu kurum ve kuruluşlarına ait elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinden, üzerinde mutabakata varılanların işletme haklarının bazı şirketlere verilmesine ilişkin 23.6.1989 tarihli ve 89/14305 sayılı Kararnamenin (a) bölümünde yer alan Çukurova Elektrik A.Ş.'ne ilişkin hüküm ile (b) bölümünde yer alan Kepez ve Antalya Havalisi Elektrik Santralleri T.A.Ş.'ne ilişkin hükmün, yürürlükten kaldırılması; Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı'nın uygun görüşüne dayanan,

2003 yılı Eylül ayında ÇEAŞ ve KEPEZ tarafından Türkiye’de dava açılmıştır. Söz konusu davanın 2005 yılının Mayıs ayında idare lehine hükme bağlanması üzerine, GKRY menşeli Libananco Holdings Co. Limited (Libananco) unvanlı şirket tarafından ICSID nezdinde uluslararası tahkim süreci başlatılmıştır.

Libananco, davada, 2002 yılının Ekim ayı ile 2003 yılının Mayıs ayı arasındaki dönemde ÇEAŞ ve KEPEZ’deki Uzan ailesine ait hisselerin kendileri tarafından satın alındığını³⁸¹, 15.05.2003 tarihi itibarıyla ÇEAŞ’ın yüzde 65,2 ve KEPEZ’in ise yüzde 60 oranında hissedarı durumuna geldiğini ileri sürmüştür³⁸². Türkiye’nin 12.06.2003 tarihinde bahse konu şirketleri kamulaştırmak suretiyle Enerji Şartı Antlaşmasını ihlâl ettiğini³⁸³ iddia eden davacı Libananco, Türkiye’den 10,1 milyar ABD Doları³⁸⁴ tutarında tazminat talep etmiştir. Davalı Türkiye ise savunmasında, dört farklı gerekçeden hareketle hakem heyetinin yargılama yetkisinin bulunmadığını iddia etmiştir. Söz konusu gerekçeler, hakem heyeti tarafından temel inceleme konuları olarak şu başlıklar altında somutlaştırılmıştır:

- (i) Libananco, ÇEAŞ ve KEPEZ’deki hisseleri davacı iddiasına mesnet kamulaştırma tarihi olan 12.06.2003 tarihinden önce edinmiş midir?³⁸⁵
- (ii) Libananco, ICSID Konvansiyonu ve Enerji Şartı Antlaşması hükümleri çerçevesinde bir yatırımcı olarak değerlendirilebilir mi?³⁸⁶
- (iii) Libananco’nun iddiaları, Türkiye’nin tahkime onay verdiğini göstermekte midir?³⁸⁷

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’nın 12.6.2003 tarihli ve 1939 sayılı yazısı üzerine, 4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı Kanunun 3 üncü, 5 inci ve geçici 2’nci maddelerine göre, Bakanlar Kurulu’nca 12.6.2003 tarihinde kararlaştırılmıştır.

³⁸¹ Libananco v. Turkey, Award, Para. 94.

³⁸² Libananco v. Turkey, Award, Para. 139.

³⁸³ Libananco v. Turkey, Award, Para. 102.

³⁸⁴ Libananco v. Turkey, Award, Para. 562(a). Hakem heyeti, söz konusu meblağın ICSID tahkiminde bugüne kadar talep edilen en yüksek tazminat talebi olduğunu beyan etmiştir.

³⁸⁵ Libananco v. Turkey, Award, Para. 127-536.

³⁸⁶ Libananco v. Turkey, Award, Para. 537, 538.

- (iv) Türkiye, Enerji Şartı Antlaşmasının 17. maddesinde öngörülen avantajların reddi imkânından faydalanabilir mi?³⁸⁸

Hakem heyetine göre dava konusu uyuşmazlığın kilit noktasını, Libananco'nun ÇEAŞ ve KEPEZ'deki hisselerini, söz konusu şirketlere verilen imtiyazların kaldırılma tarihi olan 12.06.2003 tarihinden önce edinip edinmediği hususu oluşturmaktadır³⁸⁹. Zira hakem heyetinin yargılama yetkisi ile doğrudan bağlantılı olan bu soruya olumsuz cevap verildiği takdirde, ortada hukuken korunması gereken bir yatırımcının ve dolayısıyla bir yatırımın varlığından bahsedebilmek mümkün olmayacaktır. Keza böyle bir ihtimalde diğer soruların cevaplandırılmasına da ihtiyaç kalmayacaktır. Bu itibarla hakem heyeti, kararının büyük bölümünü³⁹⁰ bahsi geçen ilk sorunun cevabını aramaya vakfetmiştir.

Hakem heyeti ilk değerlendirmesinde, davada yargılama yetkisinin bulunup bulunmadığını tetkik etmiştir. Heyet, emsal tahkim kararlarına atıfta bulunmak suretiyle³⁹¹ yargılama yetkisinin varlığı için ÇEAŞ ve KEPEZ'deki Uzan ailesine ait hisselerin, Libananco tarafından 12.06.2003 tarihinden önce edinilmesinin gerekli olduğunu tespit etmiştir³⁹². Heyet bununla birlikte bahsi geçen hususu ispat yükünün davacı taraf üzerinde olduğunu ifade etmiştir³⁹³.

Hakem heyeti konunun esasına ilişkin değerlendirmesinde ise davacı şirket tarafından ileri sürülen iddiaların belgelendirilemediğini dile getirmiştir. Bunun yanında davacı şirket iddiaları ile bu şirket lehine getirilen tanık ifadelerinin birbiriyle çelişki arz ettiğini tespit eden heyet, davacı şirket tarafından sunulan delillerin de kendi içinde tutarsızlıklar içerdiğini

³⁸⁷ Libananco v. Turkey, Award, Para. 539-548.

³⁸⁸ Libananco v. Turkey, Award, Para. 549-556.

³⁸⁹ Libananco v. Turkey, Award, Para. 105.1.

³⁹⁰ Söz konusu sorunun cevabına ilişkin davacı iddiaları, davalı savunması, tanık ifadeleri ve heyetin kanaatleri kararda toplam 142 sayfa halinde incelenmiştir. Bkz. Libananco v. Turkey, Award, Para. 127-536.

³⁹¹ Hakem heyetinin konuya ilişkin atıfta bulunduğu emsal tahkim kararlarını; Aram Sabet et al v. Islamic Republic of Iran-Bonyad-E-Mostazafan, Iran-US Claims Tribunal Case No. 815-816-817, Award No. 593-815/816/817-2, 29 June 1999 ve Saluka Investment BV (Netherlands) v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006 kararları oluşturmaktadır.

³⁹² Libananco v. Turkey, Award, Para. 128, 129.

³⁹³ Libananco v. Turkey, Award, Para. 124.

belirlemiştir. Hakem heyeti bu gerekçeler ışığında, ÇEAŞ ve KEPEZ'deki Uzan ailesine ait hisselerin Libananco tarafından 12.06.2003 tarihinden önce iktisap edildiğinin ispat edilemediğini tespit etmiştir³⁹⁴. Netice itibariyle ev sahibi devlet müdahalesinden önceki dönemde gerçekleştirilen bir yatırımın varlığından bahsedebilmenin mümkün olmadığını ifade eden hakem heyeti, bu şartlar altında dava konusu olayda yargılama yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir³⁹⁵.

Hakem heyeti, yukarıda ifade edilen tespitinden sonra, Libananco davası açısından diğer sorulara cevap aramanın gerekli olmadığını beyan etmiş, buna karşılık ileride ortaya çıkabilecek benzer nitelikli uyuşmazlıklarda yol gösterici olması bakımından söz konusu hususlara ilişkin bazı açıklamalara da yer vermiştir³⁹⁶. Heyet, ilk olarak Libananco'nun ICSID Konvansiyonu ve Enerji Şartı Antlaşması hükümleri çerçevesinde bir yatırımcı olarak kabul edilip edilemeyeceğine dair izahatta bulunmuştur. Heyete göre Libananco'nun 12.06.2003 tarihinden önce Türkiye'de bir yatırımının bulunmadığı tespit edildikten sonra, bahse konu şirketin yatırımcılık sıfatından bahsetmek mümkün olamayacaktır. Zira yatırımın bulunmadığı bir ortamda yatırımcının var olması imkânsızdır³⁹⁷. Hakem heyeti, kararının son bölümünde ise Türkiye'nin Enerji Şartı Antlaşmasınının 17. maddesinde öngörülen avantajların reddi imkânından faydalanıp faydalanamayacağı hususuna ilişkin de bazı açıklamalarda bulunmuştur. Hakem heyetinin Enerji Şartı Antlaşmasınının 17. maddesine ilişkin açıklamalarına, aşağıda "Enerji Yatırımcısı" başlığı altında³⁹⁸ ayrıntısıyla yer verilecektir.

IV. ENERJİ YATIRIM TÜRLERİ

³⁹⁴ Libananco v. Turkey, Award, Para. 536.

³⁹⁵ Libananco v. Turkey, Award, Operative Section, Para. 570.1, 570.2.

³⁹⁶ Libananco v. Turkey, Award, Para. 537.

³⁹⁷ Libananco v. Turkey, Award, Para. 537.

³⁹⁸ Bkz. aşa. s. 175.

Enerji yatırım türleri Enerji Şartı Antlaşmasının 1(6) maddesinde detaylı bir listeye yer verilmek suretiyle sıralanmıştır. Bu hüküm uyarınca başlıca enerji yatırım türleri; enerji sektöründeki ekonomik faaliyetler, enerji yatırım sözleşmeleri, hisse senedi ve tahviller, fikri mülkiyet hakları ve kazançlardır. Enerji yatırımı kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için bahsi geçen türlerin izahında fayda görülmektedir.

A. Enerji Sektöründeki Ekonomik Faaliyetler

1. Temel Faaliyet Alanları

Enerji Şartı Antlaşmasında düzenlenen enerji yatırım türlerinden uygulama alanı en geniş olanı, enerji sektöründe yürütülen ekonomik faaliyetler teşkil etmektedir. Tüm enerji yatırımları içinde işgal ettiği saha nazara alındığında, bahse konu yatırım türünün enerji yatırımlarının en önemli kaynağı olarak tespit edilebilmesi mümkündür. Antlaşmanın 1(6)(f) maddesinde; “kanuna, sözleşmeye veya kanundan alınan bir yetkiye binaen verilen bir ruhsat ya da izin belgesine dayanarak, enerji sektöründe yürütülen herhangi bir ekonomik faaliyete ilişkin hak talepleri”, enerji yatırımı kapsamında mütalaa edilmiştir. Söz konusu madde uyarınca bir yatırımcının, Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalanabilmesi için yatırım faaliyetinin enerji sektörü içinde gerçekleşmesi ve bu faaliyetin ekonomik bir değer ihtiva etmesi gereklidir. İzah edilen çerçevede hangi yatırım faaliyetlerinin enerji sektörünün içinde yer aldığına açıklığa kavuşturulması, enerji yatırımı kavramının içinin doldurulması ve Antlaşmanın uygulama alanınının tespit edilmesi bakımından önem taşımaktadır.

Enerji sektöründe yürütülen ekonomik faaliyetlerin içeriği, Antlaşmanın 1(5) maddesinde, faaliyet alanları ismen belirtilmek suretiyle tayin edilmiştir. Buna göre enerji madde ve ürünlerinin “aranması, çıkarılması, arındırılması (rafinajı), üretimi, depolanması, kara yoluyla taşınması, iletilmesi, dağıtılması,

ticareti, pazarlanması ve satışı”na yönelik işlemlerin tamamı enerji sektöründeki ekonomik faaliyetler olarak sıralanmıştır. Bunun dışında anılan maddede, “çoklu konut alanlarına ısı dağıtımına ilişkin işlemler” de enerji sektöründeki ekonomik faaliyetler kapsamında ifade edilmiştir³⁹⁹.

Nihai Senette de, Antlaşmanın 1(5) maddesinde geçen enerji sektöründeki ekonomik faaliyetlere ilişkin bir izaha yer verildiği görülmektedir. Nihai Senedin IV(2) maddesinde öncelikle, Antlaşmanın enerji sektörünün dışında kalan ekonomik faaliyetler bakımından herhangi bir hak bahsetmediği vurgulanmıştır. Söz konusu maddede ayrıca; petrol, doğal gaz, kömür ve uranyum gibi enerji hammaddelerine yönelik “keşif, araştırma ve çıkarma” faaliyetlerinin, enerji sektöründe yürütülen ekonomik faaliyetler kapsamında yer aldığı ifade edilmiştir. Diğer taraftan Nihai Senette, enerji sektöründeki ekonomik faaliyetler kapsamında Antlaşmada sayılmayan bazı hususlara da yer verildiği görülmektedir. Bunların başında “yenilenebilir enerji kaynakları” gelmektedir. Nihai Senette, rüzgâr enerjisi ve diğer yenilenebilir enerji kaynaklarıyla çalışan güç üretim birimlerinin inşası ve çalıştırılması faaliyetlerinin, enerji sektöründe yürütülen ekonomik faaliyetler kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Antlaşmada yer almayıp Nihai Senette düzenlenen bir diğer faaliyet alanını ise enerji ürünlerinin piyasaya arz edilmesi sürecine ilişkin işlemler oluşturmaktadır. Bu çerçevede, enerji madde ve ürünlerinin; iletim ve dağıtım şebekeleri, boru hatları veya tahsisli raylı taşımacılık gibi bir yöntem kullanılarak “kara taşımacılığıyla nakledilmesi, dağıtılması ve arzı”na yönelik faaliyetler ile bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesini teminen yürütülen “yapım ve inşaat faaliyetleri” de enerji sektöründeki ekonomik faaliyetlerin bir diğer ayağını oluşturmaktadır.

Nihai Senet, sadece enerji sektöründeki aktif yatırım faaliyetlerini değil, bu faaliyetler neticesinde ortaya çıkan atıkların toplanması veya faaliyetin sona erdirilmesi gibi pasif nitelikli sayılabilecek işlemleri de, enerji sektöründeki ekonomik faaliyet kavramının kapsamına dâhil etmiştir. Bu

³⁹⁹ Antlaşmanın 1(5) maddesinde, Antlaşmanın Ek NI kısmında yer alan faaliyetlerin Enerji Sektöründeki Ekonomik Faaliyetler kapsamında değerlendirilmediği açıkça ifade edilmiştir.

çerçeve de Nihai Senette, “nükleer güç istasyonlarından çıkan radyoaktif atıklar da dâhil olmak üzere, enerji sektörüyle ilgili her nevi güç biriminden çıkan atıkların toplanması ve uzaklaştırılması”na yönelik faaliyetlere yer verilmiştir. Benzer şekilde petrol kuleleri, petrol rafinerileri ve güç üretim tesisleri de dâhil olmak üzere, enerjiyle ilgili her nevi tesisin “işletme dışı bırakılması” faaliyeti de Nihai Senette söz konusu ekonomik faaliyetler kapsamında ele alınmıştır. Yukarıda izah edilen faaliyetler ile enerji verimliliğini artırmayı amaçlayan faaliyetlere yönelik “araştırma, danışmanlık, planlama, yönetim ve tasarım çalışmaları” da Nihai Senette sıralanan diğer ekonomik faaliyetleri oluşturmaktadır. İzah edilen hukuki çerçevede, Enerji Şartı Antlaşmasının sağladığı koruma alanının, Nihai Senette sayılan faaliyetleri içerecek biçimde genişletilmiş olduğunu ifade etmek mümkün hâle gelmektedir.

Enerji Şartı Antlaşması ve Nihai Senet hükümlerinde enerji sektöründe yer aldığı ifade edilen ekonomik faaliyetlerin tamamı, bir enerji hammaddesi veya bu hammaddenin işlenmesi neticesinde ortaya çıkarılan bir enerji ürününü konu almaktadır. Enerji sektöründeki ekonomik faaliyetlerin kapsamının daha iyi anlaşılabilmesi için, “Enerji Madde ve Ürünleri” mefhumunun da izah edilmesi gereklidir. Antlaşmanın 1(4) maddesi uyarınca enerji madde ve ürünleri, Gümrük İşbirliği Konseyi Uyum Sistemi ve Avrupa Toplulukları Terminolojisi temelinde, Antlaşmanın Ek EM Kısmında yer alan maddeleri ifade etmektedir. Söz konusu Kısmında enerji madde ve ürünlerinin içeriği ismen sayılmak suretiyle açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre; “nükleer enerji alanında kullanılan uranyum veya toryum cevher ve konsantreleri ile kömür, doğal gaz, petrol, petrol ürünleri, elektrik enerjisi, yakacak odunlar ve kömürleşen odunlar” enerji madde ve ürünleri olarak kabul edilmiştir⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ Antlaşmanın 1(5) maddesinde, söz konusu enerji madde ve ürünlerinde bir kısmına ilişkin işlemlere, enerji sektöründeki ekonomik faaliyetler kapsamında yer verilmemiştir. Antlaşmanın Ek NI kısmında bahse konu madde ve ürünler aşağıdaki şekilde sıralanmıştır:

Enerji Şartı Antlaşması ve Nihai Senette enerji sektöründeki ekonomik faaliyetlere ilişkin hususların tahdidi değil, örnekleyici⁴⁰¹ mahiyette ele alındığına dikkat edilmelidir. Bu itibarla Antlaşma ve Nihai Senet hükümlerinde sayılmayan hususların da, enerji sektörüyle bağlantılı olmaları şartıyla Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalanabilmesi mümkündür. O hâlde enerji sektöründeki ekonomik faaliyetlerin kapsamının bütünüyle belirlenebilmesi için “bağlantılı faaliyet” olgusundan ne anlaşılması gerektiğinin izah edilmesi önem taşımaktadır.

2. Enerji Sektörüyle Bağlantılı Ekonomik Faaliyetler: Amto Kararı

Enerji Şartı Antlaşmasının 1/III maddesinde enerji sektörüyle “bağlantılı” faaliyetlerin de enerji yatırımı kapsamında mütalaa edildiği hükme bağlanmıştır. Bu itibarla Antlaşmanın geneline hâkim olan sektörel kısıtlama anlayışının, enerji sektörüyle “bağlantılı” faaliyetler bakımından önemli ölçüde hafifletilmiş olduğunu ifade etmek mümkündür⁴⁰². Sözelimi, bir petrol rafinerisi tesisi içinde yer alan petrokimya⁴⁰³ endüstrisi birimi, doğrudan enerji sektöründeki ekonomik bir faaliyet olmasa dahi enerji sektörüyle bağlantılı bir faaliyet olarak değerlendirilmelidir. Benzer şekilde enerji madde ve ürünlerinin deniz yoluyla taşınması faaliyeti de Enerji Şartı Antlaşması veya Nihai Senet hükümlerinde geçmemesine rağmen enerji sektörüyle bağlantılı kabul edilmelidir. Keza enerji sektöründe ekonomik faaliyet yürüten bir şirketle işbirliği yapmak veya böyle bir şirketin faaliyetleri için teknik altyapı

⁴⁰¹ Bkz. Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi m. IV(2)(b): The following activities are illustrative of Economic Activity in the Energy Sector.

⁴⁰² Bamberger Craig/Linehan Jan/Walde Thomas, The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase, Energy Law in Europe National, EU and International Regulation (Ed. Martha Roggenkamp), Oxford University Press, New York 2000, s. 5 (Bkz. <http://iis-db.stanford.edu/evnts/3917/Charter.pdf>) (ET. 25.06.2011); Gaillard, 2006, s. 66.

⁴⁰³ Petrokimya, petrolden organik kimyasal ürünler elde etmede kullanılan sanayi yöntemlerini topluca belirten terim olarak tanımlanmaktadır. Bkz. <http://tr.wikipedia.org/wiki/Petrokimya> (ET. 25.06.2011).

hizmeti sunmak da bağlantılı faaliyet kapsamında değerlendirilmeli ve Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalandırılmalıdır⁴⁰⁴.

Enerji sektörüyle bağlantılı ekonomik faaliyet unsuru Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (SCC) yargılamasına konu edilen *Amto Limited v. Ukraine*⁴⁰⁵ kararında ele alınmıştır. Dava konusu olayda, bir Letonya şirketi olan Amto Limited, Ukrayna'da tescilli EYUM-10 şirketinin toplam sermayesinin yüzde 67,2 oranındaki (204,165 pay) hissesini satın almıştır. EYUM-10, söz konusu hisse alım işleminin gerçekleştirildiği aşamada, Ukrayna devletine ait bir şirket olan ve bu ülkedeki nükleer güç biriminin işleticisi konumunda bulunan ZAES (Zaporozhskaya AES) şirketinin en büyük servis sağlayıcısı konumundadır. ZAES şirketinin iflas etmesi üzerine, bu şirket EMTO-10 ile akdettiği sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirememiştir. Bu gelişme üzerine Amto Limited, EMTO-10 şirketinde sahip olduğu hisseleri sebebiyle zarara uğradığını ileri sürerek SCC tahkimine müracaat etmiştir.

Dava konusu olaydaki ihtilaf, EYUM-10 ve ZAES arasındaki sözleşmenin, Enerji Şartı Antlaşması hükümleri çerçevesinde bir yatırıma vücut verip vermediği noktasında odaklanmaktadır. Buna karşılık Ukrayna devleti ise savunmasını ağırlıklı olarak, Amto Limited şirketinin EYUM-10 şirketinde sahip olduğu hisselerin yatırım olmadığı iddiası üzerine yoğunlaştırmıştır. Ukrayna, hisse alım işleminin Enerji Şartı Antlaşmasının 1(6) maddesi uyarınca “enerji sektöründe bir ekonomik faaliyet” teşkil etmediği için yatırım olarak kabul edilemeyeceğini beyan etmiştir⁴⁰⁶. Davalı devlet ayrıca, uyuşmazlığın Ukrayna'da tescilli bulunan iki farklı tüzel kişi arasındaki (EYUM-10 ve ZAES) ticari ilişkiden ileri geldiğini, bu anlamda Ukrayna devletinin bu davaya dâhil edilmesinin haklı bir yönünün bulunmadığını ileri sürmüştür⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Gaillard, 2006, s. 66.

⁴⁰⁵ Limited Liability Company Amto v. Ukraine, Arbitration Institute of the SCC, Arb. No. 080/2005, Final Award, March 26, 2008.

⁴⁰⁶ Limited Liability Company Amto v. Ukraine, Final Award, 2008, s. 13.

⁴⁰⁷ Limited Liability Company Amto v. Ukraine, Final Award, 2008, s. 15.

Hakem heyeti kararını, Ukrayna devletinin savunmasından bağımsız biçimde, ihtilafın esası üzerine inşa etmiştir. Heyet bu çerçevede yaptığı değerlendirmede ilk olarak, EYUM-10 ve ZAES arasındaki sözleşmenin enerji sektöründe ekonomik bir faaliyete ilişkin olup olmadığı sorusuna cevap aramıştır. Heyet öncelikle genel bir tespit yaparak, bir enerji üreticisiyle sözleşme akdedilmesinin, o hukuki ilişkiyi kendiliğinden enerji sektöründeki bir ekonomik faaliyet hâline getirmeyeceğini ifade etmiştir. Heyete göre enerji sektöründeki bir ekonomik faaliyetten bahsedebilmek için sözleşmenin en azından enerji sektörüyle “bağlantılı” olması gerekmektedir.

Hakem heyeti yukarıdaki tespitlerinden sonra somut ihtilafta, EYUM-10 ve ZAES arasındaki sözleşmenin enerji sektörüyle “bağlantılı” bir ekonomik faaliyet olup olmadığını tetkik etmiştir. Heyet, bu kapsamda ilk olarak ZAES’in temel işgal sahasının elektrik enerjisi üretimi olması hasebiyle doğrudan enerji sektöründe bir ekonomik faaliyet yürüttüğünü tespit etmiştir. Heyet EYUM-10 şirketinin ise ZAES’in bu faaliyete yönelik kurulum, tamirat ve güncelleme faaliyetleri çerçevesinde teknik destek hizmeti sağladığını, bu hizmetlerin ZAES’in nükleer güç biriminin işletilebilmesi bakımından hayati önemi haiz bulunduğunu belirlemiştir. Değerlendirmesinde EYUM-10 şirketinin ZAES’le yirmi yıllık stratejik bir işbirliği içinde olduğunu da dikkate alan hakem heyeti, tüm bu gerekçeler ışığında EYUM-10 şirketinin Ukrayna’da enerji sektörüyle “bağlantılı” ekonomik faaliyetler içeren bir yatırımının mevcut bulunduğu sonucuna ulaşmıştır⁴⁰⁸. Heyet diğer taraftan, ZAES’in Ukrayna devletine ait bir şirket olduğunu (state-owned company) nazara alarak davalı devletin, somut ihtilaf bakımından taraf sıfatına sahip olduğunu teyit etmiştir⁴⁰⁹.

B. Enerji Yatırım Sözleşmeleri

1. Enerji Yatırım Sözleşmelerine İlişkin Hukuki Çerçeve

⁴⁰⁸ Limited Liability Company Amto v. Ukraine, Final Award, 2008, s. 30, 31.

⁴⁰⁹ Limited Liability Company Amto v. Ukraine, Final Award, 2008, s. 35.

Enerji Şartı Antlaşmasında, ekonomik bir değer ihtiva eden ve bir yatırımla bağlantılı bulunan sözleşmeler, enerji yatırımı kavramının tanımı kapsamında mütalaa edilmiştir. Antlaşmanın 1(6)(c) maddesi çerçevesinde, bahsi geçen sözleşmelerden kaynaklanan para ödenmesine veya bir hizmetin gerçekleştirilmesine ilişkin hak talepleri koruma altına alınmıştır. Bununla birlikte söz konusu madde metni, muhtelif tahkim kararlarında mantıksal bir hata barındırdığı gerekçesiyle eleştiriye tâbi tutulmuştur. Bu eleştirilerin temelinde, anılan maddede “yatırım” kavramının tanımı yapılırken yine “yatırım” kavramına yer verilmiş olması bulunmaktadır. Bu itibarla uygulamada hakem heyetlerinin taraflar arasındaki sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflar bakımından verdikleri kararlarını, Antlaşmanın söz konusu 1(6)(c) maddesi yerine, bu maddeyle benzer bir kapsam ihtiva eden 1(6)(f) maddesine dayandırdıkları görülmektedir. Gerçekten de Antlaşmanın 1(6)(f) maddesi kapsamında yer verilen “enerji sektöründeki bir ekonomik faaliyet” ibaresi, enerji yatırım sözleşmelerini de ihtiva edecek anlamsal genişliğe sahiptir. Bu itibarla enerji sektöründe ekonomik faaliyet alanlarına ilişkin taraflar arasında akdedilebilecek tüm sözleşme türlerinin, eş zamanlı olarak Antlaşmanın 1(6)(f) maddesi hükmüyle de koruma altına alındığını ifade etmek mümkündür.

Yukarıda izah edilen teorik çerçevenin somut uygulaması, SCC tahkimine konu edilen *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*⁴¹⁰ davasında yaşanmıştır. Davada görevli hakem heyeti, uyuşmazlığın Antlaşmanın 1(6)(c) maddesi yerine 1(6)(f) maddesi hükmü uyarınca çözüme kavuşturulması tercih etmiştir. Dava konusu olaydaki ihtilaf, Cebelitarık'ta tescilli bulunan Petrobart şirketi ile Kırgızistan devleti arasındaki gaz kondensatı satım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Sözleşme hükümleri uyarınca Petrobart on iki taksit hâlinde Kırgız devletine 200.000 ton gaz kondensatı temin etme ve Kırgızistan devleti de bunun karşılığında ödemede bulunma taahhüdü altına girmiştir⁴¹¹. Kırgızistan devletinin sözleşmeden kaynaklanan edimini yerine

⁴¹⁰ Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, Arbitration Institute of the SCC, Arb. No. 126/2003, Award, March 29, 2005.

⁴¹¹ Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, Award, 2005, s. 4, 19.

getirmemesi üzerine Petrobart, uyuşmazlığı Enerji Şartı Antlaşması hükümleri çerçevesinde SCC tahkimine taşımıştır.

Hakem heyeti yaptığı ilk değerlendirmede, Enerji Şartı Antlaşmasının 1(6)(c) maddesinin yazımının mantıksal bir hata içerdiğini, zira yatırım kavramının tanımının yapıldığı söz konusu maddede yine aynı kavramın kullanıldığını, dolayısıyla maddenin kendi içinde bir kısır döngüye sebebiyet verdiğini tespit etmiştir⁴¹². Hakem heyeti, Antlaşmanın 1(6)(f) maddesiyle ilgili değerlendirmesinde ise taraflar arasında akdedilen gaz satış sözleşmesinin enerji sektöründe yürütülen ekonomik faaliyet olarak kabul edilmesi gerektiğini, bu itibarla somut ihtilafta Antlaşmanın bu maddesi anlamında bir yatırımın mevcut bulunduğunu ifade etmiştir⁴¹³.

Kanaatimizce, Enerji Şartı Antlaşmasının 1(6)(f) maddesinin kapsam itibariyle 1(6)(c) maddesini de içeren boyutunun bulunması, hakem heyetlerinin yukarıda izah edilen türde bir tercihte bulunmalarına zemin hazırlamıştır. Kuşkusuz, geçerli bir enerji yatırım sözleşmesinin varlığı, Antlaşmanın 1(6)(f) maddesinin uygulama kabiliyeti kazanabilmesi için de bir ön şart teşkil etmektedir. Zira ortada geçerli bir enerji yatırım sözleşmesinin bulunmadığı ihtimalde, enerji sektöründe yer alan veya bu sektörle bağlantılı bulunan ekonomik faaliyetin varlığından bahsedebilmek de mümkün olmayacaktır.

Enerji yatırım sözleşmeleri, devletler ile enerji sektöründeki yatırımcılar arasında genellikle üç farklı faaliyet sahasına ilişkin olarak akdedilmektedir. Bu sözleşme türlerini; “enerji kaynaklarının aranması ve üretimi sözleşmeleri”, “enerji altyapı sözleşmeleri” ve “enerji madde ve ürünlerinin satışı sözleşmeleri” başlıkları altında izah edebilmek mümkündür.

2. Enerji Kaynaklarının Aranması ve Üretimi Sözleşmeleri

Enerji sektöründe ev sahibi devletler ile yatırımcılar arasında akdedilen sözleşme türlerinden ilkinin, enerji kaynaklarının aranması ve üretilmesine

⁴¹² Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, Award, 2005, s. 72.

⁴¹³ Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, Award, 2005, s. 72.

ilişkin sözleşmeler oluşturmaktadır. Bahse konu sözleşmelerin uygulamada; taraflar arasındaki risk paylaşım oranı, ev sahibi devletteki enerji kaynağının yoğunluğu ve yatırımcı tarafın tâbi olduğu vergi rejimi gibi unsurların etkisiyle farklı alt sözleşme türleri şeklinde tezahür ettiği görülmektedir. Somut olayın özellikleri ve tarafların tercihlerine göre belirlenen bahse konu alt sözleşme türlerinin; “üretim ortaklığı sözleşmeleri”, “imtiyaz sözleşmeleri” ve “enerji yatırım hizmetlerinin kiralanması” sözleşmeleri başlıkları altında incelenmesi mümkündür⁴¹⁴.

Uluslararası enerji endüstrisinde, en sık kullanılan sözleşme tipini, özellikle gelişmekte olan devletlerce rağbet gören üretim ortaklığı sözleşmeleri (product sharing agreements) oluşturmaktadır. Üretim ortaklığı sözleşmesi, genellikle enerji kaynaklarının arama ve üretim faaliyetleri neticesinde elde edilen menfaatin, ev sahibi devlet ve yatırımcı arasında daha önceden belirlenen oranlarda paylaşılmasını konu alan bir sözleşme türüdür⁴¹⁵. Bu sözleşme türünde, enerji kaynakları üzerinde ev sahibi devletin münhasıran hak sahibi olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte kaynakların arama çalışmaları bakımından ihtiyaç duyulan sermaye, teknoloji ve uzmanlık transferi gibi her nevi masraf ise yatırımcı tarafça karşılanmaktadır. Esasında bu sözleşme türü bakımından yatırımcının üstlendiği yegâne riski de belirtilen masraf kalemleri teşkil etmektedir. Yatırımcı bu riskin karşılığı olarak üretim faaliyetinin tamamlanmasını takiben, yaptığı masrafları geri alma ve sözleşmede belirlenen oranda üretimden veya kârdan pay alma imkânına sahip kılınmaktadır. Bu paylaşımında genellikle, şartları taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinde düzenlenen eşel mobil (sliding scale) sistemi kullanılmaktadır. Uygulamada, yatırımcının yaptığı masraflar düşüldükten sonraki bakiyenin büyük payı genellikle ev sahibi devlete bırakılmaktadır. Bununla birlikte yatırım faaliyetinin zorluk düzeyi nazara alınarak bu oranda değişikliğe gidilebilmektedir⁴¹⁶. Diğer taraftan üretim ortaklığı sözleşmelerine genellikle,

⁴¹⁴ Cameron, 2010, s. 36.

⁴¹⁵ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 73.

⁴¹⁶ Cameron, 2010, s. 36.

yatırımcının gelir vergisi dışında ev sahibi devlette tatbik edilen vergi, resim ve harçlardan muaf olduğuna dair hükümler derç edilmektedir⁴¹⁷.

Enerji kaynaklarının aranması ve üretimine ilişkin bir diğer sözleşme türünü, genellikle gelişmiş devletler tarafından tercih edilen imtiyaz sözleşmeleri oluşturmaktadır. Üretim ortaklığı sözleşmelerinin aksine, imtiyaz sözleşmelerinde ev sahibi devlet, enerji kaynaklarının aranması ve işletilmesi yetkisini uzun bir dönem için yatırımcıya devretmektedir. Böylesi bir devir kapsamında yatırımcı taraf, ev sahibi devlete genellikle nakden ödediği bedel karşılığı olarak, kâr ve zararı tümüyle kendisine ait olmak üzere, enerji kaynaklarını arama ve işletme imkânına sahip olmaktadır. Bunun yanında imtiyaz sözleşmelerinde genellikle yatırımcı taraf, ev sahibi devlet hukuku uyarınca tatbik edilen tüm vergilere tâbi tutulmaktadır⁴¹⁸.

İmtiyaz sözleşmelerini, üretim ortaklığı sözleşmelerinden ayıran en temel nokta mülkiyet hakkına dayanmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinde, yatırımcının başkaca bir devir veya işleme gerek olmaksızın, doğrudan ürettiği enerji kaynağının sahibi olduğu kabul edilmektedir. Üretim ortaklığı sözleşmelerinde ise yatırımcı tarafça üretilen enerji kaynağı üzerindeki tek hak sahibi hâlen ev sahibi devlettir. Bu noktada yatırımcının talep hakkı sözleşmeye dayanan nispi bir hak niteliği taşımaktadır. Bu itibarla yatırımcı taraf, sözgelimi ürettiği petrolün ihraç noktasına veya taraflarca belirlenen teslim noktasına ulaşması anına dek, bu ürün üzerinde herhangi bir hak kazanmış olmamaktadır. Hatta doktrinde bu yön nazara alınarak üretim ortaklığı sözleşmelerinin, klasik satış sözleşmelerinin bir türü olarak değerlendirilmesinin dahi mümkün olduğu ileri sürülmektedir. İmtiyaz sözleşmelerinin, üretim ortaklığı sözleşmelerinden ayrıldığı bir diğer nokta ise vergilendirme bahsine ilişkindir. Yukarıda işaret edildiği üzere, üretim ortaklığı sözleşmelerinde yatırımcı taraf genellikle gelir vergisi dışında ev sahibi devlette tatbik edilen diğer mali yükümlülüklerden muaf kılınmaktadır. Buna

⁴¹⁷ 1996 yılında Azerbaycan, 2007 yılında Kuzey Irak Bölgesel Yönetimi ve 1999 yılında Mozambik tarafından imzalanan farklı üretim ortaklığı sözleşmelerinde yatırımcılar lehine yer verilen vergi muafiyeti hükümlerinin orijinal metinleri için bkz. Cameron, 2010, s. 37, 38.

⁴¹⁸ Cameron, 2010, s. 40.

karşılık ev sahibi devletle imtiyaz sözleşmesi akdeden bir yatırımcı ise bu devlet hukukunda öngörülen tüm mali yükümlülüklerle tâbi olmaktadır⁴¹⁹.

Enerji kaynaklarının aranması ve üretimine ilişkin bir diğer sözleşme tipi ise “risk hizmeti sözleşmeleri” olarak da (The Risk Service Agreements) isimlendirilen, enerji yatırım hizmetlerinin kiralanmasına ilişkin sözleşmelerdir. Bu sözleşme türünde, enerji kaynağının aranması ve geliştirilmesine yönelik tüm risk yatırımcı tarafından üstlenilmektedir. Ev sahibi devlet ise üretilen enerji kaynağının satışı sonrasında, yatırımcıya masraflarını iade etme ve gerçekleştirdiği hizmetin karşılığında bedel ödeme taahhüdü altına girmektedir. Görüldüğü üzere bu sözleşme türünde yatırımcının kazanç elde edebilmesi, enerji kaynağının üretimine ve satışına bağlıdır. Bu yönüyle risk hizmeti sözleşmesi, diğer sözleşme türlerine nazaran yatırımcı aleyhine büyük bir riski bünyesinde barındırmaktadır. Bu itibarla bahse konu sözleşme türü ağırlıklı olarak, geniş enerji kaynaklarına sahip olmasıyla tanınan Orta Doğu ülkeleri ve Venezüella gibi ülkelerde yatırım yapan yatırımcılar tarafından tercih edilmektedir. Risk hizmeti sözleşmelerinde, imtiyaz sözleşmelerinden farklı olarak yatırımcıya herhangi bir hakkın devredilmesi söz konusu değildir. Bir diğer ifadeyle bu sözleşme tipi bakımından, ev sahibi devlet enerji kaynaklarının tümü üzerinde hak sahibi olmaya devam etmektedir. Dolayısıyla risk hizmeti sözleşmelerinde yatırımcı, münhasıran hizmetini belirli bir bedel karşılığında kiralayan kişi konumunu işgal etmektedir⁴²⁰.

Risk hizmeti sözleşmesi ile üretim ortaklığı sözleşmesi arasında, yatırımcı tarafından üstlenilen riskin kapsamı ve yatırımcı lehine öngörülen kazanç sağlama yöntemi itibarıyla kayda değer bir farklılaşma bulunmaktadır. Şöyle ki; üretim ortaklığı sözleşmesinde yatırımcının üstlendiği risk, arama çalışmaları bakımından ihtiyaç duyulan masraflarla sınırlı iken, risk hizmeti sözleşmesinde yatırımcı enerji kaynağının üretimi ve satışına ilişkin riskleri dahi üstlenmiş kabul edilmektedir. Benzer şekilde üretim ortaklığı

⁴¹⁹ Cameron, 2010, s. 41.

⁴²⁰ Cameron, 2010, s. 42.

sözleşmesinde yatırımcı taraf üretimden pay alma hakkına sahip iken, risk hizmeti sözleşmesinde yatırımcının hakkı, hizmetinin karşılığı olarak ödenmesi vaat edilen bedelden ibarettir. Diğer taraftan enerji kaynağı üzerindeki hak sahipliği temelinde, imtiyaz sözleşmeleri ile üretim ortaklığı sözleşmeleri bakımından tespit edilen farklılıkların, risk hizmeti sözleşmeleri bakımından da geçerli olduğunu ifade etmek mümkündür.

3. Enerji Altyapı Sözleşmeleri

Enerji Şartı Antlaşmasının sağladığı hukuki korumadan faydalanmaya imkân sağlayan bir diğer sözleşme türü, ağırlıklı olarak enerji ürünlerinin iletim ve dağıtım projelerinde kullanılan enerji altyapı sözleşmeleridir⁴²¹. Enerji altyapı yatırımları içinde en ağırlıklı kısmı ise elektrik üretim projeleri oluşturmaktadır. UNCTAD tarafından 2008 yılında yayımlanan bir çalışmada, altyapı projelerine ilişkin gerçekleştirilen doğrudan yabancı yatırımların çok önemli bir kısmını elektrik üretim faaliyetlerinin oluşturduğu tespit edilmiştir⁴²². Aynı çalışmada, elektrik üretimine ilişkin doğrudan yabancı yatırımların en fazla Afrika kıtasında, daha sonra ise sırasıyla Asya ve Latin Amerika kıtalarında gerçekleştirildiği belirtilmiştir⁴²³.

Enerji altyapı projeleri, uygulamada genellikle, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında akdedilen bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi marifetiyle işlerlik kazanmaktadır. Bunun yanında son dönemde bahse konu projelerin yap-işlet-sahip ol (built-operate-own) veya yap-işlet-devret (built-operate-transfer) sözleşmeleri kapsamında da yürütüldüğü gözlenmektedir. Özellikle 1990'lı yıllardan sonra, özelleştirme uygulamalarının etkisiyle yaygın biçimde

⁴²¹ Özellikle 1980'li yılların başında ekonominin liberalleşmesiyle gelişmeye başlayan altyapı yatırımlarına yönelik projeler, 1990'lı yıllardan sonra ivme kazanmaya devam etmiştir. 1990 ilâ 2006 yılları arasında dünya genelindeki altyapı yatırımlarını konu alan doğrudan yabancı yatırımların değeri 786 milyar ABD Doları düzeyinde gerçekleşmiştir. Bu seviye gelişmekte olan ülkelerde, 1990 öncesi döneme nispetle yirmi bir katlık bir artışla, 199 milyar ABD doları düzeyine ulaşmıştır. Bkz. Cameron, 2010, s. 48, 49.

⁴²² UNCTAD, Promotion of Investment Into Infrastructure A Survey of Investment Promotion Agencies, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2008/2, 2008, s. 6 (Figure 2).

⁴²³ UNCTAD, 2008, s. 8 (Figure 4).

müracaat edilen söz konusu sözleşme türlerinde, yatırımdan kaynaklanan kazanç ve risk unsurları tümüyle yatırımcı taraf üzerinde bırakılmaktadır⁴²⁴.

Proje maliyeti son derece yüksek olan enerji altyapı sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflarda, tarafların sıklıkla tahkim yoluna müracaat ettiği görülmektedir⁴²⁵. Bu ihtilaflardan biri ICSID tahkimine konu olan ve ülkemizi de yakından ilgilendiren *Alaplı Elektrik B.V.*⁴²⁶ davasıdır. Yargılama süreci devam etmekte olan söz konusu davadaki ihtilaf konusu, elektrik enerjisi alanında Türkiye ile Hollanda menşeli Alaplı Elektrik B.V. arasında akdedilen Karadeniz Ereğlisi Yap-İşlet-Devret sözleşmesine dayanmaktadır. Enerji altyapı sözleşmelerine ilişkin tahkim yargılamasına konu edilen bir diğer davayı ise 2010 yılında ICSID yargılaması kapsamında karara bağlanan *Kardassapulos* davası oluşturmaktadır. Yukarıda detayına yer verilen dava konusu ihtilaf, Gürcistan'daki petrol boru hattı döşenmesi faaliyetlerini kapsayan ortak girişim ve imtiyaz sözleşmelerine ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. İhtilaf konusu alt yapı sözleşmelerinin yatırım olarak kabul edilmesi gerektiği, söz konusu davada görevli hakem heyetince teyit etmiştir.

4. Enerji Madde ve Ürünlerinin Satışı Sözleşmeleri

a. Satış Sözleşmelerine İlişkin Hukuki Çerçeve

⁴²⁴ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 73. Bununla birlikte, doktrinde, Türkiye'de geçmiş dönemlerde YİD ve yap-işlet modelleri üzerinden gerçekleştirilmeye çalışılan özel sektör enerji yatırımlarının, sadece ismen özel sektör yatırımları olduğu, özünde, bu tür yatırımların neredeyse tüm risklerin devlet üzerinde bırakıldığı garantili ticaret imtiyazları olduğu yönünde eleştiriler yapılmaktadır. Bkz. Çal Sedat, *Enerjide Tersine Reform veya Quo Vadis?*, Cumhuriyet Enerji Dergisi, ss. 6-7, 2008, s. 6.

⁴²⁵ UNCTAD tarafından yayımlanan bir başka raporda, 2007 yılının sonu itibarıyla, yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasındaki antlaşma temelli ihtilafların üçte birinin, altyapı yatırımlarından ileri geldiği tespit edilmiştir. Bkz. UNCTAD, World Investment Report, 2008, s. 23 (Cameron 2010, s. 50'den naklen).

⁴²⁶ Alaplı Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13, Date Registered: August 27, 2008.

Doktrin ve içtihat hukuku alanında ticari bir ilişkiyi konu alan işlemlerin yatırım kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği yönünde kuvvetli bir eğilim bulunmaktadır. Bu eğilimin temelinde yatırım antlaşmalarındaki düzenlemelerin yer aldığı ifade edilebilir. Sözgelimi, NAFTA'da açıkça, taraflar arasında mal ve hizmetlerin satışına yönelik olarak akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan taleplerin yatırım olarak kabul edilmediği hükme bağlamıştır (m. 1139). ICSID Konvansiyonunun 25. maddesi hükmü de benzer bir neticeyi ortaya koymaktadır. Her ne kadar bahse konu hüküm çerçevesinde açık bir yatırım tanımına yer verilmiş değil ise de, hakem heyetleri öteden beri münhasıran ticari nitelik taşıyan ilişkilerin, Konvansiyon kapsamında yatırım olarak değerlendirilemeyeceği noktasında kararlar tesis etmiştir⁴²⁷.

Enerji Şartı Antlaşmasında, taraflar arasındaki mal veya hizmet alımını konu alan ticari ilişkilerin yatırım olarak değerlendirilemeyeceğine yönelik bir hükme yer verilmemiştir. Aksine, Antlaşmada ticari ilişkilerin bir yatırıma sebebiyet vereceği neticesini doğuran bazı hükümlerin bulunduğu da ifade edilebilir. Sözgelimi, Antlaşmanın 1(6)(c) maddesinde, taraflar arasında bir paranın ödenmesi veya bir hizmetin gerçekleştirilmesine yönelik sözleşmelerden kaynaklanan talepler yatırım olarak değerlendirilmiştir. Hükmün, taraflar arasındaki ticari ilişkileri kapsam dışında bırakan bir kayıt ihtiva etmemesi, ticari ilişkiler bakımından da Antlaşmanın sağladığı korumadan istifade edilebileceği yönünde bir algı uyandırmaktadır. Benzer şekilde Antlaşmanın 1(6)(f) maddesinde enerji sektöründe yürütülen herhangi bir ekonomik faaliyete ilişkin hak talepleri, 1/III maddesinde ise bu sektörle bağlantılı faaliyetler yatırım olarak mütalaa edilmiştir. Bu noktada tartışılması gereken husus, taraflar arasındaki bir ticari ilişkinin Antlaşmanın söz konusu maddeleri kapsamında enerji sektöründeki bir ekonomik faaliyet veya bağlantılı bir faaliyet olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Sözgelimi, taraflar arasında akdedilen doğal gaz satım sözleşmesi enerji sektöründeki bir ekonomik faaliyet veya bağlantılı bir faaliyet olarak kabul

⁴²⁷ Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award On Jurisdiction, August 06, 2004.

edilebilir mi? Bu sorunun cevabı, bahse konu sözleşmenin ihlâl edilmesi durumunda Antlaşma hükümlerinin uygulanabilir olup olmadığıyla doğrudan bağlantılıdır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Antlaşma metninde konuyla ilgili kesin bir hükme yer verilmiş değildir. Buna karşılık Nihai Senette ise açıkça, taraflar arasındaki ticari ilişkilerin enerji sektöründe ekonomik bir faaliyete vücut vereceği düzenlenmiştir. Gerçekten de Nihai Senedin IV(2)(b)(vi) maddesinde, enerji madde ve ürünlerinin “pazarlanması, satışı ve ticareti”ne yönelik faaliyetlerin, Antlaşmanın 1(5) maddesi anlamında enerji sektöründeki ekonomik faaliyet olarak değerlendirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Keza Nihai Senedin aynı maddesinde, örneklendirici bir yaklaşımla, benzinin perakende satışının enerji sektörüyle bağlantılı ekonomik bir faaliyet olduğu da beyan edilmiştir.

Enerji madde ve ürünlerinin satışına ilişkin sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflar, içtihat hukuku alanında da bazı tahkim kararlarına konu olmuştur. Bu kararlardan biri Enerji Şartı Antlaşması hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulan *Nykomb v. Latvia*⁴²⁸ kararıdır. Dava konusu olay, Letonya’da bir kamu iktisadi teşebbüsü olan Latvenergo unvanlı şirket ile yine bir Letonya şirketi olan ve tüm hisseleri İsveç menşeli Nykomb şirketine ait bulunan Windau arasında 1996 yılında akdedilen bir sözleşmeden ileri gelmiştir. Sözleşme hükümleri uyarınca, Latvenergo, Windau şirketinin Letonya’nın Bauska bölgesinde ürettiği artık elektrik gücünü, ortalama tarifenin iki katı üzerinden (double tariff) satın almayı taahhüt etmiştir⁴²⁹. Latvenergo şirketinin, Letonya’da yürürlükte bulunan Girişimcilik Kanununda (Entrepreneurial Law) 1997 yılında yapılan değişikliği gerekçe göstermek suretiyle sözleşmeden kaynaklanan edimini yerine getirmemesi üzerine, Nykomb tarafından SCC tahkimine müracaat

⁴²⁸ Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, The Arbitration Institute of the SCC, Arb. No. 118/2001, Award, December 16, 2003.

⁴²⁹ Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, Award, 2003, s. 5.

edilmiştir⁴³⁰. Letonya savunmasında, Antlaşmanın münhasıran yatırım sözleşmelerine ilişkin ihtilafları kapsadığını, taraflar arasındaki sözleşmenin ise ticari bir sözleşme olduğunu, dolayısıyla ortada Antlaşma hükümleri çerçevesinde bir yatırımın varlığından bahsedebilmenin mümkün olmadığını ileri sürmüştür⁴³¹. Hakem heyeti ise, enerji ürünlerinin satımını konu alan sözleşmelerin Enerji Şartı Antlaşması hükümleri çerçevesinde yatırıma vücut verdiğine hükmetmiştir⁴³².

b. Satış Sözleşmelerin Yatırım Olarak Kabulünün Tahkim Sürecine Etkisi

Ticari ilişkilerin enerji sektöründe ekonomik bir faaliyet ve dolayısıyla bir yatırım olarak değerlendirilmesinin, tahkim süreci bakımından da önemli etkisi bulunmaktadır. Enerji Şartı Antlaşmasınının 26. maddesi hükmü çerçevesinde enerji yatırım uyuşmazlıklarının; ICSID, ICSID İlave İmkân Kuralları veya Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsüne götürülmesi ya da bu uyuşmazlıklar bakımından UNCITRAL tahkimine müracaat edilmesi mümkündür. Bununla birlikte ICSID tahkiminde, hakem heyetlerinin yatırım antlaşması hükümlerinin yanında, ICSID Konvansiyonu hükümlerine göre değerlendirme yapma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülük özellikle yatırım kavramının tanımına ilişkin özel bir önem arz etmektedir. Hakem heyetleri yatırımın varlığına ilişkin olarak, ICSID Konvansiyonu hükümleri çerçevesinde, yatırım antlaşmalarında yer verilen tanımlamalarından bağımsız bir değerlendirme yapma imkânına sahiptir. Bir diğer ifadeyle tarafların somut ihtilaf bakımından ortada bir yatırımın mevcut bulunduğu konusunda hemfikir olmaları durumunda dahi, hakem heyetlerinin Konvansiyon hükümleri çerçevesinde aksi yönde karar tesis etmeleri ve

⁴³⁰ Slater Matthew D., The Energy Charter Treaty: A Brief Introduction to Its Scope and Initial Arbitral Awards, *Alternative Dispute Resolution in the Energy Sector*, (Ed. Association for International Arbitration), Maklu Publishers, pp. 15-54, 2009, s. 47.

⁴³¹ Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, Award, 2003, s. 11.

⁴³² Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, Award, 2003, s. 38.

yargılama yetkilerinin bulunmadığına hükmetmeleri mümkündür. Bu itibarla ICSID tahkimine müracaat eden yatırımcıların, bir yatırımın mevcut bulunduğunu hem yatırım antlaşması hükümleri hem de ICSID Konvansiyonu hükümleri çerçevesinde ispat edebilmesi şarttır.

ICSID yargılamasının yukarıda işaret edilen özelliği, esas itibarıyla ticari ilişkilerin bir yatırıma sebebiyet verip vermediği noktasında etkisini hissettirmektedir. Bir yatırım antlaşmasında, ticari ilişkilerin yatırım olarak değerlendirileceğinin hüküm altına alınması, tek başına o ilişkinin yatırım olarak kabul edilebilmesi için yeterli değildir. Zira ICSID yargılamasında hakem heyetleri, tarafların bir hukuki işlem veya ilişkiyi yatırım olarak tanımlamış bulunmasını yeterli görmemekte, böyle bir tanımlama bulursa dahi ICSID Konvansiyonunun 25. maddesi çerçevesinde ikinci bir değerlendirme yapmaktadır. İşte bu ikinci değerlendirme aşamasında hakem heyetleri, taraflar arasında ticari boyutu olan ilişkilerin bir yatırıma sebebiyet vermeyeceği yönünde kararlar tesis etmektedir⁴³³.

Yukarıda izah edilen kurallar, Enerji Şartı Antlaşması bakımından da geçerlilik arz etmektedir. Yine yukarıda ifade edildiği üzere taraflar arasındaki mal veya hizmet satımını konu alan ticari ilişkiler, Enerji Şartı Antlaşması kapsamında yatırım olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte Antlaşmada böyle bir hükmün bulunması, hakem heyetlerinin ICSID Konvansiyonu hükümlerine göre değerlendirmede bulunmalarına engel teşkil etmemektedir. Böyle bir değerlendirme neticesinde ise Konvansiyonun 25. maddesi hükmü çerçevesinde ortada bir yatırımın mevcut bulunmadığı sonucuna ulaşılması kuvvetle muhtemeldir. Bir diğer ifadeyle ticari ilişkileri konu alan bir yatırımdan kaynaklanan ihtilafı, ICSID tahkimine götürmeyi tercih eden bir yatırımcı, Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan

⁴³³ ICSID yargılaması kapsamında, hakem heyetlerinin, tarafların ikili yatırım antlaşmalarında yaptıkları yatırım tanımlamalarıyla bağlı olmadığı ve bağımsız bir değerlendirme yapma imkânına sahip olduğuna ilişkin bazı kararlar için bkz. *Salini v Morocco*, Para. 44; *Kaiser Bauxite v. The Government of Jamaica*, Para. 17, *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/03/11). Aynı doğrultudaki resmi Dünya Bankası görüşü için bkz. *International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Convention, Regulations And Rules (Report of The Executive Directors on the Convention)*, ICSID/15, April 2006, s. 43, 44.

faydalanamama riskiyle karşı karşıya kalabilecektir. Bu itibarla ticari ilişkiler bakımından Enerji Şartı Antlaşması kapsamında yapılacak bir tahkim müracaatında ICSID yerine, Stockholm veya UNCITRAL yargılamalarının tercih edilmesinin olumlu sonuç doğuracağını ifade etmek mümkündür⁴³⁴.

Yukarıda izah edilen teorik çerçevede, *Petrobart* davasında davacı tarafın, uyuşmazlığı ICSID yerine Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsüne götürmesinin özel bir anlamı bulunmaktadır. Dava konusu olaydaki ihtilaf, Cebelitarık'ta tescilli bulunan Petrobart şirketi ile Kırgızistan devleti arasındaki gaz satım sözleşmesinden ileri gelmiştir. Davalı devletin sözleşmeden kaynaklanan edimini yerine getirmemesi üzerine Petrobart, uyuşmazlığı Enerji Şartı Antlaşması hükümleri çerçevesinde Stockholm Ticaret Odası Tahkimine götürmüştür. Hakem heyeti yaptığı ilk değerlendirmede, uyuşmazlık konusu olayın bir satım sözleşmesinden ileri geldiğini tespit etmiştir. Heyet, Antlaşmanın 1(6)(f) maddesi çerçevesinde yaptığı değerlendirmede ise taraflar arasında akdedilen gaz satış sözleşmesinin enerji sektöründe ekonomik bir faaliyet olduğunu, bu itibarla somut ihtilafta Antlaşmanın bu maddesi anlamında bir yatırımın mevcut bulunduğunu ifade etmiştir⁴³⁵. Hem *Petrobart* hem de yukarıda değinilen *Nykomb* davasında davacı tarafların Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsüne müracaat etmesinin somut anlamı da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Zira yukarıda işaret edildiği üzere, Stockholm tahkim sürecindeki hakem heyetleri, ihtilaf konularını münhasıran Enerji Şartı Antlaşması hükümlerini nazara alarak çözüme kavuşturmuş ve bu çerçevede bir yatırımın mevcut bulunduğu neticesine ulaşmıştır. Buna karşılık bahse konu ihtilaflar bakımından ICSID tahkimine müracaat edilmiş olsa idi, muhtemelen hakem heyetleri tarafından yukarıda izah edilen gerekçeler ışığında, ortada bir yatırım bulunmadığı yönünde karar tesis edilecekti⁴³⁶. Bu itibarla taraflar arasında enerji madde ve ürünlerinin ticaretini konu alan işlemlerden

⁴³⁴ Parra, 2006, s. 54.

⁴³⁵ *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, Award, 2005, s. 72.

⁴³⁶ Jagusch Stephen/Sinclair Anthony, The Limits of Protection for Investments and Investors under the Energy Charter Treaty, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty (Ed. Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 73-103, New York 2006, s. 86.

kaynaklanan ihtilaflarda, ICSID dışı tahkim araçlarının takip edilmesinin bilinçli bir tercih olduğunu ifade etmek mümkündür.

Netice itibariyle, Enerji Şartı Antlaşmasının uygulama alanı, ticari ilişkilerin dışında kalan yatırımlar bakımından, ICSID Konvansiyonun uygulama alanıyla örtüşmektedir. Buna karşılık taraflar arasındaki ticari ilişkileri konu alan sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflar bakımından ise Antlaşma, ICSID Konvansiyonuna nispetle daha geniş bir yatırım tanımı ihtiva etmektedir⁴³⁷. Bu itibarla Antlaşmada düzenlenen tahkim yollarının sadece usul hukuku kuralları bakımından değil, eş zamanlı olarak maddi hukuk kuralları bakımından da farklılıklar içerdiğini tespit etmek mümkün hâle gelmektedir⁴³⁸.

C. Hisse Senedi ve Tahviller

Enerji Şartı Antlaşmasının 1(6)(b) maddesinde yatırımcının ev sahibi devlette bir şirket veya teşebbüs sahibi olması ya da böyle bir şirket yahut teşebbüsü kontrolünde bulundurması hâli yatırım olarak kabul edilmiştir. Antlaşmanın aynı maddesinde, yatırımcının ev sahibi devletteki bir şirket veya teşebbüse ortak olmasının da yatırıma vücut vereceği ifade edilmiştir. Antlaşmaya göre ortaklık; hisse senedi alımı veya diğer iştirak şekillerini kullanmak suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, şirket veya teşebbüsçe ihraç edilen tahvil ya da diğer borçlanma araçlarının iktisap edilmesi yoluyla da sağlanabilir.

Görüldüğü üzere Enerji Şartı Antlaşması, hisse senedi ve tahviller aracılığıyla iktisap edilen mal varlığı değerlerinin de yatırım kapsamında yer aldığını sarahaten beyan etmektedir. Bu suretle Antlaşma, yatırım kavramının tanımını, doktrinde bu türden işlemlerin yatırıma sebebiyet verip

⁴³⁷ Parra, Enerji Şartı Antlaşması ve ICSID Konvansiyonu arasındaki ilişkiyi izah ederken, bu iki düzenleme arasındaki uyumun çok iyi seviyede olduğunu, ne var ki mükemmellik düzeyine erişemediğini beyan etmektedir. Bkz. Parra, 2006, s. 52.

⁴³⁸ Jagusch/Sinclair, 2006, s. 87.

vermediği konusunda yaşanan tartışmaların dışında tutmuştur. Bununla birlikte özellikle hisse senedi ve tahvil alımı yoluyla gerçekleştirilen işlemlerin, yatırım olarak değerlendirilebilmesi için, Nihai Senet hükümleri çerçevesinde aşılması gereken ikinci bir eşik değer bulunduğu da ifade edilmelidir. Bu eşik değer, yatırımcının şirket ya da teşebbüs üzerindeki kontrol gücünün seviyesidir. Nihai Senede göre, hisse senedi veya tahvil alımının bir yatırımın varlığına sebebiyet verebilmesi için yatırımcının bu işlemler marifetiyle söz konusu şirket üzerinde hangi seviyede kontrol gücüne sahip olduğunun tahlil edilmesi gereklidir. Bu çerçevede yatırımcının yatırımdan elde edeceği maddi menfaatin düzeyi, yatırımın yönetimine etkide bulunma düzeyi gibi kontrol gücünün varlığını tespiti matuf kıstaslar, hisse senedi veya tahvil alımı bakımından da inceleme konusu yapılmalıdır.

D. Fikri Mülkiyet Hakları

Enerji Şartı Antlaşmasının 1(6)(a) maddesi kapsamında, gayri maddi mal varlığı değerlerinin yatırıma sebebiyet verdiği düzenlenmiştir. Bununla birlikte Antlaşma, günümüzde özellikle yenilik değeri içeren buluşlar ile diğer fikri ve sınai haklara verilen önemin artmasına binaen, fikri mülkiyet hakları konusunun yatırım kapsamında yer aldığını vurgulamayı tercih etmiştir. Yatırımcının ev sahibi devlette sahip olduğu veya fiilen kontrolünde bulundurduğu fikri mülkiyet hakları, Antlaşmanın 1(6)(d) bendinde ayrıca düzenlenmiştir.

Enerji Şartı Antlaşmasının 1(12) maddesinde ise fikri mülkiyet kavramının kapsamı tayin edilmiştir. Söz konusu madde uyarınca; telif hakları, ticari markalar, coğrafi işaretler, endüstriyel tasarımlar, patentler ve entegre devre topografyaları fikri mülkiyet kavramının kapsamında yer almaktadır. Diğer taraftan Nihai Senedin IV(5) maddesinde de, bahse konu fikri mülkiyet haklarına, taraf devletlerce uluslararası hukukta kabul edilen en yüksek koruma standartlarının sağlanacağı beyan edilmiştir. Böylece Enerji

Şartı Antlaşması ve Nihai Senet hükümleri çerçevesinde, ev sahibi devlette enerji sektörüne ilişkin telif hakkı veya sınai mülkiyet hakkı sahibi olan yatırımcıya, uluslararası hukuk korumasından istifade etme imkânı tanınmıştır. Belirtilen çerçevede yatırımcının ev sahibi devlette sahip olduğu fikri mülkiyet hakkının ihlâli, eş zamanlı olarak Antlaşmanın ihlâli olarak kabul görmektedir⁴³⁹.

E. Kazançlar

Kazanç elde etme olgusu, Fedax/Salini kriterlerinin kabulünden bu yana, yabancı yatırımın varlığının temel unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Zira kazanç elde etme gayesi, yatırımcıyı menşe ülkesi dışında bir yatırım faaliyetine sevk eden en belirgin unsur olarak öne çıkmaktadır. Bu çerçevede Enerji Şartı Antlaşması da 1(6)(e) maddesinde kazanç unsuruna yatırım kavramı kapsamında yer vermiştir.

Kazanç kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu, Antlaşmanın 1(9) maddesinde yapılan tanım çerçevesinde açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre kazanç, ödeme şekline bağlı olmaksızın; kâr, faiz veya sermaye geliri, telif ücreti, idari ve teknik yardım ya da diğer isimler altında ödenen ücretler dâhil olmak üzere, yatırımcının yatırıma ilişkin elde ettiği her nevi geliri ifade etmektedir. Bu sayede Enerji Şartı Antlaşması, münhasıran maddi veya gayri maddi varlık değerlerinin bir ülkeden diğerine transfer edilmesini konu alan fiili yatırım faaliyetlerini değil, bu faaliyetler neticesinde elde edilen kazançları da yatırım korumasının kapsamına dâhil etmiş olmaktadır.

§ 8. ENERJİ YATIRIMCISI

Yatırım antlaşmalarının sağladığı hukuki korumadan faydalanabilmek için sadece yatırım kavramının unsurlarının karşılanması yeterli değildir. Bunun yanında gerçek veya tüzel kişiler, yatırımcı sıfatının varlığına ilişkin

⁴³⁹ Sornarajah, 2011, s. 13, 14.

yatırım antlaşmalarında öngörülen şartları şahıslarında gerçekleştirdikleri müddetçe, bu antlaşmaların hukuki korumasından istifade edebileceklerdir⁴⁴⁰.

Türk hukukunda “enerji yatırımcısı” kavramına ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiş, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununda⁴⁴¹ (DYYK) “yabancı yatırımcı” kavramının tanımlanmasıyla yetinilmiştir. DYYK’da yabancı yatırımcı, gerçek ve tüzel kişiler bakımından ayrı bentlerde düzenlenmiştir. Buna göre, gerçek kişi yabancı yatırımcı Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapan, yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını ifade etmektedir (m. 2/a/1). Görüldüğü gibi, yabancı yatırımcı gerçek kişiler, yalnızca Türk vatandaşı olmayan kişileri değil, yurtdışında ikamet eden Türk vatandaşlarını da kapsamaktadır. Keza Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği (DYYKUY) uyarınca da, “Yurt dışında ikamet ettiğini çalışma veya ikamet izni ile belgeleyen Türk vatandaşları, Kanun’un uygulanması bakımından yabancı yatırımcı sayılırlar” hükmüne yer verilmiştir (m. 10). Dolayısıyla Türkiye’de yatırım yapmak isteyen yurt dışında yerleşik Türk vatandaşları yabancı yatırım mevzuatı kapsamında yabancı yatırımcı olarak kabul edilmiştir⁴⁴².

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununda gerçek kişilerin yanı sıra, yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilerin ve uluslararası kuruluşların da yabancı yatırımcı sıfatına sahip olduğu ifade edilmiştir (m. 2/a/2). Bunun yanında DYYKUY’da yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketlerin, Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen şirketler ile Borçlar Kanunu’nda düzenlenen adi şirketler olduğu hükme bağlanmıştır (m. 9/1). Yönetmelikte adi şirket; “Konsorsiyum, iş ortaklığı, ortak girişim gibi isimler altında sözleşmeye dayalı olarak kurulan ve Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen şirketlerin belirgin niteliklerini taşımayan ortaklıklar” şeklinde tanımlanmıştır (m. 9/2). Diğer taraftan DYYK’daki

⁴⁴⁰ Salacuse, 2010, s. 187.

⁴⁴¹ RG. 17.06.2003/25141.

⁴⁴² Turanlı Hüsni, Doğrudan Yabancı Yatırımların Hukuki Çerçevesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2008, s. 204.

düzenleme ile uluslararası kuruluşlar da yabancı yatırımcı kavramı kapsamında mütalaa edilmiştir. Bununla birlikte, doktrinde⁴⁴³ bu düzenleme hangi tür uluslararası kuruluşların söz konusu haktan yararlanacağına açık olmaması nedeniyle eleştirilmiştir.

Şirket türlerine ilişkin bu açıklamalara karşın ne DYYK ne de ilgili Yönetmelik hükümlerinde tüzel kişilerin yabancılık sıfatına ilişkin açık bir hükme yer verilmiştir. Karşılaştırmalı hukukta tüzel kişilerin tabiiyeti konusunda en çok; tüzel kişinin kurulduğu yer, sermayenin bulunduğu yer, kurucuların tabiiyet bağıyla bağlı bulunduğu yer, kontrol yeri veya merkez yeri gibi unsurlara müracaat edilmektedir⁴⁴⁴. Türk hukukunda, konuya ilişkin olarak 30 Kasım 1330 tarihli Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasim Şirketler ile Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanun-u Muvakkat⁴⁴⁵ (EŞHK) ile TTK hükümlerine müracaat edilmesi gerektiği ifade edilebilir⁴⁴⁶. EŞHK m. 1 hükmünce, yabancı ülkelerde kurularak Türkiye’de şube veya acente açmak suretiyle faaliyet göstermek isteyen şirketlerin faaliyete başlamadan önce yapmaları gereken işlemler ve ibraz edilmesi gereken belgeler tespit edilmiştir. Bu madde, açık olarak Türk şirketi olmak için şirketin Türkiye’de kurulması gerektiğini hükme bağlamamış, ancak aksi ile kanıt yönteminden yola çıkılarak yurt dışında kurulan şirketlerin Türk şirketi olmayacağı sonucuna varılmıştır⁴⁴⁷. Diğer bir ifadeyle bir şirketin Türk şirketi sayılması için Türkiye’de kurulması gerekmektedir. TTK m. 42 hükmü gereğince her tacirin ticarî işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ettirmesi gerekmektedir⁴⁴⁸. Bu

⁴⁴³ Bkz. Gökyayla Cemile Demir/Süral Ceyda, 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, No. 2, ss. 131-167, 2004, s. 136.

⁴⁴⁴ Doğan, 2010, s. 189-191. Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda şirketlerin tabiiyetinde kabul edilen bahse konu sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arat Tuğrul, Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 269, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, ss. 63-97; Tekinalp Gülören, Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı, İÜHF 50.Yıl Armağanı Cumhuriyet Döneminde Hukuk, Vedat Kitapçılık, ss. 551-579, 1973; Aygül Musa, Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

⁴⁴⁵ EŞHK, 6103 sayılı Kanunun 41. maddesi hükmü ile 01.07.2012 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmış olacaktır.

⁴⁴⁶ Arat, 1970, s. 102 ve 106.

⁴⁴⁷ Turanlı, 2008, s. 207.

⁴⁴⁸ Turanlı, 2008, s. 207.

hükümler bir bütün olarak dikkate alındığında, Türkiye’de kurulmuş ve idare merkezi Türkiye’de olan sermaye şirketlerinin Türk şirketi olarak kabul edildiği sonucuna varılmaktadır. Bu tespit şahıs şirketleri bakımından da geçerli kabul edilmektedir⁴⁴⁹.

Yabancılık unsuru, DYYK dışında 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda⁴⁵⁰ da ele alınmıştır. 4686 sayılı Kanuna göre; tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması hâlinde uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığı hükme bağlanmıştır (m. 2/1). Kanunda ayrıca, tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden, b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması hâllerinde de yabancılık unsurunun mevcut olacağı ifade edilmiştir (m. 2/2).

Yabancılık unsurunun ele alındığı bir diğer kanuni düzenleme ise 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanundur⁴⁵¹. Yabancılık unsuru 4501 sayılı Kanunun 2/c maddesinde; “Sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması” biçiminde tanımlanmıştır. 4501 sayılı Kanunda yabancılık unsurunun kamu hizmeti imtiyaz sözleşme ve şartnameleri dikkate alındığında, hukuki kıstaslardan ziyade ekonomik kıstaslar dikkate alınmak suretiyle tanımlandığı dikkat çekmektedir⁴⁵².

⁴⁴⁹ Arat, 1970, s. 110; Doğan, 2010, s. 192 ve 193.

⁴⁵⁰ RG. 05.07.2001/24453.

⁴⁵¹ RG. 22.01.2000/23941.

⁴⁵² Orak Cem Çağatay, 4501 Sayılı Kanun Kapsamında Yabancılık Unsuru, bkz. <http://www.cakmak.av.tr/pdf/4501.pdf> (ET. 26.06.2011).

I. İKİLİ VE ÇOK TARAFLI YATIRIM ANTLAŞMALARINDA YATIRIMCI

Yatırımcı kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunun açıklığa kavuşturulması, yatırım antlaşmalarının uygulama alanının sağlıklı biçimde ortaya konabilmesi için elzemdir. Yatırım antlaşmalarının konuyu ele alma biçimleri incelendiğinde, yatırımcı kavramının gerçek ve tüzel kişi yatırımcılar bakımından tasnife tâbi tutulması mümkündür.

A. Gerçek Kişi Yatırımcılar

İkili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında gerçek kişilerin yatırımcılık sıfatı tayin edilirken genellikle tabiiyet veya ikametgâh gibi kıstaslara yer verildiği görülmektedir. Bazı yatırım antlaşmalarında bu kıstaslardan birinin kullanılması tercih edilmekte, bazılarında birden fazlasına müracaat edilmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında genellikle tabiiyet unsurunun esas alındığı görülmektedir. Sözgelimi, Türkiye ile Şili arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında⁴⁵³ gerçek kişi yatırımcı, âkit taraflardan her birinin yürürlükteki hukukuna göre vatandaşlık statüsünü alan kişileri ifade edecek biçimde tanımlanmıştır (m. I/1/a). Buna karşılık Türkiye ile İspanya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında⁴⁵⁴ ise gerçek kişi yabancı yatırımcı her bir âkit tarafın yürürlükteki hukukuna göre mukim statüsünü almış olan kişileri ifade etmektedir (m. I/1/a)⁴⁵⁵. Bazı ikili yatırım antlaşmalarında ise vatandaşlık ve ikametgâh şartları birbirine alternatif teşkil edecek mahiyette kabul edilmiştir. Sözgelimi Türkiye ile Malezya arasındaki

⁴⁵³ RG. 03.01.2004/25335. Benzer nitelikteki hükümleri için bkz. Türkiye ile İsveç (m. I/2/a), İtalya (m. I/3), Özbekistan (m. I/1/a), İran (m. I/2/a) ve Lübnan (m. I/1/a) arasındaki İkili Yatırım Antlaşmaları.

⁴⁵⁴ RG. 01.12.1997/23187.

⁴⁵⁵ Benzer şekilde Türkiye ile Kosova arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında (RG. 25.03.2010/27532) da gerçek kişi yatırımcı; ilgili kişiye, âkit tarafın hukukuna göre, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir vatandaşı olan veya Kosova'da daimi mukim bir gerçek kişiyi ifade etmektedir (m. I/1/a).

İkili Yatırım Antlaşmasında⁴⁵⁶ gerçek kişi yatırımcı, Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlükteki mevzuatına göre Türk vatandaşlığını haiz olan herhangi bir kişiyi; Malezya bakımından yürürlükteki mevzuatına göre Malezya vatandaşlığını haiz olan “veya” Malezya’da sürekli mukim olan herhangi bir kişiyi ifade etmektedir (m. I/1/c)⁴⁵⁷.

Çok taraflı yatırım antlaşmalarında da gerçek kişi yatırımcı kavramının tanımına ilişkin, ikili yatırım antlaşmalarına benzer bir yapının hâkim olduğu ifade edilebilir. NAFTA’nın 201. maddesinde yatırımcı kavramının tanımında temel alınan tabiiyet ibaresi, taraf devletlerden birinin vatandaşı olan veya bu devlette daimi ikamet hakkına sahip gerçek kişi biçiminde tanımlanmıştır. ASEAN Yatırım Antlaşmasının 4(g) maddesi uyarınca gerçek kişi ibaresi, bir taraf devletin kanunları, düzenleyici işlemleri ve milli politikalarına uygun olarak o devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olan kişileri veya o devlette daimi ikamet hakkına sahip olan kişileri ifade etmektedir. COMESA Yatırım Antlaşmasının 1(4) maddesinde ise yatırımcı kavramının taraf devletlerdeki gerçek kişileri kapsadığı ifade edilmiş, aynı maddede gerçek kişi ibaresi ise bir taraf devletin kanunu ve düzenleyici işlemlerine uygun olarak o devletin vatandaşı olan kişileri ifade edecek biçimde tanımlanmıştır. Benzer şekilde MAI’nin 1(i) hükmü uyarınca da yatırımcı kavramı, bir taraf devletin hukukuna uygun olarak o devletin vatandaşı olan veya o devlette daimi ikamet hakkına sahip gerçek kişileri ifade etmektedir.

ICSID Konvansiyonunda ise daha kapsamlı bir yatırımcı tanımına yer verilmiştir. Konvansiyonun 25(1) maddesi; “Merkez, taraf devletlerden biri ile bir diğer taraf devletin tabiiyetinde bulunan kişi arasındaki, bir yatırımdan doğrudan kaynaklanan herhangi bir hukuki uyuşmazlık hakkında yargılama

⁴⁵⁶ RG. 10.05.2000/24045 (Mükerrer).

⁴⁵⁷ Kanada ve Arjantin arasındaki İkili Yatırım Antlaşması da, bu yaklaşımın benimsendiği antlaşmalardan biridir. Bkz. Yannaca-Small Catherine, International Investment Law: Understanding Concepts And Tracking Innovations Companion Volume to International Investment Perspectives, OECD Publishing, 2008, s. 13. Bazı ikili yatırım antlaşmalarında ise yatırımcı sıfatının varlığı bakımından, vatandaşlık bağı ile birlikte başka kıstasların varlığı aranmaktadır. Sözelimi, Almanya ve İsrail arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasının 1(3)(b) maddesi uyarınca, İsrail bakımından bir gerçek kişinin yatırımcılık sıfatının kabul edilebilmesi için bu kişinin İsrail vatandaşı olması yanında, İsrail’de daimi surette ikamet etme hakkına sahip olması şartı aranmaktadır. Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany_israel.pdf (ET. 26.06.2011).

yetkisine sahiptir” hükmünü âmirdir. Tanımdan hareketle yatırımcı kavramına ilişkin bazı tespitlerde bulunabilmek mümkündür. Söz konusu madde gerçek kişi yatırımcının varlığından bahsedebilmek için ev sahibi devletin dışında bir devletin vatandaşı olma şartını aramaktadır. Bahse konu maddede geçen “bir diğer devletin tabiiyetinde bulunma” ibaresinin gerçek kişiler bakımından hangi kapsamda anlaşılması gerektiğine Konvansiyonun 25(2)(a) maddesinde yer verilmiştir. Bu maddeye göre; ev sahibi devletin haricinde Konvansiyona taraf diğer devletlerden birinin vatandaşı olan gerçek kişilerin, “bir başka devletin tabiiyetinde” buldukları kabul edilmektedir. Maddede ayrıca zaman bakımından bir kısıtlama getirilerek bir başka devletin tabiiyetinde bulunma hâlinin, hem uyumsuzluk tarafı devletlerin tahkime onay verdikleri tarihte, hem de tahkim başvurusunun kayıt tarihinde mevcut bulunması şartı getirilmiştir. Konvansiyonun aynı maddesinde, bir başka devletin tabiiyetinde buldukları “kabul edilmeyen” kişiler de tanımlanmıştır. Buna göre, ilgili gerçek kişi, ev sahibi devletin ve bir diğer taraf devletin vatandaşlığını eş zamanlı olarak taşımakta ise bu kişi, bir başka devletin tabiiyetinde bulunma şartını gerçekleştiremeyecektir.

Gerçek kişilerin yatırımcılık sıfatının varlığı bakımından ortaya çıkabilecek en önemli sorun, çifte veya çok vatandaşlık konusudur. ICSID Konvansiyonunda bu konuda kat’i bir tutum izlenmiş ve ev sahibi devlet ile bir diğer taraf devletin vatandaşlığını eş zamanlı taşıyan gerçek kişilerin yatırımcı kabul edilemeyeceği, herhangi bir tartışmaya yer bırakmayacak açıklıkta beyan edilmiştir⁴⁵⁸. İzah edilen çerçevede, ICSID yargılamasına konu *Champion Trading v. Egypt*⁴⁵⁹ davasında hakem heyeti, ABD vatandaşı olan davacı tarafın, aynı zamanda Mısır vatandaşlığını da taşıdığını, bu

⁴⁵⁸ Bunun yanında çifte vatandaşlık olgusuna bazı ikili yatırım antlaşmalarında da yer verilmektedir. Sözgelimi, Türkiye ile İsrail arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında gerçek kişi yatırımcı tanımı; aynı zamanda İsrail Devleti vatandaşlığını haiz olmayan ya da bu ülkede daimi ikameti bulunmayan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişileri ifade edecek çerçevede tanımlanmıştır (m. 1/3/a).

⁴⁵⁹ *Champion Trading Company Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Award, October 27, 2006.

itibarla somut ihtilaf bakımından yargılama yetkisinin bulunmadığının beyan etmiştir⁴⁶⁰.

Doktrinde, ICSID dışı tahkim yargılamalarında çifte vatandaşlık sorununun, Uluslararası Adalet Divanının 1955 yılında verdiği *Nottebohm*⁴⁶¹ kararında benimsenen ilkeler ışığında çözümlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁶². Adalet Divanı *Nottebohm* davasındaki kararını, kişinin “hangi devletle daha sıkı ilişkiler içinde bulunuyor ise o devletin vatandaşı olarak kabul edilmesi” gerektiğini ifade eden “tabiiyetin gerçekliği⁴⁶³” prensibi üzerine inşa etmiştir. Her ne kadar günümüz ekonomik şartları ve küreselleşen dünya ölçeğinde tabiiyetin gerçekliği prensibinin uygulanmasının güçleştiği ifade edilmekte ise de⁴⁶⁴, uygulamada ve ikili yatırım antlaşmalarında bu prensibe hâlâ sıklıkla müracaat edildiği görülmektedir⁴⁶⁵. Sözgelimi, ABD ve Uruguay arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasınının 1. maddesinde, çifte vatandaşlığa sahip gerçek kişilerin, bu devletlerden hangisinin vatandaşlığı daha “baskın ve etkin” ise o devletin vatandaşı sayılacağı kabul edilmektedir⁴⁶⁶. Bazı ikili yatırım antlaşmalarında

⁴⁶⁰ Champion Trading Company Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction, October 21, 2003, s. 17.

⁴⁶¹ Nottebohm Case, Liechtenstein v. Guatemala, Judgment of 6 April 1955, I.C.J. Reports 1955, s. 4. Davada verilen kararın tam metni için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf> (ET. 27.06.2011).

⁴⁶² Yannaca-Small, 2008, s. 11, 12.

⁴⁶³ Tabiiyetin gerçekliği prensibi hakkında detaylı bilgi için bkz. Doğan Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 38.

⁴⁶⁴ Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonunun (ILC) Diplomatik Koruma Raporunda; küreselleşme ve göç olgularının etkisiyle, günümüzde çok sayıda insanın doğum yoluyla vatandaşlığını iktisap ettiği devletin dışında yaşamak durumunda kaldığı ve vatandaşlığını taşıdığı bu devletle son derece zayıf bir bağının bulunduğu ifade edilmektedir. Bu çerçevede, Raporda, *Nottebohm* kararında öngörülen sıkı ilişki kıstasının katı biçiminde uygulanması halinde, milyonlarca insanın diplomatik korumadan mahrum kalacağı ifade edilmektedir. Bkz. ILC, Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-Eighth Session, UN Doc A/61/10, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, s. 33 (Yannaca-Small 2008, s. 12.)

⁴⁶⁵ Yannaca-Small 2008, s. 12.

⁴⁶⁶ UNCTAD, 2007 (Bilateral Investment Treaties), s. 14. Belirtmelidir ki, ikili yatırım antlaşmalarında yer verilen bu tür hükümler ancak, ICSID yargılaması dışındaki tahkim prosedürleri bakımından uygulama kabiliyeti kazanabilecektir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, yatırım antlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID tahkimine götürülmesi ihtimalinde, antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan istifade edebilmek için yatırımcının, iki aşamadan oluşan bir değerlendirme eşliğini aşabilmesi gereklidir. Bunlardan ilkinin, taraflar arasındaki yatırım antlaşması hükümleri, diğerini ise ICSID Konvansiyonu hükümleri oluşturmaktadır. Bu itibarla, yatırım antlaşmalarında her ne kadar “baskın ve etkin” vatandaşlığın nazara alınacağı ifade edilmiş olsa da,

ise çifte vatandaşlığa sahip gerçek kişilere yönelik, daha objektif nitelikli bazı kıstaslar kabul edilmiştir. Sözgelimi, Kanada ve Lübnan arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında⁴⁶⁷, çifte vatandaşlığa sahip gerçek kişilerin hangi ülkenin vatandaşı kabul edilecekleri sorunu, bu kişilerin buldukları ülke nazara alınarak çözümlenmiştir. Antlaşmanın 1(e)(ii) maddesinde, hem Kanada hem de Lübnan vatandaşı olan kişilerin, Kanada ülkesinde Kanada vatandaşı, Lübnan ülkesinde ise Lübnan vatandaşı kabul edileceği ifade edilmiştir⁴⁶⁸.

B. Tüzel Kişi Yatırımcılar

Uluslararası antlaşma hukukunda, tüzel kişilerin yatırımcılık sıfatlarının tanınmasına ilişkin de bazı kıstaslara yer verilmiştir. İkili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında söz konusu kıstaslar arasında en çok; tüzel kişinin kurulduğu yer, resmi sicile kayıtlı olduğu yer, ortaklarının tabiiyet bağıyla bağlı bulunduğu yer, işletme merkezi veya fiili idare merkezi gibi unsurlara müracaat edilmektedir⁴⁶⁹. Bazı yatırım antlaşmalarında, yatırımcının varlığının tespitine ilişkin bu kıstaslardan yalnızca biri esas alınırken, bazılarında ise birden fazla kıstasın beraberce gerçekleşmesi şartı aranmaktadır. Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında tüzel kişilerin yatırımcılık sıfatının tespitinde, bu tüzel kişilerin âkit ülkelerin hukukuna göre bu ülkelerde kurulması yanında, fiili idare merkezlerinin de bu ülkede bulunması şartı aranmaktadır. Sözgelimi, Türkiye ile Portekiz arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında⁴⁷⁰ tüzel kişi yatırımcı tanımı, merkez büroları âkit taraflardan birinin ülkesinde bulunan ve bu âkit tarafın kanunlarına uygun olarak teşekkül etmiş veya kurulmuş şirketleri, ticari

ICSID Konvansiyonunun 25(2)(a) hükmünün açık ifadesi karşısında, çifte vatandaşlığa sahip olan gerçek kişilerin yatırım korumasından faydalanabilmesi mümkün olamayacaktır.

⁴⁶⁷ Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/canada_lebanon.pdf (ET. 30.06.2011).

⁴⁶⁸ UNCTAD, 2007 (Bilateral Investment Treaties), s. 14.

⁴⁶⁹ Bir tüzel kişinin aynı zamanda tabiiyet bağıyla bağlı olduğu devletin belirlenmesinde de rol oynayan bahse konu kıstaslar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, 2010, s. 189-191; Aygül, 2007.

⁴⁷⁰ RG. 19.12.2003/25321.

firmaları veya diğer şirketler ya da ortaklıkları içerecek biçimde tanımlanmıştır (m. 1/3/b). Benzer şekilde Türkiye ile Fransa arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasına göre tüzel kişi yatırımcı; bir âkit tarafın ülkesinde bu âkit tarafın mevzuatına uygun olarak kurulmuş bulunan ve yönetim merkezi veya etkin iktisadi faaliyetleri o âkit tarafın ülkesinde bulunan şirketleri ifade eder (m. 1/2/b)⁴⁷¹.

Çok taraflı yatırım antlaşmalarında da tüzel kişi yatırımcının varlığına ilişkin, ikili yatırım antlaşmalarına benzer bazı kıstaslara müracaat edilmektedir. NAFTA'nın 1139. maddesinde yatırımcı kavramının gerçek kişilerin yanı sıra işletmeleri de kapsadığı ifade edilmiş, Antlaşmanın 201. maddesinde ise işletme ibaresinin tanımına yer verilmiştir. Bu tanıma göre işletme, taraf devletlerden birinin hukukuna uygun olarak kurulan veya örgütlenen sermaye şirketlerini, şahıs şirketlerini, tröstleri, ortaklıkları, ortak girişimleri ve birlikleri ifade etmektedir. Görüldüğü üzere NAFTA, tüzel kişilerin yatırımcılık sıfatlarının tanınmasında alternatifli olarak "kurulma" veya "örgütlenme" yeri kıstaslarını kabul etmiştir. ASEAN Yatırım Antlaşmasının 4(d) maddesinde de yatırımcı kavramı hem gerçek hem de tüzel kişileri ihtiva edecek kapsamda ele alınmıştır. Antlaşmanın tüzel kişi ibaresinin tanımlandığı 4(e) maddesinde ise NAFTA'da yapılan tanımın aynısı kullanılmıştır. Benzer şekilde MAI'nin 1(ii) hükmünde de, tüzel kişi yatırımcıların, NAFTA'yla aynı şekilde tanımlandığı görülmektedir. COMESA Yatırım Antlaşmasının 1(4) maddesinde ise tüzel kişi ibaresi, bir taraf devletin kanunu ve düzenleyici işlemlerine uygun olarak, o devlette kurulan veya örgütlenen hukuki varlıkları ifade edecek biçimde tanımlanmıştır.

⁴⁷¹ Aynı doğrultudaki düzenlemeler için bkz. Türkiye ile Büyük Britanya (m. 1/d), İspanya (m. I/1/b), Ürdün (m. I/1/b), Lübnan (m. 1/1/b), Birleşik Arap Emirlikleri (m. 1/1/b), Kosova (m. I/1/b) ve Fas (m. 1/2/b) arasındaki İkili Yatırım Antlaşmaları. Bunun yanında, karşılaştırmalı hukukta da fiili idare merkezi kıstasına sıklıkla müracaat edildiği görülmektedir. Sözgelimi, Fransa ve Singapur arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasındaki yatırımcı tanımı, Fransız hukukuna uygun olarak Fransa'da kurulan ve fiili idare merkezi Fransa'da bulunan tüzel kişileri ihtiva etmektedir. Aynı şekilde, İtalya ve Libya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında da, taraf devletlerin ülkesinde bu ülke hukuk nizamlarına uygun olarak kurulan ve fiili idare merkezi bu ülkelerde bulunan tüzel kişiler yatırımcı olarak kabul edilmiştir. Bkz. Yannaca-Small 2008, s. 19-23.

ICSID Konvansiyonu tüzel kişilerin yatırımcılık sıfatı konusunda, tüzel kişi ile Konvansiyona taraf bir devlet arasında tabiiyet ilişkisinin varlığı şartını aramıştır. Buna göre ev sahibi devletin dışında Konvansiyona taraf bir başka devletin tabiiyetinde bulunan tüzel kişiler yatırımcı olarak kabul edilmiştir. Konvansiyonunun 25(2)(b) maddesinde ise “bir başka devletin tabiiyetinde bulunma” ibaresinin tüzel kişiler bakımından hangi kapsamda anlaşılması gerektiğine yer verilmiştir. Söz konusu maddeye göre kural olarak; ev sahibi devletin haricinde Konvansiyona taraf diğer devletlerden birinin tabiiyetinde bulunan tüzel kişilerin, “bir başka devletin tabiiyetinde” buldukları kabul edilmektedir⁴⁷². Konvansiyonun 25(2)(b) maddesinde kuralın istisnasına yer verilerek, bazı durumlarda ev sahibi devletin tabiiyetinde bulunan bir tüzel kişinin de bu ülkede gerçekleştirdiği yatırımlar bakımından, “bir başka devletin tabiiyetinde bulunan tüzel kişi” vasfını kazanabileceği ifade edilmiştir. Ancak söz konusu istisnanın uygulanabilmesi için uyuşmazlık taraflarının (ev sahibi devlet ve yabancı yatırımcı) anlaşmış olmaları şarttır. Maddede istisnanın gerekçesi olarak, söz konusu tüzel kişinin ev sahibi devlet dışındaki bir Konvansiyon tarafı devletin vatandaşlarınca kontrol edilmesi ihtimali gösterilmiştir. İzah edilen çerçevede, istisnai hükmün uygulanabilmesi için aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi gereklidir:

- i. Ev sahibi devlet tabiiyetinde bulunan bir tüzel kişi yatırımcının var olması,
- ii. Bu tüzel kişi yatırımcının ev sahibi devlet ülkesinde yatırım yapması,
- iii. Bu tüzel kişi yatırımcının ev sahibi devletin dışındaki bir devletin vatandaşları tarafından kontrol edilmesi,
- iv. Bu devletin de ICSID Konvansiyonuna taraf olması,
- v. Uyuşmazlık taraflarının, tüzel kişi yatırımcının yabancı olduğu konusunda anlaşmış olmaları.

⁴⁷² Maddede, tıpkı gerçek kişilerde olduğu gibi tüzel kişiler bakımından da, bir başka devletin tabiiyetinde bulunma hâlinin, hem uyuşmazlık tarafı devletlerin tahkime onay verdikleri tarihte, hem de tahkim başvurusunun kayıt tarihinde mevcut bulunması şartı aranmaktadır.

Bu çerçevede sözgelimi; Türkiye’de Türk hukukuna göre kurulan bir tüzel kişi İngiltere vatandaşları tarafından kontrol edilmekte ise, söz konusu tüzel kişi, Türkiye’deki yatırımları bakımından yabancı bir yatırımcı olarak kabul edilebilecektir. Ancak böyle bir sonuca ulaşabilmek için tarafların anlaşmaların şart olduğu bir kere daha hatırlatılmalıdır. Ev sahibi devletin uyuşmazlığı uluslararası tahkime götürme konusunda isteksiz olması durumunda, Konvansiyonun 25(2)(b) maddesinde düzenlenen istisnai hüküm uygulanma kabiliyetinden mahrum kalacaktır.

Kontrol gücü olgusu, üçüncü bir ülkede kurulan tüzel kişiler bakımından da ehemmiyet arz etmektedir. Şöyle ki; bazı ikili yatırım antlaşmalarında, üçüncü ülkelerde kurulup antlaşma tarafı devletlerden birinin vatandaşlarıncı kontrol edilen tüzel kişiler de yatırımcı sayılmaktadır. Sözgelimi, İsveç ve Hindistan arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasının⁴⁷³ 1. maddesinde yatırımcı tanımı kapsamında, taraf devletlerin hukukuna uygun olarak bu devletlerin ülkesinde kurulan tüzel kişilere yer verilmiştir. Bunun yanı sıra Antlaşmanın aynı maddesinde, üçüncü bir devlet ülkesinde kurulup da taraf devletlerden birinin yatırımcısının yüzde 51 oranında sahip olduğu veya aynı oranda oy hakkını elinde bulundurduğu tüzel kişilerin de yatırımcı olarak kabul edilecekleri ifade edilmiştir. Sözgelimi, Türkiye’de Türk hukukuna uygun olarak kurulan, ne var ki İsveç vatandaşlarıncı kontrol edilen bir tüzel kişinin Hindistan’da yatırım yapması hâlinde, söz konusu tüzel kişi, Hindistan devleti nezdinde İsveç devletinin yatırımcısı olarak kabul edilecektir.

Bu noktada, kontrol gücü olgusunun ne şekilde tespit edileceğine değinmekte de fayda olduğu kanaatindeyiz. Kontrol gücünün, ilgili yatırım antlaşmasında bir oran verilerek tanımlanması durumunda, bu gücün varlığı konusunda bir tereddüt yaşanmayacaktır. Bununla birlikte antlaşmada kontrol gücünden bahsedilmesine rağmen böylesi orana yer verilmemesi hâlinde tüzel kişinin hangi şartlar altında ev sahibi devletteki yatırımı kontrol ediyor sayılacağını tespit edebilmek kolay görünmemektedir. OECD, yatırım

⁴⁷³ Bkz. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/sweden_india.pdf (ET. 30.06.2011).

üzerindeki kontrol gücünün mevcudiyetinden bahsedebilmek için, yatırımcının ekonomik girişim üzerinde asgari yüzde 50 oranında mülkiyet hakkına veya bu oranda oy hakkı bahşeden hissedarlığa sahip olmasının gerekli olduğunu ifade etmektedir⁴⁷⁴. ICSID yargılaması kapsamında verilen muhtelif kararlar da bu tespite iştirak edildiği görülmektedir. Sözgelimi, *Klöckner v. Cameroon*⁴⁷⁵ davasında ev sahibi devlette kurulu bulunan SOCAME şirketinin yüzde 51 oranındaki hisseleri yabancılara aittir. Benzer şekilde *LETCO v. Liberia*⁴⁷⁶ davasında da Liberya’da kurulu bulunan tüzel kişinin hisselerinin tamamı Fransız vatandaşlarına aittir. Bahse konu davalarda görevli hakem heyetleri ICSID Konvansiyonun 25(2)(b) maddesi çerçevesinde, yargılama yetkilerinin varlığına hükmetmiştir. Buna karşılık *Vacuum Salt v. Ghana*⁴⁷⁷ davasında ise hakem heyeti, ev sahibi devlet Gana’da kurulan şirketin sadece yüzde 20 oranındaki hisselerinin yabancılara ait olması karşısında, somut ihtilafta yargılama yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir⁴⁷⁸.

İkili yatırım antlaşmalarındaki “yatırımcının kontrol gücüne sahip olması” şartının, münhasıran üçüncü devletlerde kurulan tüzel kişiler bakımından aranan bir ölçüt olduğu unutulmamalıdır. Bir diğer ifadeyle

⁴⁷⁴ Yannaca-Small 2008, s. 24 ve dn. 54.

⁴⁷⁵ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Award, October 21, 1983.

⁴⁷⁶ Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, March 31, 1986.

⁴⁷⁷ Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/92/1, Award, February 16, 1994.

⁴⁷⁸ UNCTAD, 2007 (Investor-State Dispute Settlement), s. 14. Buna karşılık bazı tahkim kararlarında ise Antlaşmada açıkça yer almasa dahi, fiili idare merkezi kıstasından hareketle, kontrol gücü olgusunun yatırımcının varlığını tespitinde değerlendirilmesi gereken bir kıstas olduğu ifade edilmiştir. SCC yargılamasına konu edilen Sedelmayer v. Russia davasında verilen karar, bu tespitinin somut bir örneğini teşkil etmektedir. Dava konusu olayda, ABD’de kurulan SGC şirketinin tek sahibi konumundaki *Franz J Sedelmayer* isimli Alman vatandaşı, bu şirketin Rusya’daki faaliyetleri sonrasında ortaya çıkan bir uyuşmazlığı, Almanya ve Rusya arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümleri çerçevesinde (bu dönemde ABD ve Rusya arasındaki İkili Yatırım Antlaşması henüz yürürlüğe girmemiştir) tahkime götürmüştür. Söz konusu davadaki hakem heyeti, İkili Yatırım Antlaşması hükümlerinde kontrol gücü olgusuna yer verilmiş olmasa dahi, somut ihtilafta kontrol teorisinin uygulanması gerektiğini ifade ederek, davacının yatırımcılık sıfatının de facto olarak tanınması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. Yannaca-Small 2008, s. 27. Buna karşılık *Rompétrol* kararında ise hakem heyeti, davalı tarafın, uluslararası hukukta kontrol teorisinin kabul edildiği ve bu itibarla Antlaşma hükümlerinde yer almasa bile bu teorinin uygulanmasının gerekli olduğu yönündeki itirazlarını, Antlaşmanın açık hükmü karşısında reddetmiştir. Bkz. Salacuse, 2010, s. 190.

antlaşma tarafı devletlerden birinde kurulan bir tüzel kişi, hangi ülkenin vatandaşları tarafından ve hangi oranda kontrol edilirse edilsin, “diğer taraf devlette” yaptığı yatırımlar bakımından, her ihtimalde yabancı yatırımcı sıfatını taşıyacaktır. Bu tespit antlaşma tarafı devletlerden birinde kurulup, diğer taraf devlette (ev sahibi devlette) yatırım yapan ve üstelik ev sahibi devletin vatandaşları tarafından kontrol edilen tüzel kişiler bakımından dahi geçerlidir. ICSID tahkimi kapsamında verilen muhtelif kararlarda, bu tespitin doğruluğu ortaya konulmuştur.

Konu hakkında verilen en önemli kararlardan birini *Tokios Tokelés v. Ukraine*⁴⁷⁹ kararı oluşturmaktadır. Tokios Tokelés, Litvanya’da, bu ülkenin hukukuna uygun olarak kurulan bir şirkettir. Dava konusu olayda, davacı Tokios Tokelés, Ukrayna’da gerçekleştirdiği yatırımlarla ilgili olarak, Litvanya ve Ukrayna arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümlerinin davalı Ukrayna devleti tarafından ihlâl ettiği iddiasıyla uluslararası tahkime müracaat etmiştir. Davalı Ukrayna ise savunmasında, Tokios Tokelés hisselerinin yüzde 99 oranında Ukrayna vatandaşlarına ait olduğunu, bu kişilerin aynı zamanda şirkette üçte iki nispetinde oy hakkına sahip olduğunu, dolayısıyla davacı şirketin Antlaşma hükümleri çerçevesinde yabancı yatırımcı olarak kabul edilmeyeceğini ileri sürmüştür⁴⁸⁰.

Konuyu taraflar arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümleri kapsamında ele alan hakem heyeti, öncelikle Antlaşmada yatırımcı kavramının Litvanya bakımından “Litvanya hukukuna uygun olarak bu ülkede kurulan tüzel kişileri” ihtiva edecek biçimde tanımlandığını tespit etmiştir⁴⁸¹. Hakem heyeti, heyet başkanının muhalefetine rağmen⁴⁸², Antlaşmanın öngördüğü bu tanım çerçevesinde, davacı şirketin Litvanya hukukuna göre

⁴⁷⁹ Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, July 26, 2007.

⁴⁸⁰ Tokios Tokelés v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, April 29, 2004, Para. 21.

⁴⁸¹ Tokios Tokelés v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, Para. 28.

⁴⁸² Heyet başkanı *Prosper Weil* öncelikli olarak, ICSID Konvansiyonun 25. maddesi çerçevesinde, bir tüzel kişi yatırımcının varlığından bahsedebilmek için, bir başka devletin tabiiyetinde bulunma şartının arandığını tespit etmiştir. Heyet başkanı somut ihtilafta ise Tokios Tokelés şirketinin Litvanya’da kurulmuş olmasına rağmen Ukrayna vatandaşlarınca kontrol edildiğini, bu yön itibarıyla davacı şirketin Konvansiyonunun gerekliliklerini karşılayamadığını, netice itibarıyla ortada yabancı bir yatırımın varlığından bahsedilemeyeceğini beyan etmek suretiyle çoğunluk görüşüne muhalif kalmıştır. Bkz. Dissenting Opinion Attached to the Decision on Jurisdiction, April 29, 2004, Para 19.

bu ülkede kurulan bir şirket olduğunu nazara alarak bahse konu şirketin yatırımcılık sıfatının varlığına hükmetmiştir⁴⁸³. Çoğunluk görüşünün gerekçesinde, bazı ikili yatırım antlaşmalarında açıkça ev sahibi devletin vatandaşlarınca kontrol edilen hukuki varlıkların yatırımcı olarak kabul edilmeyeceğinin ifade edildiği, ne var ki Litvanya ve Ukrayna arasındaki Antlaşmada böyle bir hükme yer verilmiş olmadığı ifade edilmiştir. Çoğunluk görüşünde ayrıca, Antlaşmada böyle bir hükme yer verilmemesinin taraf devletlerin bilinçli bir tercihi olarak algılanması gerektiğine karar verilmiş, heyetin Antlaşmada öngörülme yenı şartları ihdas etmek gibi bir görevinin bulunmadığının altı çizilmiştir⁴⁸⁴.

ICSID yargılamasına konu bir başka dava olan *Rompetrol v. Romania*⁴⁸⁵ kararında da benzer bir sonuca ulaşılmıştır. Dava konusu olayda, Hollanda menşeli davacı Rompetrol şirketine ait hisselerin çoğunluğunu, ev sahibi Romanya devletinin vatandaşları elinde bulundurmaktadır. Davacı şirketin Hollanda ve Romanya arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümlerine dayanarak başlattığı tahkim sürecinde, hakem heyeti, Antlaşmada yatırımcı kavramının taraf devletlerden birinin ülkesinde, bu devletin hukukuna uygun olarak kurulan tüzel kişileri kapsadığını tespit etmiştir⁴⁸⁶. Heyet bu tespite binaen, davacı şirketin bahse konu tanımlamada öngörülen şartları açıkça taşıdığını beyan ederek, bu şirketin Romanya'daki faaliyetleri bakımından yatırımcı olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁸⁷.

II. ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASI KAPSAMINDA YATIRIMCI

Enerji Şartı Antlaşması kapsamında yabancı yatırımcı kavramı, diğer yatırım antlaşmalarına benzer şekilde, gerçek ve tüzel kişiler bakımından bir

⁴⁸³ Tokios Tokelès v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, Para. 29, 72.

⁴⁸⁴ Tokios Tokelès v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, Para. 36; Salacuse, 2010, s. 189, 190.

⁴⁸⁵ The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Jurisdiction and Admissibility, April 18, 2008.

⁴⁸⁶ Rompetrol v. Romania, Decision on Jurisdiction and Admissibility, Para. 98.

⁴⁸⁷ Rompetrol v. Romania, Decision on Jurisdiction and Admissibility, Para. 110.

ayırma gidilerek tanımlanmıştır. Çalışmanın bu kısmında öncelikle enerji yatırımcısı kavramına ilişkin Antlaşma hükümlerinde ortaya konan hukuki çerçeve izah edilecek, daha sonra gerçek ve tüzel kişilerin yatırımcılık sıfatı konusu ele alınacaktır.

A. Enerji Yatırımcısı Kavramına İlişkin Hukuki Çerçeve

Enerji Şartı Antlaşmasının 1(6) maddesinde yatırım kavramı tanımlanırken, bu kavramın “taraf devletlerden birinin yatırımcısının”, diğer bir taraf devletin alanında gerçekleştirdiği tüm yatırımları kapsadığı ifade edilmiştir. Başka bir deyişle Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan istifade edebilmek için taraf devletlerden birinin ülkesinde gerçekleştirilen yatırım faaliyetlerinin, diğer taraf devletin yatırımcısı tarafından gerçekleştirilmesi şarttır. Dolayısıyla Antlaşma hükümleri kapsamında hangi gerçek veya tüzel kişinin enerji yatırımcısı vasfını kazanacağına tahlil edilmesi, Antlaşmanın uygulama alanının belirlenmesi bakımından hayati önemi haizdir. Enerji Şartı Antlaşmasının 1(7) maddesinde; yatırımcı kavramı aşağıdaki ifadelerle yer verilmek suretiyle tanımlanmıştır:

Yatırımcı;

(a) Antlaşma tarafı bir devlet açısından:

- i. Söz konusu taraf devletin hukukuna uygun olarak o devletin vatandaşlığını (citizenship) veya tabiiyetini (nationality) taşıyan ya da o devlette daimi ikamet hakkına sahip olan gerçek kişileri,
- ii. Söz konusu taraf devletin hukukuna uygun olarak o devlette örgütlenen şirket veya diğer organizasyonları,

(b) Üçüncü bir devlet açısından, kıyasen, Antlaşma tarafı bir devlet bakımından (a) bendinde ifade edilen şartları karşılayan gerçek kişileri, şirketleri veya diğer organizasyonları ifade eder.

Bahse konu maddenin tahlilinden, Enerji Şartı Antlaşmasında da diğer yatırım antlaşmalarına benzer biçimde, yatırımcı sayılacak kişiler ile Antlaşmaya taraf devlet arasında bağlılık ilişkisinin kurulması gereği aranmıştır. Bu ilişki gerçek kişiler bakımından alternatifli bir metot tayin edilerek tespit edilmiş, tüzel kişiler bakımından ise örgütlenme yeri kıstasına müracaat edilmiştir. Diğer ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında olduğu gibi, Enerji Şartı Antlaşması bakımından da, yatırımcıların gerçek ve tüzel kişiler şeklinde bir tasnife tâbi tutulması mümkündür.

B. Gerçek Kişi Yatırımcılar

Enerji Şartı Antlaşmasındaki yatırımcı tanımı gerçek kişiler bakımından ele alındığında, Antlaşmanın diğer yatırım antlaşmalarında kullanılan klasik ölçütlerden birden fazlasına müracaat ettiği görülmektedir. Ne var ki Antlaşma, bu ölçütlerin bir arada bulunması zorunluluğunu getirmemektedir. Bir diğer ifadeyle Antlaşmada, bahse konu ölçütlere alternatifli olarak yer verilmiş ve bu suretle Antlaşmanın koruma kapsamı genişletilmiştir. Bir gerçek kişinin Antlaşmaya taraf devletlerden birinin yatırımcısı olarak kabul edilebilmesi için;

- i. Söz konusu devletin vatandaşı olması veya
- ii. Söz konusu devlette daimi ikamet hakkına sahip olması gereklidir.

Gerçek kişilerin yatırımcı sıfatına sahip olup olmadığı noktasında yaşanabilecek en önemli sorun, bu kişilerin birden fazla devletin vatandaşlığına sahip olmaları ihtimalinde ortaya çıkabilir. Sözelimi, Antlaşmaya taraf devletlerden ikisinin vatandaşlığını taşıyan bir gerçek kişi, bu devletlerde gerçekleştirdiği yatırım faaliyetleri bakımından yabancı yatırımcı sıfatını taşıyabilecek midir? Bu sorunun cevabı, söz konusu gerçek kişinin Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalanıp faydalanamayacağı ile doğrudan bağlantılıdır.

Enerji Şartı Antlaşmasında bu sorunun çözümüne yönelik herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte yukarıda izah edildiği üzere, ICSID Konvansiyonunun 25. maddesinde açıkça, çifte veya çok vatandaşlık hâllerinde ev sahibi devlet ile diğer taraf devletin vatandaşlığını eş zamanlı taşıyan gerçek kişilerin yabancı yatırımcı sıfatını taşımadıkları ifade edilmiştir. Bu çerçevede, Enerji Şartı Antlaşması hükümlerine dayanılan bir yatırım uyuşmazlığının ICSID yargılamasına konu edilmesi durumunda, Antlaşma tarafı devletlerden birinin vatandaşlığını taşıyan gerçek kişi, aynı zamanda Antlaşma tarafı ev sahibi devletin de vatandaşı ise, bu kişi ev sahibi devlette yatırımcı olarak kabul edilmeyecektir. Bu ihtimalde söz konusu gerçek kişi, Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan istifade edemeyecek, ancak vatandaşı olduğu ev sahibi devlette o devletin iç hukukunca sağlanan korumadan faydalanabilecektir.

Gerçek kişi yatırımcının ICSID yargılaması dışında kalan tahkim süreçlerine başvurması hâlinde ise farklı bir sonuca ulaşılabilir. Bu ihtimalde, Uluslararası Adalet Divanının *Nottebohm* kararında ifade edilen “tabiiyetin gerçekliği” ilkesi kapsamında, kişinin en sıkı irtibat hâlinde bulunduğu devletin vatandaşı olarak kabul edilmesi makul bir çözüm olacaktır. İzah edilen çerçevede, SCC tahkiminin, ICSID tahkimine nispetle yatırımcı bakımından daha avantajlı şartlar ortaya koyduğu ifade edilebilir.

C. Tüzel Kişi Yatırımcılar

Tüzel kişilerin yatırımcılık sıfatının belirlenmesi, gerçek kişilere nispetle bazı zorluklar ihtiva etmektedir. İkili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında genellikle tüzel kişilerin yatırımcılık sıfatının tespitine ilişkin; tüzel kişinin kurulma yeri, resmi sicile kayıtlı olduğu yer, ortaklarının tabiiyeti yeri ve fiili idare merkezi gibi muhtelif kıstaslardan birine veya birden fazlasına müracaat edilmektedir. Enerji Şartı Antlaşmasınının 1(7)(a) maddesinde ise tüzel kişiler bakımından çok daha esnek bir ölçüt kabul edilmiştir. Bu hüküm uyarınca

Antlaşma tarafı devletin hukukuna uygun olarak, o devlette “örgütlenen” (organized) şirket veya diğer organizasyonlar o devletin yatırımcısı olarak kabul edilmiştir.

Örgütlenme ibaresi ile neyin kastedildiği ne Antlaşmanın 1(7) maddesinde ne de “Tanımlar” başlıklı 1. maddesinde açıklığa kavuşturulmuştur. Her ne kadar doktrinde bazı yazarlar tarafından örgütlenme yeri kıstası, kurulma yeri ile eş anlamlı olarak kabul edilse de⁴⁸⁸, kanaatimizce Antlaşmada diğer kıstasların kullanılmasından imtina edilmesi bilinçli bir tercih olarak değerlendirilmelidir. Örgütlenme yeri kıstasının, yatırımcının faaliyetlerini yürüttüğü yer ile fiili idare merkezi yeri arasında bir yerde konuşlandırıldığı ifade edilebilir. Bir diğer ifadeyle örgütlenme yeri, yatırımcının ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak faaliyette bulunduğu herhangi bir yer şeklinde düşük bir eşikte algılanmamalı, ne var ki bu eşğin çıtası fiili idare merkezi seviyesine de yükseltilmemelidir. O hâlde fiili idare merkezi vasfını taşıyor olsa da, ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak, yatırımcının sektörel veya bölgesel bakımdan sınırlandırılmış faaliyetlerini koordine ettiği bir yer de örgütlenme yeri olarak kabul edilmelidir.

Antlaşmada örgütlenme yeri kıstasının benimsenmesinin önemli bazı hukuki sonuçlarının bulunduğu ifade edilmelidir. Bu kıstas marifetiyle sadece Antlaşmaya taraf devletlerde kurulan tüzel kişilerin değil, üçüncü devletlerde kurulan tüzel kişilerin de yatırımcı olarak kabul edilebilmesi mümkündür. Şöyle ki; üçüncü devlette kurulan bir tüzel kişi, Antlaşmaya taraf bir devlet hukukuna uygun olarak o devlette örgütlenmiş ise bu tüzel kişi söz konusu devletin yatırımcısı olarak kabul edilecek ve diğer taraf devletlerde gerçekleştirdiği yatırımlar bakımından Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan istifade edebilecektir.

Enerji Şartı Antlaşmasının sağladığı hukuki koruma, esas itibariyle Antlaşmaya taraf devletlerden birinin yatırımcısının, diğer taraf devletlerde yaptığı yatırımlar bakımından geçerlilik arz etmektedir. Bir diğer ifadeyle Antlaşma hükümleri uyarınca, bir taraf devlet bakımından yatırımcı olarak

⁴⁸⁸ Yannaca-Small, 2008, s. 34.

kabul edilen gerçek veya tüzel kişinin, bizzatihi o devlette gerçekleştirdiği yatırım faaliyetleri bakımından Antlaşma hükümlerinden istifade etmesi mevzu bahis edilemez. Yukarıda izah edildiği üzere⁴⁸⁹ bu temel kurala, ICSID yargılaması bakımından, tüzel kişi yatırımcılar lehine önemli bir istisna getirilmiştir. Şöyle ki; ICSID Konvansiyonunun 25(2)(b) maddesinde kural olarak, “Konvansiyon hükümlerinin münhasıran uyuşmazlık tarafı devletlerden birinin tabiiyetinde olup da aynı zamanda ev sahibi devletin tabiiyetini taşımayan tüzel kişiler arasındaki ihtilaflarda uygulanacağı” beyan edilmiştir. Bununla birlikte Konvansiyonun aynı maddesinde bir istisnaya yer verilerek, ev sahibi devletin tabiiyetini taşıyan bir tüzel kişinin, fiilen Konvansiyona taraf bir başka devletin vatandaşlarıncı kontrol edildiği hâllerde, bu tüzel kişinin ev sahibi devlette gerçekleştirdiği faaliyetler bakımından da yatırımcı sıfatını taşıması mümkün kılınmıştır. Konvansiyonda, hükmün uygulanabilmesi için uyuşmazlık taraflarının bahsi geçen hususta anlaşmış olmalarının şart olduğu ifade edilmiştir. İşte ICSID Konvansiyonunun bu istisnai hükmüyle uyumlu olarak, Enerji Şartı Antlaşması da ev sahibi devlette örgütlenmiş olup, yine aynı devlette yatırım yapan tüzel kişilerin dahi, yabancı yatırımcı olarak kabul edilebilmesinin önünü açmıştır⁴⁹⁰.

Enerji Şartı Antlaşmasınının 26(7) maddesi uyarınca, ICSID tahkimine müracaat edilen ihtilaflarda, ev sahibi devlette örgütlenmiş olup da yine aynı devlette yatırım yapan bir tüzel kişi, fiilen bir başka Antlaşma tarafı devletin vatandaşlarıncı kontrol ediliyorsa, bu tüzel kişi de yatırımcı olarak kabul edilecek ve Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalanabilecektir. Bir diğer ifadeyle belirtilen şartlar altında, tüzel kişinin bizzatihi örgütlendiği devletteki faaliyetleri bakımından da, o devleti tahkim yargılamasında dava etmesi mümkün olabilecektir. Öte yandan bahsi geçen hükme Antlaşmanın 26(7) maddesinde yer verilmesiyle, hükmün uygulanabilmesi için ICSID Konvansiyonunda şart olarak öngörülen “uyuşmazlık taraflarının anlaşması”

⁴⁸⁹ Bkz. yuk. s. 154, 155.

⁴⁹⁰ Gaillard, 2006, s. 69.

kaydı da kendiliğinden karşılanmış olmaktadır. Bu itibarla uyuşmazlık tarafları arasında bir anlaşma olmasa dahi, ev sahibi devlette örgütlenen bir tüzel kişi, bu devletteki yatırımları bakımından yatırımcı olarak değerlendirilebilecektir. Bu noktada tüzel kişi yatırımcı, sadece fiilen Antlaşmaya taraf bir başka devlet vatandaşları tarafından kontrol edildiğini ispatlamakla yetinmelidir.

Konu hakkında henüz ICSID yargılaması kapsamında verilen bir karar bulunmadığı için yukarıdaki değerlendirmenin içtihat hukuku alanında sağlanmasının yapıldığı söylenemez. Bir diğer ifadeyle ICSID hakem heyetlerinin, uyuşmazlık taraflarının anlaşması kaydına ihtiyaç bulunmadığı yönündeki tespitlerimize iştirak edip etmeyeceği belirsizliğini korumaktadır. ICSID hakem heyetlerinin, yatırımcı kavramına yönelik olarak, yatırım antlaşması hükümlerinin yanı sıra ICSID Konvansiyonunda öngörülen şartların karşılanması gerektiğine hükmetmeleri ve bu anlamda iki aşamalı bir değerlendirme yapmaları muhtemeldir. Böylesi farazi bir değerlendirmenin tabii sonucu olarak da, uyuşmazlık taraflarının yukarıda bahsi geçen hususa ilişkin anlaşmış olmaları bir ön şart olarak ortaya konulabilir. Dolayısıyla mevcut durum itibarıyla yatırımcı tarafların ICSID yargılamasından kaynaklanan bahse konu riski bertaraf edebilmek gayesiyle, tahkim sürecinde SCC yargılamasına müracaat etmelerinin daha avantajlı sonuçlar doğuracağı ifade edilebilir.

Enerji Şartı Antlaşmasınının 1(7)(b) maddesinde ise Antlaşmaya taraf devletlerden birinin hukukuna uygun olarak üçüncü bir devlette örgütlenen tüzel kişilerin dahi yatırımcı sayılabilecekleri öngörülmüştür. Doktrinde bir görüşe göre, bu istisnai hükmün uygulanabilmesi için Antlaşmaya taraf devletlerden birinin hukukunun, bir üçüncü devlette örgütlenen tüzel kişiyi, kendi ülkesinde ve kendi hukukuna uygun olarak örgütlenmiş kabul etmesi gereklidir⁴⁹¹. Bu görüş pek çok açıdan önemli belirsizlikler içermektedir. Sözelimi, Antlaşmaya taraf devletlerden biri, bir tüzel kişinin üçüncü bir ülkede örgütlenmesini, ne şekilde kendi hukukuna uygun kabul edecektir?

⁴⁹¹ Salacuse Jeswald W., *The Energy Charter Treaty and Bilateral Investment Treaty Regimes*, *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade* (Ed. Thomas W. Walde), Kluwer Law International, pp. 321-348, London 1996, s. 334.

Ayrıca böyle bir kabulün olduğu varsayılsa dahi, bunun diğer taraf ülkeler üzerinde sonuç doğurması nasıl temin edilecektir? Bu noktada diğer taraf ülkelere bir bildirim yapılması gerekli midir?

Kanaatimizce maddenin yorumlanmasında ikili yatırım antlaşmalarındaki benzer nitelikli hükümlerden istifade edilmelidir. İkili yatırım antlaşmalarında genellikle, üçüncü ülkelerde kurulup da antlaşma tarafı devletlerden birinin vatandaşlarınca kontrol edilen tüzel kişilerin yatırımcılık sıfatı tanınmaktadır⁴⁹². Benzer şekilde Enerji Şartı Antlaşmasının 1(7)(b) maddesi de üçüncü bir devlette örgütlenen tüzel kişilerin yatırımcı sayılmasına imkân sağlamaktadır. Ne var ki Enerji Şartı Antlaşmasında, ikili yatırım antlaşmalarından farklı olarak, bu tüzel kişilerin Antlaşmaya taraf devletlerden birinin vatandaşlarınca kontrol edilmesi şartına yer verilmemiştir. Her ne kadar Enerji Şartı Antlaşmasının ikili yatırım antlaşmalarıyla benzer bir sonuca ulaşmayı hedeflediği düşünülse de, Antlaşmanın 1(7)(b) maddesinin yazımı bu konuda kat'i bir kanaat sahibi olmaya müsait değildir. Zira maddede kontrol gücü unsuruna herhangi bir vurgu yapılmadığı açıkça görülmektedir. Tüm bu hususların, ancak konunun tahkim sürecine taşınması sonrasında, içtihat hukuku alanında yapılacak muhtemel yorumlarla çözümlenebileceği düşünülmektedir.

III. ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASININ BAZI YATIRIMCILARA UYGULANMAMASI

Enerji Şartı Antlaşmasında sadece Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalanabilecek yatırımcıların sayılmasıyla yetinilmemiş, aynı zamanda Antlaşma kapsamı dışında bırakılan yatırımcılara da yer verilmiştir. Antlaşmanın 17. maddesinde düzenlenen bahse konu yatırımcıların, posta kutusu şirketleri ile siyasi veya ekonomik kısıtlama uygulanan devletlerin yatırımcıları bakımından ele alınması mümkündür.

⁴⁹² Bkz. yuk. s. 155.

A. Enerji Şartı Antlaşmasının 17. Maddesi Hükümü

Enerji Şartı Antlaşmasının 1(7)(a) maddesinde yatırımcı kavramı, ev sahibi devletlerden ziyade yatırımcıların lehine sonuç doğuracak biçimde kaleme alınmıştır. Zira söz konusu maddede, üçüncü ülkede kurulup da, antlaşma tarafı devlette örgütlenen bir şirketin dahi yatırımcı sıfatına sahip olması mümkün kılınmıştır. Bu anlamda söz konusu tüzel kişi, bir başka Antlaşma tarafı devlette gerçekleştirdiği yatırımlar bakımından, bahse konu devleti tahkim yargılamasında dava edebilecektir. Bununla birlikte Antlaşma hükümlerinde, yatırım ilişkisinin tarafları arasındaki menfaat dengesinin temin edilebilmesi ve yatırımcı kavramının geniş tutulmasının yatırımcılar tarafından suiistimal edilmesinin önlenmesi saikiyle bazı tedbirler kabul edilmiştir. Münhasıran ev sahibi devletin menfaatinin öncelendiği bu tedbirlere, Antlaşmanın “Belirli Şartlar Altında III No’lu Bölümün Uygulanmaması” başlıklı 17. maddesinde yer verilmiştir. Doktrinde “Avantajların Reddi⁴⁹³” (Denial of Advantages) biçiminde kısaltılan bu başlık altındaki madde şu hükümü içermektedir:

Her bir taraf devlet, aşağıda sayılan durumların varlığı hâlinde, Antlaşmanın bu Bölümünde sağlanan avantajları reddetme/inkâr etme hakkını saklı tutar:

- (1) Üçüncü bir devletin tabiiyetinde bulunan kişilerin sahip olduğu veya bu kişilerce kontrol edilen bir tüzel kişinin, örgütlendiği taraf devletin alanında esaslı bir işletme faaliyetinin bulunmaması durumu.
- (2) Antlaşma tarafı devletin, yatırım faaliyetinin üçüncü bir devletin yatırımcısı tarafından gerçekleştirildiğini ve bu üçüncü devlet ile kendisi arasında;
 - (a) Diplomatik bir ilişki bulunmadığını veya

⁴⁹³ Hober, 2010, s. 162; Gaillard, 2006, s. 69.

(b) Üçüncü devlete yönelik aşağıdaki tedbirlerin uygulanmasını kabul ettiğini veya bu tedbirlerin uygulanmasını devam ettirdiğini ispat etmesi durumu:

(i) Söz konusu devletin yatırımcılarıyla ticari ilişkiler kurulmasının yasaklanması.

(ii) Söz konusu devletin yatırımcılarına ve yatırımlarına, bu bölümden kaynaklanan hakların verilmesi durumunda, bu hakların tanınmaması.

Enerji Şartı Antlaşmasının “Yatırımların Teşviki ve Korunması” başlıklı III No’lu Bölümünde; yatırımların korunması ve geliştirilmesine ilişkin önemli koruma tedbirlerine yer verilmiştir. Antlaşmaya taraf ev sahibi devletler, 17. maddede öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde, yatırımcı tarafa mezkûr bölümden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeme imkânına sahiptir. Antlaşmanın 17. maddesi bir gerçek veya tüzel kişinin yatırımcılık sıfatını tartışmamakta, hatta ortada Antlaşma hükümleri çerçevesinde tanınan bir yatırımcının varlığını peşinen kabul etmektedir. Antlaşmanın “Tanımlar” başlıklı 1(7) maddesinde gerçek veya tüzel kişinin yatırımcılık sıfatının varlığı ve kapsamı konusu ele alınmıştır. Antlaşmanın 17. maddesinde ise, söz konusu “kapsanan yatırımcılar”, maddede öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde, Antlaşmanın sağladığı hukuki korumanın dışında bırakılmıştır⁴⁹⁴. Özetle, Antlaşma, 1(7) maddesiyle “kapsadığı” bazı yatırımcıları, 17. maddesiyle koruma alanının dışına itmiştir.

B. Posta Kutusu Şirketleri

1. Hukuki Çerçeve

Enerji Şartı Antlaşmasının 17(1) maddesinde, Antlaşma tarafı ev sahibi devletlere, belirli şartların varlığı hâlinde, tüzel kişi yatırımcılar lehine

⁴⁹⁴ Gaillard, 2006, s. 73.

Antlaşmanın III No'lu Bölümünde verilen hakların uygulanmaması imkânı sunulmuştur. Söz konusu madde uyarınca; üçüncü bir devletin tabiiyetinde bulunan kişilerin sahip olduğu veya bu kişilerce kontrol edilen bir tüzel kişi, eğer ki örgütlendiği taraf devletin alanında önemli bir işletme faaliyetine sahip değilse, ev sahibi devlet, bu tüzel kişi lehine Antlaşmanın III No'lu Bölümünde sunulan avantajları reddedebilecektir. Maddenin tahlil edilmesi neticesinde, ev sahibi devletin belirtilen imkândan faydalanabilmesi için aşağıda sıralanan şartların gerçekleşmesi gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür:

- i. Tüzel kişi yatırımcının Antlaşma tarafı ülkelerden birinde yatırım yapması,
- ii. Tüzel kişi yatırımcının Antlaşma tarafı bir diğer ülkede örgütlenmiş olması,
- iii. Tüzel kişi yatırımcının örgütlendiği Antlaşma tarafı ülkede esaslı bir işletme faaliyetinin bulunmaması ve
- iv. Tüzel kişi yatırımcıya üçüncü devletin tabiiyetindeki kişilerin sahip olması veya bu yatırımcının üçüncü devlet tabiiyetinde bulunan kişiler tarafından kontrol edilmesi.

Görüldüğü üzere Antlaşmanın 17(1) hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle ortada Antlaşmanın 1(7) hükmü uyarınca bir tüzel kişi yatırımcının varlığı gereklidir. Bir diğer ifadeyle bu yatırımcı, Antlaşmaya taraf devletlerden birinde “örgütlenmiş” olmalıdır. Ayrıca söz konusu yatırımcının bu devletteki örgütlenmesinin kâğıt üzerinde kalması⁴⁹⁵, yani esas faaliyetlerinin anılan devlette gerçekleştirilmemesi gereklidir. Bunun yanında yatırımcının gerçekte üçüncü bir ülkenin tabiiyetinde bulunan kişiler tarafından kontrol edilmesi de şarttır. İşte ev sahibi devlet, tüm bu şartların gerçekleşmesi durumunda, söz konusu yatırımcıya karşı Antlaşmanın 17(1) maddesinde verilen imkânı kullanabilecektir.

⁴⁹⁵ Mistelis Loukas A./Baltag Crina Mihaela, Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty, Penn State Law Review, Vol. 113, No. 4, pp. 1301-1321, 2009, s. 1315.

Maddede öngörülen şartların içeriği, esas itibariyle maddenin hangi amaca matuf kabul edildiği noktasında önemli ipuçları vermektedir. Devletler taraf oldukları antlaşmalardan kaynaklanan hakların, ancak kendi yatırımcıları bakımından işlerlik kazanması arzusunu taşımaktadır. Bir diğer ifadeyle devletler, antlaşmaya taraf olarak, antlaşmanın öngördüğü yükümlülüklerle katlanma külfetini, kendi yatırımcılarının antlaşmanın sağladığı haklardan faydalanması karşılığında üstlenmiş olmaktadır. Bu çerçevede Enerji Şartı Antlaşmasına taraf bütün devletlerin, “karşılıklılık” ilkesini kabul etmiş oldukları ve bu ilkedan istifade etmeyi amaçladıkları öngörülebilir⁴⁹⁶. Keza Antlaşmanın 2. maddesinde de, Antlaşmanın “karşılıklı faydalar” ilkesi temelinde, enerji alanında uzun dönemli işbirliğinin teşvik edilmesi için hukuki bir çerçeveye tesis etmeyi amaçladığı ifade edilmiştir. Gerçekte üçüncü bir devletin vatandaşlarınca kontrol edilen ve örgütlendiği devletteki varlığı ise sadece şekli unsurlar üzerine inşa edilen tüzel kişi yatırımcıların korunması, kuşkusuz bu amaçla bağdaşmayacaktır. Bu çerçevede Antlaşmanın 17(1) maddesinin, Antlaşma tarafı devletteki örgütlenmesi “posta kutusu şirketi” (mailbox company) düzeyinde kalan tüzel kişileri hedef aldığı ifade edilebilir.

Uluslararası hukuk doktrininde “posta kutusu şirketleri”, taraf devletlerden birinde örgütlenmekle birlikte, bu devlette esaslı bir işletme faaliyeti bulunmayan ve gerçekte üçüncü devlet tabiiyetindeki kişilerce kontrol edilen tüzel kişiler olarak tanımlanmaktadır⁴⁹⁷. Gerçekte bu şirketleri kontrol eden üçüncü ülke tabiiyetindeki kişiler ise “posta kutusu yatırımcıları” veya “asalak yatırımcılar” (free-riders) olarak isimlendirilmektedir⁴⁹⁸. İşte Antlaşmanın 17(1) maddesi, belirtilen şartlar altında, bir posta kutusu yatırımcısının Antlaşmanın III No’lu Bölümünde öngörülen yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin haklardan mahrum bırakılabilmesi hususunu düzenlemektedir.

⁴⁹⁶ Jagusch Stephen/Sinclair Anthony, *Investment Dispute Resolution and the Energy Charter Treaty Part II. Denial of Advantages under Article 17(1)*, Investment Protection and The Energy Charter Treaty (Ed. Graham Coop/Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 17-45, New York 2008, s. 18.

⁴⁹⁷ Jagusch/Sinclair, 2006, s. 93.

⁴⁹⁸ Jagusch/Sinclair, 2008, s. 18.

Enerji Şartı Antlaşmasının 17(1) maddesinin uygulama alanının daha iyi tespit edilebilmesi bakımından, maddede yer verilen bazı ibarelerin açıklığa kavuşturulması gereklidir. Bunların başında “esaslı faaliyet” ibaresi gelmektedir. Doktrinde, bir işletme faaliyetinin esaslı kabul edilebilmesi için sadece o işletmenin ilgili devlette tescilli bulunmasının veya zorunlu idari yükümlülükleri yerine getirmesinin yeterli olmadığı kabul edilmektedir. Buna göre; örgütlendiği devlette personel istihdam eden, işin gelişimi için bu devlette girişimler yürüten, bu devlete vergi ödeyen ve işletme girdilerini bu devletten sağlayan işletmenin esaslı faaliyette bulunduğu kabul edilecektir⁴⁹⁹.

Enerji Şartı Antlaşmasının 17(1) maddesinde, “posta kutusu şirketleri ve yatırımcılarının” Antlaşmanın sağladığı hukuki korumanın dışında bırakılması imkânına yer verilmiştir. Bununla birlikte Antlaşmada, söz konusu imkânın ev sahibi devlet tarafından hangi surette kullanılacağı ve bu kullanımın zaman bakımından nasıl bir etki doğuracağına hususlarına ise değinilmemiştir. Hakkın kullanılması bakımından hayati önemi haiz bulunan bu meseleler, uyuşmazlık konularının tahkim yargılamasına taşınması sonrasında, hakem heyetlerinin tespitleriyle açıklığa kavuşturulabilmiştir. Bu noktada ICSID yargılamasına konu *Plama* kararında hakem heyetinin konuya ilişkin izahatı, anılan belirsizliklerin giderilmesinde önemli rol oynamıştır.

2. ICSID’in Plama Kararı

Enerji Şartı Antlaşmasının 17. maddesi hükmünde öngörülen avantajların reddi imkânına ilişkin şartlar, *Plama* davasında görevli hakem heyeti tarafından tartışılmıştır. Karar, hakem heyetinin Antlaşmanın 17. maddesinin uygulanmasına ilişkin üç farklı konu hakkındaki tespitlerini ihtiva etmektedir. Heyet, öncelikle Antlaşmanın 17. maddesi hükmünün tahkim

⁴⁹⁹ Jagusch/Sinclair, 2008, s. 20.

yargılaması üzerinde bir tesiri bulunup bulunmadığını incelemiş, daha sonra ev sahibi devletin söz konusu maddeden hangi surette faydalanmasının mümkün olabileceği konusunu ele almıştır. Hakem heyeti konuya ilişkin son tespitlerinde ise Antlaşmanın 17. maddesinin geçmişe mi yoksa geleceğe mi etkili sonuçlar doğuracağı yönündeki tartışmayı açıklığa kavuşturmuştur.

Dava konusu olayda, davalı Bulgaristan devleti Antlaşmanın 17. maddesinin taraf devletlere bahsettiği hak çerçevesinde, davacı tarafın uyuşmazlığı tahkim yargılamasına götürme imkânı bulunmadığını ileri sürmüştür⁵⁰⁰. Bu iddia marifetiyle davalı taraf, esasen Antlaşmanın 17. maddesinin hakem heyetinin yargılama yetkisini ortadan kaldıran bir etkiye sahip olduğunu beyan etmiştir. Hakem heyeti konuya ilişkin değerlendirmesinde, 17. maddenin açık ifadesi gereği, taraf devletlerin sadece yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin Antlaşmanın III No'lu Bölümünü reddetme imkânına sahip olduğunu, buna karşılık tahkim yargılamasına ilişkin "Uyuşmazlıkların Çözümü" başlıklı 26. maddenin ise Antlaşmanın V No'lu bölümünde düzenlendiğini tespit etmiştir. Heyet, bazı ikili yatırım antlaşmalarının aksine, 17. maddedeki hükmün Antlaşmanın tamamının uygulanmasını engelleme yönünde bir amaç beslemediğini, maddenin açık ifadesi gereği sınırlama konusunda sadece Antlaşmanın III No'lu Bölümünün hedef alındığını beyan etmiştir⁵⁰¹. Bu çerçevede hakem heyeti, Antlaşmanın 17. maddesinin hukuki niteliği itibariyle yargılama yetkisine ilişkin itiraz hakkı olarak değerlendirilemeyeceğini, bilakis söz konusu maddenin yargılamanın esasına ilişkin itiraz hakkı bahsettiğini ifade etmiştir⁵⁰². Netice itibariyle heyet, kanaatimizce de haklı bir gerekçeye dayanarak, Antlaşmanın 17. maddesinde öngörülen şartların gerçekleşip

⁵⁰⁰ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Decision On Jurisdiction, Para. 139.

⁵⁰¹ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Decision On Jurisdiction, Para. 143 ve 148.

⁵⁰² Enerji Şartı Antlaşmasının 17. maddesinin hukuki niteliği itibariyle, yargılama yetkisine yönelik bir itiraz mı yoksa esasa ilişkin bir itiraz mı olduğu konusuna ilişkin olarak Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsünde görülen, *Petrobart Ltd* davasındaki hakem heyeti herhangi bir inceleme yapmamıştır. Bununla birlikte doktrinde, heyetin Enstitü Kurallarının 10(2) maddesine atıfta bulunmak suretiyle, zimnen, konuyu yargılama yetkisine ilişkin bir mesele olarak kabul ettiği yorumu yapılmaktadır (Bkz. Hober, 2010, s. 187). Bu yorumun doğru kabul edilmesi halinde, bahse konu davadaki hakem heyetinin *Plama* davasındaki hakem heyetinden farklı bir kanaat ortaya koyduğu neticesine ulaşılabilecektir.

gerçekleşmediği hususunun, ancak hakem heyetinin teşekkül etmesi ve konuya ilişkin inceleme ve değerlendirmelerde bulunmasıyla mümkün olabileceğini belirterek söz konusu davalı devlet iddialarına itibar etmemiştir⁵⁰³.

Hakem heyeti, ev sahibi devletlerin Antlaşmanın 17. maddesinde kendilerine verilen imkânı ne şekilde kullanacakları hususunda da, sonraki davalarda emsal teşkil edebilecek nitelikte bazı önemli tespitlerde bulunmuştur. Davalı Bulgaristan, yatırımcı lehine öngörülen avantajların reddedilmesi konusunun Antlaşmanın 17. maddesinde düzenlenmiş olması sebebiyle Antlaşmaya taraf devletlerin kendiliğinden bu imkândan istifade edebilmelerinin mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Heyet bu iddiaya yönelik değerlendirmesinde, öncelikle Antlaşmanın 17. maddesi metninde geçen “saklı tutar” (reserves) ibaresini tahlil etmiştir. Heyete göre, Antlaşma metnindeki söz konusu ibare, ev sahibi devletlerin avantajların reddi imkânına “sahip olduğunu” vurgulamaktadır. Antlaşma bu sayede, ev sahibi devletlere bu imkânı kullanma veya kullanmama yönünde seçimlik hak bahsetmiş olmaktadır. Bir imkânın varlığı ile kullanımı arasındaki farklılığa dikkat çeken hakem heyeti, ev sahibi devletlerce aktif biçimde kullanılmadığı müddetçe, bir imkânın mevcut bulunmasının, tek başına o imkândan menfaat temin edilmesi için yeterli olmadığını işaret etmiştir. Netice itibarıyla heyet, Antlaşmanın 17. maddesinin açık ifadesi gereği, ev sahibi devletlere verilen imkânın kendiliğinden işlerlik kazanmasının mümkün olmadığı kanaatine ulaşmıştır⁵⁰⁴. Bunun yanında hakem heyeti, kararında bahse konu imkânın hangi usulle kullanılacağına ilişkin bazı açıklamalara da yer vermiştir. Buna göre, ev sahibi devlet, yasal bir düzenleme yapmak veya resmi gazetesinde ilan etmek suretiyle avantajların reddi imkânından faydalanabilecektir. Benzer şekilde yatırımcı tarafa imkânın kullanıldığına ilişkin bir bildirim mektubu gönderilmesi de, hakem heyetine göre, aynı amaca hizmet edecektir⁵⁰⁵.

⁵⁰³ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Decision On Jurisdiction, Para. 149 ve 151.

⁵⁰⁴ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Decision On Jurisdiction, Para. 155.

⁵⁰⁵ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Decision On Jurisdiction, Para. 157.

Hakem heyetinin uyuşmazlık konusu olaya etkili esas incelemesi ise Antlaşmanın 17. maddesindeki imkânın kullanılmasının, zaman bakımından nasıl bir etki doğuracağı hususuna ilişkin olarak yürütülmüştür. Uyuşmazlık konusu olayda davalı Bulgaristan, Antlaşmanın 17. maddesinden ileri gelen hakkını, 18.02.2003 tarihinde (davacı tarafın uyuşmazlığı tahkim sürecine taşınmasından yaklaşık iki ay ve yatırımın gerçekleşmesi tarihinden dört yıl sonra), ICSID Sekreteryasına bildirimde bulunmak suretiyle kullanmıştır. Hakem heyeti, bu bildirimde geçmişe mi yoksa geleceğe mi etkili olarak uygulanacağı konusunda, Antlaşmanın 17. maddesinin açık bir hüküm içermiyor olması sebebiyle⁵⁰⁶ Antlaşmanın genel amaç maddesinden yola çıkarak yorum yoluyla bazı tespitlerde bulunmuştur. Heyet, ev sahibi devlet tarafından avantajların reddi imkânının kullanılması anına kadar, yatırımcının Antlaşmanın III No'lu Bölümünden kaynaklanan avantajlara sahip olduğunu düşünmesini, son derece makul bir beklenti olarak değerlendirmiştir. Heyete göre yatırımcı, bu süreç içinde yatırım yapıp yapmama veya kaynaklarını hangi ölçüde kullanacağı konularında geniş bir özgürlüğe sahiptir⁵⁰⁷. Ev sahibi devletin 17. maddede öngörülen imkânı kullanmasının geçmişe etkili sonuçlar doğuracağı kabul edilecek olursa bu durum, yatırımcının haklı beklentilerle kullandığı özgürlük alanının, hakkaniyete aykırı biçimde ihlâl edilmesine sebebiyet verecektir. Bu noktada hakem heyeti, Antlaşmanın 2. maddesinin enerji alanında uzun dönemli bir işbirliği tesis edilmesini genel bir amaç olarak ortaya koyduğunu hatırlatarak, geçmişe etkili sonuçların Antlaşmanın belirtilen amacıyla bağdaştırılabilmesinin kolay olmadığını ifade etmiştir⁵⁰⁸. Netice itibarıyla hakem heyeti, Antlaşmanın 17. maddesinde öngörülen hakkın ev sahibi devletçe kullanılmasının geçmişe etkili sonuç doğurmayacağına karar vermiştir. Heyete göre ev sahibi devletler tarafından söz konusu imkânın kullanıldığına ilişkin bildirim, “yatırımın başlamasından önceki dönemde” yapılması gereklidir⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Decision On Jurisdiction, Para. 159.

⁵⁰⁷ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Decision On Jurisdiction, Para. 161.

⁵⁰⁸ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Decision On Jurisdiction, Para. 161.

⁵⁰⁹ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Decision On Jurisdiction, Para. 162.

Hakem heyetinin ev sahibi devlet tarafından Antlaşmanın 17. maddesinde öngörülen hakkın yatırımın gerçekleşmesinden önceki dönemde kullanılması gerektiğine ilişkin kararı, doktrinde yoğun biçimde eleştirilmiştir. Bu noktadaki eleştiriler temelde, ev sahibi devletin Antlaşmanın 17(1) maddesinde öngörülen şartların gerçekleştiğini yatırım öncesi dönemde bilemeyeceği düşüncesine dayanmaktadır. Doktrinde⁵¹⁰, kanaatimizce de son derece haklı biçimde, yatırımın gerçekleşmesinden önceki dönemde bir yatırımcının söz konusu maddede öngörülen şartları taşıyıp taşımadığı hususunun ancak yatırımcı tarafından bilinebilecek bir durum olduğu ifade edilmektedir. Günümüzde özellikle sınır ötesine taşan hisse devirlerinin kolaylıkla yapılabildiği bir yatırım ortamında, ev sahibi devletin yatırımcı hakkında önceden tüm bilgileri edinmiş olması makul bir beklenti değildir. Her ne kadar kapsamlı yatırım projeleri bakımından, ev sahibi devletler böylesi bir incelemeyi yapıyor olsalar da, bu durumun her yatırım projesi bakımından zorunluluk olarak öngörülmesi, ev sahibi devletler bakımından katlanılması beklenemeyecek bir külfetin doğumuna sebebiyet verecektir⁵¹¹. Üstelik posta kutusu yatırımcıların, genellikle Antlaşmanın öngördüğü yükümlülüklerle tâbi olmadan, münhasıran haklardan faydalanmayı amaçlayan devletlerin yatırımcıları olduğu da bilinmektedir. Antlaşmanın 17(1) maddesinin geleceğe yönelik etki doğuracağıın kabulü, kanaatimizce, bu haksız beklentiye de meşruiyet kazandırmış olacaktır.

C. Siyasi veya Ekonomik Kısıtlama Uygulanan Devletlerin Yatırımcıları

1. Hukuki Çerçeve

Enerji Şartı Antlaşmasının 17(2) maddesinde de, ev sahibi devletlere, bazı şartlar altında, üçüncü bir devletin yatırımcısı tarafından gerçekleştirilen yatırımlar bakımından, Antlaşmanın III No'lu bölümünde sağlanan avantajları reddetme imkânı verilmiştir. Maddeye göre avantajların reddi imkânının kullanılabilmesi için öncelikle, bu imkânı kullanan Antlaşma tarafı devlet,

⁵¹⁰ Jagusch/Sinclair, 2008, s. 35.

⁵¹¹ Jagusch/Sinclair, 2008, s. 35-42.

yatırım faaliyetinin üçüncü bir devletin yatırımcısınca gerçekleştirildiği ispat etmelidir. Bu şartın haricinde Antlaşma tarafı devlet, kendisi ile bahse konu üçüncü devlet arasında diplomatik bir ilişki bulunmadığını veya bu devlete yönelik ticari kısıtlamalar uyguladığını da ispat etmek durumundadır. Bununla birlikte söz konusu maddenin yazımının bazı belirsizlikler içerdiği de tespit edilmelidir. Bu belirsizliklerin temelinde, madde metninde geçen “üçüncü bir devletin yatırımcısı⁵¹²” ibaresi bulunmaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Antlaşmanın 17(2) maddesinin işlerlik kazanabilmesinin ön şartını, Antlaşma tarafı devletçe yatırım faaliyetinin “üçüncü bir devletin yatırımcısı” tarafından gerçekleştirildiğinin ispat edilmesi oluşturmaktadır. Antlaşmanın 1(7)(a) maddesi uyarınca, Antlaşma tarafı ülkede daimi ikamet hakkına sahip olması kaydıyla üçüncü devletin tabiiyetinde bulunan bir gerçek kişinin yatırımcı olarak kabul edilmesi mümkündür. Aynı madde çerçevesinde üçüncü devlet tabiiyetinde bulunup da Antlaşma tarafı ülkede örgütlenen tüzel kişilerin de yatırımcılık sıfatı tanınmıştır. Bununla birlikte söz konusu durumlarda ilgili gerçek ve tüzel kişiler, “üçüncü devletin yatırımcısı” değil, “Antlaşma tarafı devletin yatırımcısı” olarak kabul edilmektedir. Ötesinde, “üçüncü devlet” ibaresi, Antlaşma metninde hep “Antlaşma tarafı olmayan devlet” anlamına karşılık gelecek biçimde kullanılmıştır⁵¹³. Bu itibarla “üçüncü bir devletin yatırımcısı” ibaresinden derhâl, “Antlaşma tarafı olmayan bir devletin yatırımcısı” anlaşılmalıdır. Diğer taraftan, yukarıda da ifade edildiği üzere, Antlaşma tarafı olmayan bir devletin yatırımcısının, Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan istifade edebilmesi mümkün değildir. O hâlde, Antlaşma hükümleri uyarınca yatırımcı olarak dahi kabul edilmeyen bir gerçek veya tüzel kişi hakkında, ev sahibi devlete Antlaşmadan kaynaklanan avantajları reddetme imkânının verilmesi nasıl izah edilebilir?

⁵¹² “Üçüncü bir devletin yatırımcısı” ibaresi, Antlaşma metninde (Nihai Senet hükümleri ve Antlaşma Eklere de dâhil olmak üzere) söz konusu madde haricinde hiçbir yerde kullanılmamıştır.

⁵¹³ Bu konudaki tek istisnayı Antlaşmanın “Transit” hükümlerinin düzenlendiği 7(10) maddesi oluşturmaktadır. Söz konusu maddede açıkça, “üçüncü devlet” ibaresinin, “Antlaşma tarafı devletlerden birini veya bir başka devleti” ifade ettiği hükme bağlanmıştır. Buna karşılık Antlaşmanın Yatırımlara ilişkin hükümlerinde ise “üçüncü devlet” ibaresi daima, “Antlaşma tarafı olmayan devlet” anlamına karşılık gelecek biçimde kullanılmıştır.

Kanaatimizce, Antlaşmanın 17(2) maddesinde geçen “üçüncü bir devletin yatırımcısı” ibaresi, aynı maddenin birinci fıkrasıyla uyumlu olarak anlamlandırılmalıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere, Antlaşmanın 17(1) maddesinde, “üçüncü bir ülkenin tabiiyetinde bulunan kişiler tarafından kontrol edilen” yatırımcılardan bahsedilmektedir. Bu çerçevede, Antlaşmanın 17(2) maddesi kapsamında üçüncü devletin yatırımcısı da, Antlaşmaya taraf devletlerden birinin yatırımcısı sıfatını taşıyan, ne var ki gerçekte üçüncü devletin tabiiyetinde bulunan kişilerce kontrol edilen yatırımcılar olarak anlaşılmalıdır. İşte ev sahibi devlet ve yatırımcının gerçek kontrolünü elinde bulunduran kişilerin tabiiyet bağıyla bağlı olduğu devlet arasında diplomatik bir ilişkinin bulunmaması hâlinde, ev sahibi devlet, Antlaşmanın 17(2) maddesinde öngörülen avantajların reddi imkânını kullanma hakkına sahip olacaktır. Aksi bir düşüncenin kabulü hâlinde, kanaatimizce, Antlaşmanın söz konusu maddesinin varlık gerekçesini izah edebilmek mümkün olamayacaktır. Bu noktada akla, Antlaşmanın 17(1) maddesiyle de aynı sonuca ulaşmanın mümkün olduğu yönünde bir istifham gelebilir. Ancak söz konusu maddelerinin farklı gerekçeleri ihtiva ettiği unutulmamalıdır. Antlaşmanın 17(1) maddesinde münhasıran, örgütlendiği devlette esaslı faaliyeti olmayan posta kutusu şirketleri ele alınmıştır. Buna karşılık Antlaşmanın 17(2) maddesi ise diplomatik ve ticari kısıtlama uygulanan ülkelere ilişkindir.

2. ICSID'in Libananco Kararı

Enerji Şartı Antlaşmasının 17(2) maddesi, *Libananco* davasında da hakem heyetinin incelemesine tâbi tutulmuştur. Önceki davalarda teşekkül eden hakem heyetlerinin aksine, Libananco davasında hakem heyeti; Antlaşmanın 17. maddesiyle taraf devletlere verilen avantajları reddetme hakkının varlığı, kullanılması ve geçmişe veya geleceğe etkili olması gibi konulara dair bir tespitte bulunmamıştır. Heyetin temel inceleme konusunu, tarafların iddia ve savunmaları kapsamında, Antlaşmanın 17. maddesinde geçen “üçüncü devlet” ibaresi teşkil etmiştir.

Türkiye savunmasında, üçüncü devlet yatırımcılarının Enerji Şartı Antlaşması hükümlerinden faydalanmasının mümkün olmadığını ve

Antlaşmanın 17(2) maddesinde yer verilen “üçüncü devlet” ibaresinin Antlaşma tarafı devletleri de kapsayan bir çerçevede algılanması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu hüküm çerçevesinde Türkiye, Enerji Şartı Antlaşmasına taraf olan GKRY ile diplomatik ilişkisinin bulunmadığını beyan ederek, davacı şirkete karşı, Antlaşmanın III No’lu Bölümünden kaynaklanan avantajları reddetme imkânına sahip olduğunu ifade etmiştir. Buna karşılık davacı tarafın iddiası ise Türkiye ve GKRY’nin Enerji Şartı Antlaşmasına taraf oldukları ve somut ihtilafta bir üçüncü devlet bulunmadığı noktasında odaklanmaktadır⁵¹⁴.

Hakem heyeti, “üçüncü devlet” ibaresinin, Antlaşma hükümlerinde ve özelde Antlaşmanın 17. maddesi hükmünde hangi manada kullanıldığı konusundaki kanaatlerini, Uluslararası Enerji Ajansında hukuk danışmanlığı görevini yürüten ve Antlaşmanın müzakere sürecine yoğun katkı sağlayan *Craig Bamberger*’in yargılama sırasındaki ifadeleri üzerine inşa etmiştir. Adı geçen kişi ifadesinde, Antlaşma metninde başlangıçta “Antlaşmaya taraf olmayan devlet” ibaresinin kullanılmasının tercih edildiğini, ne var ki müzakerelerin son safhasına gelindiğinde, Antlaşmanın 7. maddesi dışındaki tüm maddelerinde bu ibarenin yerine “üçüncü devlet” ibaresinin kullanıldığını beyan etmiştir⁵¹⁵.

Hakem heyeti bu ifade üzerine yaptığı değerlendirmesinde, “üçüncü devlet” ibaresinin, münhasıran Antlaşmanın “Transit” konusuna ilişkin 7(10) maddesi hükmü çerçevesinde Antlaşmaya taraf olan devletleri de kapsadığını, zira söz konusu madde metninde bu durumun açıkça ifade edildiğini belirtmiştir. Heyet bu gerekçelerle, 7. maddenin kendisine özgü yapısının, Antlaşmanın diğer maddelerine teşmil edilemeyeceğini⁵¹⁶ ve dolayısıyla Antlaşmanın 17(2) maddesinde geçen “üçüncü devlet” ibaresinin, bilinen manasıyla “Antlaşmaya taraf olmayan devlet” şeklinde anlaşılması gerektiğine karar vermiştir. Hakem heyeti, bu değerlendirme ışığında, somut

⁵¹⁴ Libananco v. Turkey, Para. 105.4 ve 555.

⁵¹⁵ Libananco v. Turkey, Para. 552.

⁵¹⁶ Aksi görüş için bkz. Jagusch/Sinclair, 2008, s. 19. Yazara göre, Enerji Şartı Antlaşmasının 17(1) maddesinde geçen üçüncü devlet ibaresi, sadece Antlaşmaya taraf olmayan devletleri değil, ev sahibi devletin vatandaşlarını da kapsamaktadır. Şöyle ki; eğer bir başka Antlaşma tarafı devlette örgütlenen ve fakat bu devlette esaslı bir faaliyeti bulunmayan tüzel kişi, ev sahibi devletin vatandaşları tarafından kontrol ediliyorsa, bu kişiler de üçüncü devletin vatandaşı olarak kabul edilecektir.

ihtilaf bakımından ortada üçüncü devletin mevcut bulunmadığını tespit etmiş ve Antlaşmanın 17(2) maddesinin uygulanmasına yer olmadığı kanaatine ulaşmıştır⁵¹⁷.

Hakem heyeti, Antlaşmanın 17(2) maddesindeki “üçüncü devlet yatırımcısı” ibaresine ise daha farklı bir anlam yüklemiştir. Heyete göre, “üçüncü devlet yatırımcısı”, Antlaşma tarafı devletlerden birinde, Antlaşma tarafı bir başka devletin yatırımcısınca gerçekleştirilen yatırım faaliyetine nihai faydalanıcı olarak sahip olan veya böyle bir faaliyeti kontrolünde bulunduran üçüncü devlet vatandaşı kişileri ifade etmektedir⁵¹⁸. Görüldüğü üzere hakem heyeti, bu tespitiyle Antlaşmanın 17(1) ve 17(2) maddelerindeki şartlar arasında da bir uyum tesis etmiştir. Hakem heyeti son olarak, Antlaşmanın 17(1) maddesinin aksine, 17(2) maddesinin işlerlik kazanabilmesi için, “üçüncü devlet tabiiyetindeki kişilerin yatırımı kontrol ettiği” hususunu ispat yükünün, ev sahibi devlet üzerinde olduğuna karar vermiştir.

⁵¹⁷ Libananco v. Turkey, Para. 553, 554, 555 ve 556.

⁵¹⁸ Libananco v. Turkey, Para. 556.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ENERJİ YATIRIMLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN TEMEL KORUMA STANDARTLARI

Uluslararası hukukta yatırımların teşviki ve korunması konusu ağırlıklı olarak ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında düzenlenmiştir. Bu antlaşmalarda yabancı yatırımcının ev sahibi devlette maruz kalabileceği politik risklere karşı korunabilmesi amacıyla, ev sahibi devletin yatırımcı ve yatırıma yönelik üstlenmesi gereken bazı temel davranış veya koruma standartlarına (standards of treatment) yer verilmiştir. Ev sahibi devlet davranışlarının belirlenen standartlarla uyumlu olmaması hâlinde, bu devletin hukuki sorumluluğuna gidilmesi ve sebep olunan zararın tazmin ettirilmesi öngörülmüştür⁵¹⁹.

Yatırım antlaşmalarında yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin öngörülen yükümlülüklerin “genel” ve “özel” koruma standartları başlıkları altında ele alınması mümkündür. Genel koruma standartları yatırımın bütün boyutlarına uygulanma kabiliyetini haiz iken, özel koruma standartları ev sahibi devletin yatırım ve yatırımcıya yönelik belirli davranışlarını konu almaktadır⁵²⁰. Hemen tüm yatırım antlaşmalarında genel koruma standartları altında; koruma ve güvenlik, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ve ayrımcılık yapmama ilkelerine yer verilmektedir. Antlaşmalarda milli muamele ve en çok gözetilen ulus kayıtları ise genellikle ayrımcılık yapmama ilkesi kapsamında ele alınmaktadır⁵²¹. Yatırım antlaşmalarında yer verilen özel koruma standartlarının ise; haksız kamulaştırmanın önlenmesi, kâr veya

⁵¹⁹ Salacuse, 2010, s. 205.

⁵²⁰ Salacuse, 2010, s. 205.

⁵²¹ Doktrinde bazı yazarlarca ev sahibi devletin bir başka yatırım veya yatırımcıya yönelik davranışı ile mukayese yapılamaksızın uygulanan koruma ve güvenlik, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ve ayrımcılık yapmama ilkeleri “mutlak”; izah edilen türde mukayeseye ihtiyaç duyulan milli muamele ve en çok gözetilen ulus kayıtları ise “nispi” genel koruma standartları biçiminde sınıflandırılmaktadır. Bkz. Salacuse, 2010, s. 205, 206.

kazançların menşe ülkeye transfer edilmesi, halefiyet ve tazminat yükümlülüğü başlıkları altında özetlenmesi mümkündür.

Yatırım antlaşmalarının yatırımların korunmasına ilişkin hükümlerinde, yatırım türleri konusunda sektörel bir ayrıma gidilmemiştir. Bu durumun en önemli istisnasını belirli bir sektöre hasredilmiş ilk yatırım antlaşması olma özelliğini taşıyan Enerji Şartı Antlaşması oluşturmaktadır. Enerji yatırımları konusunda uluslararası düzeyde işbirliğinin sağlanması, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler bakımından hayati önemi haizdir. Bu işbirliği; gelişmiş ülkelere yönelik enerji arz güvenliğinin tesis edilmesi konusunda olduğu kadar, enerji kaynakları bakımından zengin ülkelerin gelişimine katkı sağlanması açısından da önem taşımaktadır. Diğer yatırım türlerine göre yüksek maliyetli projeleri konu alan enerji yatırımları bakımından koruma mekanizmasına çok daha fazla ihtiyaç duyulmaktadır.

Çalışmanın bu bölümünde, ağırlıklı olarak Enerji Şartı Antlaşmasında öngörülen genel koruma standartlarının içeriğine ve uygulanmasına yönelik uluslararası hukuk doktrini ve içtihat hukuku alanında benimsenen yaklaşımlar ele alınacaktır. Bununla birlikte enerji yatırımlarına ilişkin uyumsuzlukların çok önemli bir kısmının kamulaştırma ve devletleştirme uygulamalarından kaynaklandığı bilinmektedir. Bu itibarla bölümün son kısmında, Antlaşmanın bahse konu uygulamalara yönelik hükümleri tahlil edilecektir.

§ 9. ENERJİ ŞARTI ANTLAŞMASINDA YATIRIMLARIN KORUNMASI

Yatırımların korunmasına ilişkin temel kurallar, Enerji Şartı Antlaşmasının “Yatırımların Teşviki ve Korunması” başlıklı III No’lu Bölümünde düzenlenmiştir. Toplam sekiz maddeden (10 ilâ 17. maddeler) oluşan söz konusu Bölüm kapsamında; enerji sektöründe gerçekleştirilen yatırımların korunması bağlamında temel koruma standartlarına yer verilmiştir. Öngörülen koruma standartlarının ilki taraf devletlerin uygun bir

yatırım ortamı sağlama yükümlülüklerini ortaya koymaktadır⁵²². Bu husus Enerji Şartı Antlaşmasınının 10(1) maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; her taraf devlet, Antlaşmada öngörülen hükümlere uygun olarak, diğer taraf devletlerin yatırımcılarının kendi alanlarında gerçekleştirecekleri yatırımlar bakımından; istikrarlı (stable), hakkaniyete uygun (equitable), elverişli (favourable) ve şeffaf (transparent) şartlar oluşturmak ve bu şartların oluşumunu desteklemek zorundadır. Maddenin devamında ise bahse konu yükümlülüklerin oluşumunda taraf devletlerce nazara alınması gerekli olan temel ilkelere yer verilmiştir. “Genel Davranış/Koruma Standartları” başlığı altında sıralanabilecek bu ilkelerin; “koruma ve güvenlik”, “âdil ve hakkaniyete uygun muamelede bulunma” ve “ayrımcılık yasağı” şeklinde özetlenmesi mümkündür. Anılan madde kapsamında benimsenen bir diğer ilke ise uluslararası hukuka yöneliktir. Buna göre, taraf devletlerin genel koruma standartlarına ilişkin davranış yükümlülükleri, antlaşma hukuku da dâhil olmak üzere uluslararası hukukta genel kabul gören standartlardan daha düşük seviyede gerçekleştirilmemelidir.

Enerji Şartı Antlaşmasınının III No’lu Bölümünde genel koruma standartlarının yanı sıra; kamulaştırma veya devletleştirme uygulamalarının önlenmesi, yatırım faaliyeti neticesinde elde edilen kazançların menşee devlete transfer edilebilmesi, halefiyet ve tazminat yükümlülüğü gibi muhtelif koruma prensiplerine de yer verilmiştir.

I. KORUMA VE GÜVENLİK İLKESİ

Enerji Şartı Antlaşmasınının III No’lu bölümünde kabul edilen ilkelerin başında, ev sahibi devletler tarafından enerji yatırımlarının ve yatırımcısının korunması ve gerekli güvenlik tedbirlerinin alınması gelmektedir. Koruma ve güvenlik ilkesi; taraf devletlerin kendi ülkelerindeki diğer taraf devlet yatırımcılarına ve bu yatırımcıların yatırımlarına yönelik gerçekleştirilecek

⁵²² Hober, 2010, s. 157.

olumsuz etkilere karşı aktif tedbirler almalarını ifade etmektedir⁵²³. Muhtelif ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında “koruma ve güvenlik” veya “tam koruma ve güvenlik” başlıkları altında yer alan söz konusu ilke⁵²⁴, Enerji Şartı Antlaşmasının 10(1) maddesinde “en muntazam biçimde koruma ve güvenlik” (most constant protection and security) ibaresi kullanılmak suretiyle kaleme alınmıştır.

Koruma ve güvenlik ilkesine Enerji Şartı Antlaşmasında ismen yer verilmiş, ancak Antlaşmada bu ilkeye yönelik herhangi bir tanımlayıcı açıklama yapılmamıştır. Bu itibarla anlamsal içeriğinin daha iyi anlaşılabilmesi için, inceleme konusu ilkenin uygulama alanı ile ev sahibi devlet sorumluluğunun kapsamının, tahkim kararları ışığında tahlil edilmesi uygun olacaktır. Çalışmamızda bu başlık altında bahse konu unsurlar hakkında ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmaları kapsamında verilen kararlardan istifade edilmesi ve bu alanda edinilen deneyimler ışığında Enerji Şartı Antlaşmasının yorumlanması yoluna gidilecektir.

A. Uygulama Alanı

Koruma ve güvenlik ilkesinin uygulama alanınının tespit edilebilmesi için öncelikle tarihsel süreç içinde söz konusu ilkeye yönelik antlaşma ve içtihat hukuku alanında yaşanan gelişimin tahlil edilmesinde fayda vardır. Koruma ve güvenlik ilkesinin temellerinin, 19 ve 20. yüzyılda muhtelif devletlerce akdedilen ikili ticaret antlaşmalarına kadar uzandığı ifade edilebilir. Bu

⁵²³ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 149.

⁵²⁴ Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında koruma ve güvenlik ilkesine, diğer koruma standartlarına nazaran daha az yer verildiği dikkat çekmektedir. Bu ilkeye yer verilen antlaşmalar arasında Türkiye'nin ABD (m. II/3), Avustralya (m. 3/2), Etiyopya (m. II/2) ve Filipinler (m. II/2) ile imzaladığı İkili Yatırım Antlaşmaları örnek olarak sayılabilir. Buna karşılık bazı antlaşmalarda ise inceleme konusu ilkenin uygulama alanının daraltılması yoluna gidilmiştir. Sözgelimi Türkiye ile Fransa arasındaki ikili yatırım antlaşmasında koruma ve güvenlik ilkesi “Kamulaştırma” başlığı altında ele alınmıştır (m. 4/1). Bunun yanında Türkiye ile sözgelimi, Arnavutluk, Bahreyn ve Hindistan arasında yapılan ikili yatırım antlaşmalarında inceleme konusu ilkeye yer verilmemiştir. Ancak bahse konu Antlaşmalarda en çok gözetilen ulus kaydına yer verilmiş olması karşısında, koruma ve güvenlik ilkesinin bulunmamasının, yatırımların korunması anlamında bir eksikliğe vücut vermeyeceği ifade edilebilir.

dönemde özellikle ABD'nin taraf olduğu antlaşma metinlerinde sıklıkla “koruma ve güvenlik” ibaresine yer verilmiştir⁵²⁵. Bununla birlikte söz konusu dönemde koruma ve güvenlik ilkesi, yatırım ve yatırımcının, ev sahibi devlet veya üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen fiziksel şiddet eylemlerine karşı korunmasıyla sınırlı bir çerçevede ele alınmıştır⁵²⁶.

Koruma ve güvenlik ilkesine 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yatırım antlaşmalarında yer verilmesiyle birlikte, söz konusu ilkenin uygulama alanı muhtelif yatırım uyuşmazlıkları hakkında verilen kararlar kapsamında da tartışılmaya başlanmıştır. İçtihat hukuku alanında verilen bazı kararlarda yukarıda bahsi geçen ikili ticaret antlaşmalarının etkisiyle şekillenen “fiziksel şiddet” anlayışının hâkim kılındığı görülmektedir. Bir diğer ifadeyle söz konusu kararlarda, koruma ve güvenlik ilkesine münhasıran yatırımın veya yatırımcının maruz kaldığı fiziksel şiddet eylemleriyle sınırlı bir çerçevede anlam kazandırılmıştır. Bu tespitin en somut örneklerinden birini *Saluka v. Czech Republic*⁵²⁷ davasında verilen karar oluşturmaktadır.

Saluka davasında görevli hakem heyeti, açıkça, koruma ve güvenlik ilkesinin yatırımcının ve yatırımın maruz kalması muhtemel fiziksel şiddet eylemlerine karşı ev sahibi devlet tarafından alınması gereken tedbirleri konu aldığını ifade etmiştir⁵²⁸. Bunun dışındaki muhtelif tahkim kararlarında da koruma ve güvenlik ilkesinin fiziksel şiddet eylemleriyle bağlantılı bir çerçevede ele alındığı tespit edilebilmektedir. Sözgelimi *AAPL* kararında hakem heyeti, Sri Lanka güvenlik güçlerinin askeri müdahalesi sonucunda davacı şirketin yatırım faaliyetinin zarar görmesini, Büyük Britanya ve Sri Lanka arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümleri kapsamında koruma ve güvenlik ilkesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Benzer şekilde *AMT v. Zaire*⁵²⁹ davasında görevli hakem heyeti de, Zaire devletine ait güvenlik

⁵²⁵ Collins David, Applying the Full Protection and Security Standard of Protection to Digital Investments, Journal of World Investment and Trade, Vol. 12. No. 2, pp. 225-243, 2011, s. 231.

⁵²⁶ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 149.

⁵²⁷ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, March 17, 2006.

⁵²⁸ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, 2006, Para 483.

⁵²⁹ *American Manufacturing and Trading, Inc. v. Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, February 21, 1997.

güçlerinin çıkardığı isyan sonucunda ABD menşeli davacı şirkete ait yatırımın yağmalanması eylemini, taraflar arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında öngörülen koruma ve güvenlik ilkesinin ihlal edildiği şeklinde yorumlamıştır. ICSID yargılaması kapsamında verilen *Wena Hotels v. Egypt*⁵³⁰ davasında da aynı yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Dava konusu olayda hakem heyeti, davacıya ait otelin işçiler tarafından işgal edilmesi şekilde gelişen olayda, güvenlik güçlerinin gerekli tedbirleri almadığından bahisle davalı Mısır devletinin koruma ve güvenlik ilkesi çerçevesinde sorumlu olduğuna karar vermiştir⁵³¹. İncelenen kararlardan da tespit edilebileceği üzere, koruma ve güvenlik ilkesi sadece ev sahibi devletin değil, aynı zamanda bu devlette bulunan özel kişilerin eylemlerine karşı da koruma vazifesi üstlenmektedir⁵³².

Yatırım antlaşmalarında, yatırım kavramının kapsamına maddi olmayan mal varlığı değerlerinin alınmasıyla birlikte, koruma ve güvenlik ilkesinin uygulama alanı da bu duruma paralel bir gelişime sahne olmuştur. Bu gelişmenin etkisiyle şekillenen muhtelif tahkim kararlarında, inceleme konusu ilkenin sadece fiziksel şiddet eylemlerine karşı bir koruma tedbiri olmadığı, yatırımcı tarafın ev sahibi devletteki hukuki veya idari güvenliğinin de bu ilke kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği ifade edilmeye başlanmıştır. Bu görüşe göre, ev sahibi devletlerin koruma yükümlülüğünün polis gücü ile sınırlandırılması mümkün değildir⁵³³. Ev sahibi devletler, bunun yanında, yatırımcının yatırım faaliyetlerine yönelik haklı beklentilerinin boşa çıkmasına sebebiyet veren hukuki ve idari girişimlerden veya güvenli bir yatırım ikliminin oluşumunu engelleyen diğer olumsuz etkenlerden de sorumlu tutulmalıdır.

İçtihat hukuku alanında verilen bazı kararlarda, koruma ve güvenlik ilkesinin kapsamında yaşanan değişimin benimsendiği, bazı kararlarda ise

⁵³⁰ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, December 8, 2000.

⁵³¹ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 150.

⁵³² Schreuer Christoph H., Selected Standarts of Treatment Available under the Energy Charter Treaty Part I. Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standarts, Investment Protection and The Energy Charter Treaty (Ed. Graham Coop/Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 63-100, New York 2008, s. 65.

⁵³³ Bkz. *Azurix v. The Argentine Republic*, Award, Para. 408.

hâlen geleneksel yaklaşımın savunulmaya devam edildiği görülmektedir. Sözgelimi, *CME v. Czech Republic*⁵³⁴ davasında görevli hakem heyeti, ev sahibi devletin yasal düzenlemelerinde yapacağı bir değişiklik veya idari bir kararı marifetiyle de koruma ve güvenlik ilkesini ihlal edebileceğine işaret etmiştir. Buna karşılık *CME* davasıyla aynı olayın ele alındığı bir başka dava olan *Lauder v. Czech Republic*⁵³⁵ davasında verilen kararda ise koruma ve güvenlik ilkesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır⁵³⁶. Konuya ilişkin 2006 yılında karara bağlanan iki farklı davada da hakem heyetlerinin tespitleri arasındaki çelişki dikkat çekmektedir. Bahse konu kararlardan *Azurix v. Argentina*⁵³⁷ davasında davacı şirket, Arjantin hükümetinin yasal düzenlemelerden ve taraflar arasındaki imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmediğini ve bu suretle koruma ve güvenlik ilkesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Hakem heyeti bu iddiaya ilişkin olarak kapsamlı bir yorum yapmak suretiyle koruma ve güvenlik ilkesinin yatırımcının ve yatırımın hukuki güvenliğini de tekeffül ettiği sonucuna ulaşmıştır⁵³⁸. Buna karşılık yukarıda yer verilen *Saluka* davasında görevli hakem heyeti ise koruma ve güvenlik ilkesinin yatırımcının ve yatırımın uğraması muhtemel maddi zararlara karşı ev sahibi devlet tarafından alınması gereken tedbirleri konu aldığı ifade etmiştir⁵³⁹.

Koruma ve güvenlik ilkesinin kapsamına ilişkin yukarıda ifade edilen belirsizlik, günümüzde de açıklığa kavuşturulabilmiş değildir. Bununla birlikte bazı hakem kararlarında yatırım antlaşmalarının lâfzî yorumu neticesinde, söz konusu ilkenin uygulama alanı konusunda fikir sahibi olunabileceği ifade edilmektedir. Buna göre, koruma ve güvenlik ilkesinin; “tam”, “sürekli” veya “eksiksiz” gibi sıfatlarla niteleniyor olması durumunda, ilkenin geniş

⁵³⁴ *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, March 14, 2003.

⁵³⁵ *Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, September 3, 2001.

⁵³⁶ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 151, 152; Salacuse, 2010, s. 213, 214.

⁵³⁷ *Azurix v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, July 14, 2006.

⁵³⁸ *Azurix v. The Argentine Republic*, Award, Para. 406-408. Benzer tespitlerin yapıldığı bir başka karar için bkz. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, May 29, 2003, Para. 177.

⁵³⁹ *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, 2006, Para 483.

çerçeve ele alınması gerektiği kabul edilmelidir⁵⁴⁰. Sözelimi *Azurix* davasında görevli hakem heyetine göre ABD ve Arjantin arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında “tam” koruma ve güvenlik ibaresine yer verilmesi, bahse konu ilkenin fiziksel güvenliğinin ötesinde bir anlama sahip olacak biçimde yorumlanmasını zaruri kılmaktadır⁵⁴¹. Hollanda ve Çek Cumhuriyeti arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında da “tam” koruma ve güvenlik ibaresine yer verilmiştir. Buna karşılık söz konusu antlaşmaya istinaden tesis edilen *Saluka* kararında *Azurix* davasından farklı bir kanaate erişilmiştir. Hâl böyle olunca koruma ve güvenlik ilkesinin önüne getirilen sıfatlardan hareketle hakem kararları arasında bir uyum tesis edebilmek mümkün görünmemektedir. Diğer taraftan uluslararası hukuk doktrininde ise ittifakla, koruma ve güvenlik ilkesinin yatırımcının maddi ve hukuki güvenliğini beraberce içerecek kapsamda değerlendirilmesinin gerekli olduğu fikri savunulmaktadır⁵⁴².

B. Taraf Devletlerin Sorumluluğunun Kapsamı

Koruma ve güvenlik ilkesinin izahı bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus, ev sahibi devletlerin sorumluluğunun kapsamıdır. Bu noktadaki temel tartışma konusunu ise koruma ve güvenlik ilkesinin uygulanmasında ev sahibi devletlerin kusursuz sorumluluğunun bulunup bulunmadığı oluşturmaktadır.

Kusursuz sorumluluk, yatırım veya yatırımcının zarar görmesine sebep olan olaylarda ev sahibi devletin hiçbir kast, ağır ya da hafif ihmalinin bulunmaması hâlinde bile sorumlu tutulmasını öngören ağır bir sorumluluk türüdür. Acaba yatırım ortamının, yatırımcı taraf aleyhine bozulmasına sebebiyet veren etkenlerin oluşumunda, ev sahibi devletin kusurunun bulunmaması hâlinde dahi koruma ve güvenlik ilkesi tatbik edilebilecek midir?

⁵⁴⁰ *Azurix v. The Argentine Republic*, Award, Para. 408.

⁵⁴¹ *Azurix v. The Argentine Republic*, Award, Para. 408.

⁵⁴² Dolzer/Schreuer, 2008, s. 149; Salacuse, 2010, s. 217; Sornarajah, 2011, s. 360; Collins, 2011.

Sorunun çözümü bakımından içtihat hukuku alanındaki tespitlerin tahlili önem arz etmektedir.

Yatırımcılar, genellikle koruma ve güvenlik ilkesi kapsamındaki ev sahibi devlet sorumluluğunun kusursuz sorumluluk (strict/absolute liability) olduğunu ileri sürmektedir. Ev sahibi devletler ise bahse konu sorumluluğun, zararın doğmaması için gerekli özenin gösterilmemesinden doğan bir sorumluluk (due diligence) olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁴³. ICSID tahkimine konu *AAPL* davası, bu tartışmanın yaşandığı somut örneklerden biridir. Söz konusu davada, davacı şirket, davalı Sri Lanka devletinin koruma ve güvenlik ilkesi çerçevesindeki sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunu, bu itibarla davalı devletin yatırımın gördüğü zararı tazminle yükümlü tutulması gerektiğini ileri sürmüştür. Buna karşılık davalı Sri Lanka ise savunmasında, ABD ve Sri Lanka arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında yer verilen koruma ve güvenlik ilkesinin ev sahibi devletlere her türlü tehlikeyi derhâl bertaraf etme ödevi yüklediğini, bu ilkenin taraf devletlere münhasıran zararın doğmaması için makul tedbirlerin alınması görevini verdiğini ifade etmiştir. Hakem heyeti konuya ilişkin değerlendirmesinde, davacı şirketin kusursuz sorumluluk bahsine ilişkin savunmasını net biçimde reddetmiş, davalı devlet sorumluluğunun gerekli özenin gösterilmemiş olmasından ileri geldiğini ifade etmiştir⁵⁴⁴.

AAPL davasındaki tespitlerin, sonraki tarihli muhtelif hakem kararlarında da benimsendiği görülmektedir. Sözgelimi ICSID tahkimine konu *Tecmed v. Mexico*⁵⁴⁵ davasında görevli hakem heyeti, açıkça koruma ve güvenlik ilkesinin ev sahibi devletin kusursuz sorumluluğuna yol açmayacağını beyan etmiştir⁵⁴⁶. Yukarıda incelenen *AMT* davasında görevli hakem heyeti de koruma ve güvenlik ilkesi çerçevesindeki davalı devlet sorumluluğunu, zararın doğmaması için ihtiyatlı davranma (standart of

⁵⁴³ McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 248; Salacuse, 2010, s. 211.

⁵⁴⁴ Salacuse, 2010, s. 211.

⁵⁴⁵ Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, May 29, 2003.

⁵⁴⁶ Técnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States, Award, Para. 177.

vigilance) yükümlülüğü ile sınırlı çerçevede ele almıştır⁵⁴⁷. Heyet bu tespite istinaden Zaire devletinin yatırımın korunması ve güvenliğinin tesisi için gerekli tedbirleri almadığını ifade ederek söz konusu devletin ortaya çıkan yatırımcı zararından sorumlu olduğuna karar vermiştir⁵⁴⁸. Keza *Noble Ventures, Inc. v. Romania*⁵⁴⁹ davasında görevli hakem heyeti de *AAPL* davasında verilen karara benzer biçimde, koruma ve güvenlik ilkesini özen sorumluluğu (due diligence) kapsamında mütalaa etmiştir⁵⁵⁰.

Koruma ve güvenlik ilkesi çerçevesindeki ev sahibi devlet sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak kabulü, kanımızca da doğru bir hukuki nitelendirme olarak değerlendirilemez. Kusursuz sorumluluk anlayışının kabul edilmesi, ev sahibi devletin kayıtsız biçimde her türlü yatırımcı zararından sorumlu tutulması gibi, yatırım antlaşmasında amaçlanmayan bir neticenin doğmasına yol açabilecektir. Diğer taraftan bahse konu anlayışın kabul edilmesi, yatırım kavramının temel unsurlarından birini teşkil eden risk olgusunun varlığını da tartışmalı hâle getirecektir. Zira ev sahibi devletin her şart altında sorumlu tutulması, yatırımcının üstlendiği riskin kayda değer ölçüde azalmasına, dolayısıyla yatırım kavramının esaslı bir unsurunun eksilmesine sebebiyet verebilecektir. Böyle bir sonucun ise uluslararası yatırım hukukunun kendine özgü yapısıyla bağdaştırılması mümkün değildir. İzah edilen gerekçeler ışığında, koruma ve güvenlik ilkesi çerçevesindeki ev sahibi devlet sorumluluğunun özen sorumluluğu kapsamında mütalaa edilmesi, bizce de makul bir çözüm olarak kabul edilmelidir.

C. Özen Sorumluluğunun Sınırları

Koruma ve güvenlik ilkesi bağlamında, özen sorumluluğunun sınırlarının hangi kriterler etrafında belirleneceği hususunun ele alınması

⁵⁴⁷ American Manufacturing and Trading, Inc. v. Zaire, Award, Para. 6.06.

⁵⁴⁸ American Manufacturing and Trading, Inc. v. Zaire, Award, Para. 6.08.

⁵⁴⁹ Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, October 12, 2005.

⁵⁵⁰ Noble Ventures, Inc. v. Romania, Award, Para. 164-166.

gereklidir. Koruma ve güvenlik ilkesi kapsamında alınması gereken tedbirler, ev sahibi devletlerin sahip olduğu mevcut imkânlarla sınırlı bir çerçevede mi değerlendirilmelidir? Yoksa bu tedbirlerin alınmasına ilişkin objektif nitelikli bazı kriterlerin belirlenebilmesi mümkün müdür?

ICSID tahkimi kapsamında görevli hakem heyetlerinin bazı tespitleri yukarıda yer verilen soruların cevabını net biçimde ortaya koymaktadır. Konuya ilişkin *AAPL* davasında verilen karar, oldukça açıklayıcı ifadelerle kaleme alınmıştır. Hakem heyeti öncelikle, özen sorumluluğunun sınırlarının tayin edilmesi konusunda, ev sahibi devletin mevcut imkânlarını nazara alan subjektif bakış açısının benimsenemeyeceğini işaret etmiştir. Bunun yanında heyet, konuya ilişkin objektif nitelikli bir kriter de yer vermiştir. Heyete göre özen sorumluluğu kapsamında ev sahibi devletin alması gereken tedbirler, iyi örgütlenmiş bir devletin benzer şartlarda alması gereken tedbirlerden daha düşük seviyede belirlenemez⁵⁵¹.

Kanaatimizce, özen sorumluluğunun sınırı ev sahibi devletin elinde bulunan imkânlar nazara alınarak tespit edilmemelidir. Aksinin kabulü, yatırım antlaşmalarında yer verilen koruma ve güvenlik ilkesinin uygulama alanını her devlet ve yatırım antlaşması bakımından farklı boyutta tespit etme zorunluluğu doğurur. Sadece bu durum dahi yatırımcının hukuki güvenliğinin bertaraf edilmesi için yeterlidir. Kaldı ki yatırımcıların yatırımın gerçekleşmesinden önceki dönemde, ev sahibi devletin güvenlik birimlerinin gücünü veya bu devletin yatırım ortamını kötüleştiren muhtelif etkenlere karşı müdahalede bulunma kapasitesini tahlil etmesi beklenemeyecektir. Bu noktada *AAPL* davasında geliştirilen “iyi örgütlenmiş devlet” kriteri, bizce de makul bir değerlendirme ölçütü olarak tatbik edilmelidir.

“İyi örgütlenmiş devlet” kriterinin, ev sahibi devletleri her durumda sorumlu tutacağı da düşünülmemelidir. Zira özen sorumluluğu, tabiatı itibariyle zararın doğmaması için gerekli gayretin gösterilmesini konu alan bir sorumluluk alanıdır. İşte bu noktada ev sahibi devletlerden beklenen, zararlı sonuçların doğmaması için iyi örgütlenmiş bir devletin göstermesi gereken

⁵⁵¹ Asian Agricultural v. Sri Lanka, Award, Para. 77.

gayreti göstermeleri ve gerekli önleyici tedbirleri almalarıdır. Bu noktadaki ispat yükü ise yatırımcı taraf üzerindedir⁵⁵². Bir diğer ifadeyle yatırımcı taraf, ev sahibi devletin zararın doğumu noktasında gereken özeni göstermediğini veya gerekli önleyici tedbirleri almadığını ispat etmek durumundadır. Uluslararası Adalet Divanı tarafından 1989 yılında verilen *ELSI*⁵⁵³ kararı, yukarıda ifade edilen kanaatlerin doğruluğunu net biçimde ortaya koymaktadır. Dava konusu olay, ABD menşeli Raytheon şirketinin İtalya'nın Palermo kentindeki fabrikasının işçiler tarafından işgal edilmesi ve nihayetinde söz konusu fabrikaya kent mahalli idaresi tarafından el konulması üzerine ortaya çıkmıştır. Bu gelişmeler üzerine ABD, İtalya ile arasındaki İkili Ticaret Antlaşmasında yer alan “en muntazam biçimde koruma ve güvenlik” ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürerek Uluslararası Adalet Divanına başvurmuştur. Adalet Divanı kararında, öncelikle koruma ve güvenlik ilkesinin, yatırımcının veya yatırımın hiçbir şart altında zarara uğramayacağına ilişkin ev sahibi devlet tarafından verilen bir garanti olarak yorumlanamayacağını ifade etmiştir⁵⁵⁴. Divana göre, bu noktada ev sahibi devletin zararın doğmaması için gereken özeni göstermiş olması yeterlidir. Divan bu tespit ışığında, İtalyan hükümetinin yatırımcıyı ve onun mülkiyet hakkını korumak için yeterli tedbiri almış olduğundan bahisle söz konusu devletin somut ihtilafta sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir⁵⁵⁵.

D. Değerlendirme

Koruma ve güvenlik ilkesi Enerji Şartı Antlaşmasının 10(1) maddesinde yer verilen genel koruma standartlarından biridir. Antlaşma metninde söz konusu ilkeye “en muntazam biçimde koruma ve güvenlik” ibareleri kullanılmak suretiyle yer verilmiştir. Kanaatimizce, koruma ve güvenlik ilkesinin enerji yatırımlarına ilişkin uygulamasının diğer yatırım

⁵⁵² Salacuse, 2010, s. 212.

⁵⁵³ Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports, July 20, 1989.

⁵⁵⁴ Elettronica Sicula S.P.A., Judgment, Para. 108.

⁵⁵⁵ Elettronica Sicula S.P.A., Judgment, Para. 112.

türlerinden farklılaşmasını haklı kılacak bir gerekçe bulunmamaktadır. Üstelik enerji yatırımlarının diğer yatırım türlerine nispetle daha maliyetli projeleri ihtiva ettiği bilinmektedir. Bu itibarla doktrinde ve içtihat hukuku alanında söz konusu ilkeye yönelik geliştirilen görüşlerin enerji yatırımları bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir.

İzah edilen çerçevede, Enerji Şartı Antlaşmasınının 10(1) maddesinde geçen “en muntazam biçimde koruma ve güvenlik” ilkesi, sadece yatırım ve yatırımcıya yönelmiş fiziksel şiddet eylemlerine değil, yatırımcının iktisadi, hukuki ve idari güvenliğini tehdit eden ev sahibi devlet davranışlarına karşı da koruma vazifesi üstlenmelidir⁵⁵⁶. Zira bütün yatırım türleri bakımından var olan maddi veya hukuki güvenliğin ihlaline ilişkin riskler, proje maliyeti çok daha yüksek seviyede gerçekleşen enerji yatırımları bakımından ziyadesiyle mevcuttur. Kanaatimizce, aksi istikamette bir değerlendirmenin yapılabilmesi için Antlaşma veya Nihai Senet hükümlerinde, koruma ve güvenlik ilkesinin münhasıran fiziksel şiddet eylemlerine yönelik bir işlevinin bulunduğu açıkça beyan edilmesi gerekirdi. Bu noktada bahsi geçen türde bir beyana yer verilen NAFTA tecrübesinden istifade edebilmek mümkündür. NAFTA'nın 1105(1) maddesinde “tam koruma ve güvenlik” ibaresine yer verilmiştir. Bununla birlikte NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu tarafından 2001 yılında yayımlanan bildiriye, bahse konu ilkenin geleneksel yaklaşımla uyumlu olarak dar yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁵⁷. Bir diğer ifadeyle NAFTA kapsamında söz konusu ilkenin uygulama alanı, yatırım ve yatırımcılara yönelik fiziksel şiddet eylemleriyle tahdit edilmiştir. Enerji Şartı Antlaşmasında ve Antlaşma hükümlerinin açıklandığı Nihai Senet hükümlerinde ise benzer bir kayda yer verilmiş değildir. Bu itibarla Enerji Şartı Antlaşması bakımından koruma ve güvenlik ilkesinin geniş yorumlanmasının önünde engel bulunmadığı tespit edilebilmektedir.

Enerji yatırımı kavramının tanımı bakımından da, koruma ve güvenlik ilkesinin geniş kapsamlı yorumlanması gerektiği beyan edilebilir. Zira

⁵⁵⁶ Walde, 2004, s. 10.

⁵⁵⁷ NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, July 31, 2001.

yukarıda ifade edildiği üzere, enerji yatırımı kavramı gayri maddi mal varlığı değerlerini de ihtiva edecek bir çerçevede tanımlanmıştır. Bu noktada koruma ve güvenlik ilkesinin sadece fiziksel şiddet eylemlerine karşı koruma bahşettiği kabul edilecek olursa, gayri maddi mal varlığı değerlerinin ne şekilde fiziksel şiddete maruz kalacağı sorusunu cevaplayabilmek kolay olmayacaktır⁵⁵⁸. Bunun dışında, Enerji Şartı Antlaşması metninde “en muntazam biçimde” koruma ve güvenlik ibaresine yer verilmiş olması da, kanaatimizce, âkit devletlerin ilkenin geniş yorumlanmasına yönelik amacını net biçimde ortaya koymaktadır.

Netice itibariyle izah edilen gerekçeler ışığında, Enerji Şartı Antlaşması bakımından koruma ve güvenlik ilkesinin, fiziksel şiddet eylemlerinin ötesinde, yatırım ve yatırımcının hukuki veya idari güvenliğini de tekeffül eden bir kapsamda anlaşılması uygun olacaktır. Bununla birlikte söz konusu kavramsal genişlemenin uygulamada kayda değer bir tesirinin olacağı da düşünülmemektedir. Zira aşağıda inceleneceği üzere⁵⁵⁹, hukuki ve idari güvenlik mefhumu, Enerji Şartı Antlaşması kapsamında yatırımcı taraf lehine geliştirilen âdil ve hakkaniyete uygun muamele, kamulaştırmanın önlenmesi gibi diğer koruma tedbirleri kapsamında da ele alınmaktadır.

Enerji Şartı Antlaşması kapsamında koruma ve güvenlik ilkesine ilişkin üzerinde durulması gereken diğer hususu, bahse konu ilkenin taraf devletlere yüklediği sorumluluğun türü oluşturmaktadır. Antlaşmada sadece yatırımcıların değil, eş zamanlı olarak ev sahibi devletlerin de menfaatini koruyan bir yaklaşım benimsenmiştir. Keza bu yaklaşım, yatırım ilişkisinin sürdürülebilir kılınmasının da en temel şartlarından birini teşkil etmektedir. Bu çerçevede Enerji Şartı Antlaşması hükümlerinin yorumlanmasında, ev sahibi devlet ve yatırımcı taraf arasında menfaat dengesinin tesis edilmesi hayati önemi haizdir. Ev sahibi devletlerin, koruma ve güvenlik ilkesi bakımından kusursuz sorumluluğunun var olduğunun ileri sürülmesi, bu dengenin ev sahibi devletler aleyhine önemli ölçüde bozulmasına yol açabilecektir. Bu

⁵⁵⁸ Aynı doğrultudaki bir değerlendirme için bkz. Siemens A.G. v. Argentina Republic, Award, Para. 303.

⁵⁵⁹ Bkz. aşa s. 191 ve 237.

durum ise yatırım iklimini menfi yönde etkileyecek ve nihayetinde Antlaşmanın temel amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu itibarla içtihat hukuku alanında kabul gören⁵⁶⁰ “özen sorumluluğu” anlayışı ile “iyi örgütlenmiş devlet” kriterinin, kanımızca enerji yatırımları bakımından da hâkim kılınması gerekmektedir.

II. ÂDİL VE HAKKANİYETE UYGUN MUAMELE İLKESİ

A. Hukuki Çerçeve

Enerji Şartı Antlaşmasınının 10(1) maddesinde yer verilen bir diğer genel koruma standardını âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi (Fair and Equitable Treatment-FET) oluşturmaktadır. Bu ilke, uluslararası hukukta ilk defa II. Dünya Savaşı sonrasındaki dönemde kullanılmaya başlanmıştır. Uluslararası Ticaret Örgütü (International Trade Organization-ITO) bünyesinde kabul edilen 1948 tarihli Havana Şartı ve 1963 tarihli Yabancı Mülkiyetin Korunmasına İlişkin OECD Taslak Konvansiyonu, bu ilkenin kullanıldığı ilk uluslararası metinler olarak dikkat çekmektedir. Bunun dışında, aynı dönemde ABD'nin taraf olduğu dostluk ve ticaret antlaşmalarında da bahse konu ilkeye yer verildiği görülmektedir⁵⁶¹. İlkenin ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında kullanılmaya başlanması ise 1960'lı yıllardan sonraki döneme tekabül etmektedir⁵⁶². Günümüzde hemen tüm ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında⁵⁶³ yer verilen söz konusu ilke, doktrinde yatırım antlaşmalarının “altın kuralı”⁵⁶⁴ şeklinde tasvir edilmektedir.

⁵⁶⁰ Asian Agricultural v. Sri Lanka, Award, Para. 77; American Manufacturing and Trading, Inc. v. Zaire, Award, Para. 6.06.

⁵⁶¹ UNCTAD, Fair And Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, New York/Geneva 1999, s. 7.

⁵⁶² UNCTAD, 1999, s. 7, 8.

⁵⁶³ Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine yer verilmiştir. Bu ilke bazı antlaşmalarda “Yatırımların Teşviki ve Korunması” başlığı altındaki maddelerde “âdil ve eşit muamele” şeklinde tercüme edilerek ele alınmıştır. Sözgelimi, Türkiye ile Fas arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında “Âkit taraflardan her biri, diğer âkit tarafın yatırımcılarının yatırımlarına âdil ve eşit muamelede bulunacak...” hükmüne yer verilmiştir (m. 2/2). Benzer şekilde

Âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi, tahkim uygulaması kapsamında yatırımcılar tarafından en fazla müracaat edilen ilkelerden birini teşkil etmektedir. İlkenin bu denli geniş uygulama alanına sahip olmasının temelinde, uluslararası yatırım hukukunda kabul edilen diğer koruma standartlarıyla yakın ilişkisinin mevcut bulunması yatmaktadır. Bu çerçevede, doktrinde bazı yazarlar, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin diğer tüm koruma standartlarını ihtiva eden genişlikte algılanması gerektiğini savunmaktadır⁵⁶⁵. Bazı yazarlar ise ilkenin yatırım antlaşmalarında diğer koruma standartlarına yer verilmemesinden kaynaklanan boşluğu dolduran bir görev ifa ettiğini ileri sürmektedir⁵⁶⁶.

Aşağıda detayıyla inceleneceği üzere, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi öncelikle ev sahibi devletlere, yatırım ve yatırımcıya yönelik şeffaf ve ayrımcılık karşıtı bir tavır benimseme yükümlülüğü getirmektedir. Bir diğer ifadeyle, yatırım antlaşmalarında genellikle ayrı koruma standartları olarak düzenlenen şeffaflık unsuru ile ayrımcılık karşıtı davranış yükümlülüğü, eş zamanlı biçimde âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin unsurları arasında kabul görmektedir. Diğer taraftan âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin, yatırım antlaşmalarında sıklıkla yer verilen en çok gözetilen ulus kaydı ve milli muamele kaydına nispetle, yatırımcılar lehine daha üstün bir koruma seviyesi bahşetmesi, bu ilkeye yatırımcılar tarafından rağbet edilmesinin diğer gerekçesi olarak tespit edilmektedir. Gerçekten de, ev sahibi devletin kendi vatandaşlarına veya üçüncü devlet vatandaşı yatırımcılara sağladığı hakların, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin öngördüğü korumadan daha düşük seviyede

Türkiye ve Avustralya arasındaki İkili Yatırım Antlaşması da “Her bir tarafın yatırımcılarının yatırımları daima âdil ve eşit bir muameleye tabi tutulacak...” hükmünü âmirdir (m. 3/2). Söz konusu ilke diğer bazı antlaşmalarda ise “âdil ve hakkaniyete uygun muamele” biçiminde tercüme edilmiş ve bahse konu antlaşmaların dibacesinde düzenlenmiştir. Sözelimi, Türkiye ile Arnavutluk arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında, tarafların diğer taraf yatırımcısına âdil ve uygun muamelede bulunacakları taahhüt altına alınmıştır. Benzer şekilde, Türkiye ile Çin, Bangladeş, Birleşik Arap Emirlikleri ve Gürcistan arasındaki Antlaşmalarda da âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi Antlaşmaların dibace kısmında düzenlenmiştir.

⁵⁶⁴ Salacuse, 2010, s. 218.

⁵⁶⁵ Schreuer, 2006, s. 65.

⁵⁶⁶ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 122.

kalması ihtimal dâhilindedir⁵⁶⁷. Böyle bir durumda, yatırımcıların diğer koruma standartlarına müracaat etmeksizin, doğrudan âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine dayanmaları, daha avantajlı şartlar ortaya koyabilecektir⁵⁶⁸.

Enerji Şartı Antlaşması kapsamında âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine müracaat edilen az sayıda ihtilaf bulunmaktadır⁵⁶⁹. Ne var ki söz konusu ihtilafların, Antlaşmanın yakın tarihte yürürlüğe girmiş olması karşısında, Antlaşma kapsamında ortaya çıkan tüm uyuşmazlıklar arasında önemli yer işgal ettiğini ifade edebilmek de mümkündür. Bahse konu ihtilaflar, aşağıda ilkenin Enerji Şartı Antlaşması bakımından değerlendirilmesine ilişkin bölümde teferruatıyla tartışılacaktır. Bununla birlikte öncesinde, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin uygulama alanına yönelik antlaşma hukukunda geliştirilen görüşler ile içtihat hukuku alanındaki tespitlerin tartışılması, Enerji Şartı Antlaşması bakımından sağlıklı bir değerlendirmenin yapılabilmesi için elzem görülmektedir.

B. Uygulama Alanı

Âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine ilişkin üzerinde durulması gereken hususlardan ilki, ilkenin uygulama alanının tespittir. İlkenin oluşumunda ayrı ayrı “âdil” ve “hakkaniyete uygun” ibarelerinin kullanılması, söz konusu ibarelere farklı manalar yüklemenin gerekli olup olmadığı ve neticede ilkenin birden fazla koruma standardını içerip içermediği tartışmasını beraberinde getirmiştir. Doktrinde hemen ittifakla âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin tek bir koruma standardı bahşettiği ve bu kabulde doğru

⁵⁶⁷ UNCTAD, 1999, s. 16.

⁵⁶⁸ Âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin izah edilen özelliği sebebiyle, bazı ikili yatırım antlaşmalarında bu ilkenin sağladığı hukuki korumanın, milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydının sağladığı korumadan daha hafif olamayacağını işaret eden hükümlere yer verilmektedir. Sözelimi Türkiye ile İsviçre arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında bu husus şu ifadelere yer verilme suretiyle vurgulanmıştır: “Âkit taraflardan her biri kendi ülkesi dâhilinde diğer âkit tarafın yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlara âdilane ve eşit muamele edecektir. Bu muamele, âkit tarafın kendi yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlara veya en ziyade müsaadeye mazhar ülke yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlara uygulanan muameleden daha az elverişli olmayacaktır” (m. 3/2).

⁵⁶⁹ Schreuer, 2006, s. 64.

orantılı biçimde, ilkeyi oluşturan ibarelere farklı anlamlar yüklemenin uygulamaya yönelik artı değer oluşturmadığı kabul edilmektedir⁵⁷⁰. İzah edilen çerçevede yatırım antlaşmalarında sadece “âdil” ibaresinin kullanılması ile “âdil ve hakkaniyete uygun” veya “meşru (just) ve âdil” ibarelerinin kullanılması arasında, yatırım korumasının kapsamı bakımından bir farklılık bulunmadığı tespit edilmektedir⁵⁷¹.

Koruma standardının tekliği konusundaki görüş birliğine rağmen, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin uygulama alanının belirlenmesinde hâlen kayda değer belirsizliklerin bulunduğu da altı çizilmelidir. Söz konusu belirsizliğin temelinde, esas itibariyle yatırım antlaşmalarında bahse konu ilkenin tanımlamasının yapılmamış olması yer almaktadır. Bu itibarla âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin unsurları, ağırlıklı olarak içtihat hukuku alanında geliştirilen tespitler ışığında açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Diğer taraftan ilkenin oluşumunda kullanılan “âdil” ve “hakkaniyete uygun” ibarelerinin kelime manası itibariyle son derece geniş anlamsal çerçeveye hitap ediyor olması da, yukarıda zikredilen belirsizlik durumunu perçinleyen bir etki doğurmaktadır⁵⁷². Söz konusu belirsizlik, ilkenin açık tanımının yapılmadığı Enerji Şartı Antlaşması bakımından da geçerlilik arz etmektedir⁵⁷³. Bununla birlikte genel olarak yatırım antlaşmalarında, özelde ise Enerji Şartı Antlaşmasındaki söz konusu belirsizliğin bilinçli bir tercihe dayandığını ifade edebilmek mümkündür⁵⁷⁴. Zira yatırım kavramının kapsamında yaşanan daimi gelişim sürecine paralel biçimde, yatırımlara ilişkin uyumsuzluk türlerinin önceden belirlenebilmesi kolay değildir. Bu anlamda, ucu açık bir uyumsuzluk ortamında, sınırları belirli bir koruma tedbirinin geliştirilmesi, kuşkusuz bu tedbirin yeni uyumsuzluk türlerini kapsamaması ve nihayetinde süreç içinde işlevsiz kalması riskini

⁵⁷⁰ Walde, 2004, s. 7; UNCTAD, 1999, s. 14.

⁵⁷¹ UNCTAD, 1999, s. 19.

⁵⁷² Salacuse, 2010, s. 228.

⁵⁷³ Khatidze George, *Investment under the Energy Charter Treaty: Protecting the Foreign Energy Investment by means of the Energy Charter Treaty Provisions*, VDM Verlag Dr. Müller GmbH & Co KG, Saarbrücken 2010, s. 12.

⁵⁷⁴ Schreuer Christoph H., *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 6, No. 3, Geneva 2005, s. 365; UNCTAD, 1999, s. 11.

beraberinde getirecektir. İzah edilen çerçevede âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin sınırlarının kati çizgilerle belirlenmemiş olması, ev sahibi devletler bakımından olduğu kadar, yatırımcılar bakımından da tercih edilen bir yöntem olarak değerlendirilmelidir.

C. İçtihat Hukuku Alanında Benimsenen Değerlendirme Kriterleri

İçtihat hukuku alanında verilen muhtelif kararlarda, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin uygulama alanının belirlenmesine ilişkin aydınlatıcı mahiyette bazı tespitlere yer verilmiştir. Bu tespitlerin tahlili, Enerji Şartı Antlaşması bakımından da yol gösterici nitelik arz etmektedir⁵⁷⁵.

ICSID tahkimine konu *Tecmed* davasında, hakem heyetinin âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin uygulama alanına ilişkin kararında konu hakkında detaylı tespitlere yer verilmiştir. Bahse konu davada görevli hakem heyetine göre, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi çerçevesinde taraf devletlerin uluslararası yatırımlara ilişkin davranışları, yatırımcının yatırım yapma noktasındaki karar alma sürecinde sahip olduğu haklı beklentilerini boşa çıkarmamalıdır. Bu çerçevede heyet, yatırımcının en tabii beklentisinin ev sahibi devletin yatırım ve yatırımcıya yönelik keyfilikten uzak ve şeffaf bir tavır takınması olduğunu tespit etmiştir⁵⁷⁶. ICSID tahkimine konu bir başka dava olan *MTD v. Chile*⁵⁷⁷ davasında görevli hakem heyeti ise âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin, yabancı yatırımların korunması ve geliştirilmesi temel amacı çerçevesinde; “tarafsız”, “hakkaniyete uygun”, “önyargısız ve meşru” davranma yükümlülüğü kapsamında anlamlandırılması gereğine işaret etmiştir⁵⁷⁸. Keza NAFTA hükümleri uyarınca karara bağlanan

⁵⁷⁵ Walde, 2004, s. 8.

⁵⁷⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States*, Award, Para. 172; Salacuse, 2010, s. 235; Dolzer/Schreuer, 2008, s. 137; Schreuer, 2005, s. 376, 377.

⁵⁷⁷ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, May 25, 2004.

⁵⁷⁸ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Award, Para. 113.

*SD Myers v. Canada*⁵⁷⁹ davasında görevli hakem heyeti de *Tecmed* ve *MTD* davalarında verilen kararlarla uyumlu biçimde, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin ev sahibi devletleri hakkaniyete uymayan ve keyfi nitelikli davranışlar benimsemekten men ettiğini belirlemiştir⁵⁸⁰. *Loewen v. United States*⁵⁸¹ davasında ise âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi, yukarıda sayılan unsurlara ilave olarak yatırımcının âdil yargılanma hakkını da içerecek genişlikte ele alınmıştır⁵⁸².

Görüldüğü üzere, içtihat hukuku alanında âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin uygulama alanı oldukça geniş çerçevede ele alınmaktadır. Her ne kadar hakem heyetleri tespitlerini çoğunlukla inceledikleri somut ihtilaflara yönelik geliştirmiş olsalar da, bu tespitlerden hareketle ilkenin uygulama alanına dair genel nitelikli bazı önermelere ulaşılabilmesi mümkündür. Somut uyuşmazlıklarda müracaat edilen yöntemler tahlil edildiğinde, hakem heyetlerinin ilkenin uygulama alanını şu kriterler etrafında tetkik ettikleri görülmektedir⁵⁸³:

- (i) Ev sahibi devlet eylemlerinin bir neticesi olarak yatırımcının yatırım sürecinin başlangıcında sahip olduğu haklı beklentilerinin boşa çıkarılmaması,
- (ii) Ev sahibi devletin yatırımcıya karşı keyfi tavır benimsememesi,
- (iii) Ev sahibi devlet tarafından âdil yargılanma hakkına ve usul kurallarına riayet edilmesi,
- (iv) Ev sahibi devlet tarafından iyi niyet prensibine uygun hareket edilmesi.

⁵⁷⁹ S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL Arbitration, Final Award, December 30, 2002.

⁵⁸⁰ S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Partial Award, November 13, 2000, Para. 263.

⁵⁸¹ The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, October 11, 2001.

⁵⁸² The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, Award, Para. 141.

⁵⁸³ Schreuer, 2005, s. 373, 374; Salacuse, 2010, s. 228-243, Dolzer/Schreuer, 2008, s. 133-147.

1. Yatırımcının Haklı Beklentilerinin İhlal Edilmemesi

Âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine yönelik değerlendirme kriterlerinden en önemlisini, ev sahibi devlet tarafından yatırımcının yatırım faaliyeti öncesinde sahip olduğu haklı beklentilerinin ihlal edilmemesi hususu oluşturmaktadır. Yatırımcının ev sahibi devlette yatırım yapmasına yönelik karar alma sürecindeki belirleyici unsurlardan birini, ev sahibi devlette yatırımın gerçekleştirildiği dönemde yürürlükte bulunan hukuki düzenlemeler ile ev sahibi devlet yetkili otoriteleri tarafından yatırımcıya yönelik açık veya zımni biçimde gerçekleştirilen taahhütler oluşturmaktadır⁵⁸⁴. Bir diğer ifadeyle yatırımcının bahsi geçen hukuki veya idari çerçevenin ev sahibi devlet tarafından istikrarlı biçimde muhafaza edileceğine olan inancı, o devlette yatırım yapma kararı almasına etki eden en temel dinamik olarak temayüz etmektedir. Yatırımcı bakımından son derece meşru bir beklenti zemini oluşturan bu inanç, uluslararası hukukta hâkim olan *pacta sunt servanda* prensibinin yatırım hukukuna yönelik yansıması olarak kabul edilmelidir⁵⁸⁵.

Yatırımcının haklı beklentilerinin ihlal edilmemesi kriteri, ev sahibi devletin şeffaf davranma yükümlülüğüyle de yakından bağlantılıdır. Uluslararası yatırım hukukunda şeffaflık, ev sahibi devletin yatırımcı faaliyetlerine etki eden hukuki düzenlemelerinin son derece açık olmasını ve yatırımcı hakkındaki tüm kararların, bu düzenlemelere uygun biçimde alınmasını ifade etmektedir⁵⁸⁶. İzah edilen çerçevede, yatırım sürecinin başlangıcında yürürlükte bulunan kanuni düzenlemelerin, düzenleyici işlemlerin veya sözleşme hükümlerinin sonradan değiştirilmesi şeklinde

⁵⁸⁴ Schreuer, 2005, s. 374; Dolzer/Schreuer, 2008, s. 134.

⁵⁸⁵ UNCTAD, 1999, s. 35. Ev sahibi devletin yatırımın yapıldığı andaki mevzuatının değiştirilmemesi için yatırım sözleşmelerinde genellikle istikrar kaydına (stabilization clause) yer verilmektedir. Bu kayıt marifetiyle ev sahibi devlet yatırımcıyla yatırım sözleşmesini yaptıktan sonra, bu sözleşmeyi ihlal edecek nitelikte mevzuat değişikliği yapmamayı taahhüt etmektedir. Ev sahibi devlet koymuş olduğu bu kayıt ile yatırım sözleşmesinin yapıldığı andaki yasal ve idari tüm şartları dondurmaktadır. Devlet, yabancı yatırımcı ile yatırım sözleşmesini yaptıktan sonra yatırım mevzuatında değişiklik yapsa bile, bu değişiklikten hâlihazırdaki yatırım sözleşmesi değil, gelecekte yapılacak olan yatırımlar etkilenecektir (Tiryakioğlu Bilgin, Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler, Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, 2001, ss. 165-181, s. 177-179'dan naklen).

⁵⁸⁶ Schreuer, 2005, s. 374; Dolzer/Schreuer, 2008, s. 133, 134.

cereyan eden ev sahibi devlet eylemleri, yatırımcının haklı beklentilerinin boşa çıkmasına sebebiyet verebilmektedir. Bu durum ise âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin ihlali olarak yorumlanmaktadır.

Yatırımcının haklı beklentilerinin ihlal edilmemesi kriterinin ev sahibi devletlere yüklediği en önemli ödev, yatırım sürecinin başlangıcında mevcut olan ve muhtemelen yatırımcı bakımından cazip görülen yatırım ortamının, yatırım faaliyetinin başlamasından sonraki aşamada yatırımcı aleyhine olacak biçimde değiştirilmemesidir. Bununla birlikte söz konusu kriter, ev sahibi devletlerin evvelden var olan düzenlemelerini hiçbir şart altında tâdil edemeyecekleri biçiminde de yorumlanmamalıdır⁵⁸⁷. Ev sahibi devletlerin, egemenlik yetkilerinin veya uluslararası yükümlülüklerinin bir gereği olarak yasal düzenlemelerinde değişikliğe gitme ihtiyacı hissetmeleri tabii karşılanmalıdır. Hatta bu değişikliklerin yatırımcı taraf aleyhine sonuçlar doğurması da ihtimal dâhilindedir. Sözgelimi, uluslararası bir yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacıyla çevre mevzuatında veya ev sahibi devletteki işgücüne yönelik şartların iyileştirilmesi amacıyla iş mevzuatında değişikliğe gidilmesi yatırımcının durumunu ağırlaştırıyor olsa dahi, haklı beklentilerin ihlali biçiminde yorumlanmamalıdır. Bu değerlendirmenin makbul sayılabilmesi için ev sahibi devletin ayrımcılıktan uzak ve iyi niyet kuralı çerçevesinde hareket etmesi gerektiğine kuşku bulunmamaktadır⁵⁸⁸. Bunun yanında ev sahibi devlet tarafından yapılan düzenlemeler, yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi, ancak meşru gerekçelere dayandırılabilirdiği ölçüde, yatırımcının haklı beklentilerinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılabilecektir. Bu itibarla uygulamada hakem heyetlerinin, ev sahibi devletin düzenleme yapma hakkı ile yatırımcı tarafın haklı beklentileri arasında bir denge kurabilmesi büyük önem taşımaktadır⁵⁸⁹.

Yatırımcının haklı beklentilerinin ihlal edilmemesi, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine ilişkin tahkim yargılamasına en sık konu edilen değerlendirme kriterini oluşturmaktadır. Hakem heyetlerinin muhtelif

⁵⁸⁷ Schreuer, 2005, s. 374.

⁵⁸⁸ Schreuer, 2005, s. 374.

⁵⁸⁹ Walde, 2004, s. 9.

uyuşmazlıklara yönelik geliştirdikleri çözüm önerileri, özellikle uygulamada beklentilerin “haklı” olmasına yüklenen mananın anlaşılabilmesi bakımından önem arz etmektedir. İçtihat hukuku alanında *Thunderbird v. Mexico*⁵⁹⁰ davasında verilen karar, beklentilerin haklılığının tespit edildiği örnek bir karar özelliği taşımaktadır. Uyuşmazlık konusu olay, ABD menşeli davacı şirketin Meksika’da oyun sektöründe gerçekleştirdiği yatırım faaliyetlerinin Meksika hükümeti tarafından yasaklanmasına ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. Davacı şirket, yatırım faaliyetlerine başlamadan önceki dönemde, davalı devletin yetkili otoritesinden, gerçekleştirmeyi planladığı faaliyetlerin hukuka uygun olduğu konusunda resmi nitelikli bir görüş aldığını ve yatırım faaliyetlerini bu görüşe istinaden gerçekleştirdiğini ifade etmiştir. Meksika’daki hükümet değişikliğinin ardından, faaliyetlerinin bu devlet tarafından yasaklandığını ileri süren davacı şirket, bu suretle haklı beklentilerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Davalı Meksika devleti ise savunmasında, kumar ve bahis oyunlarının Meksika hukuku uyarınca yasaklanmış bulunduğunu, davacı şirketin bu durumu önceden bildiğini ve yatırımını buna göre gerçekleştirdiğini ifade ederek davanın reddini talep etmiştir⁵⁹¹.

Hakem heyeti davaya ilişkin kararında, öncelikle ev sahibi devlet tarafından davacı tarafa yatırım sürecinin başlangıcında verilen görüşün Meksika iç hukuk düzenlemeleri hakkında bir bilgilendirme mahiyeti taşıdığını, bir diğer ifadeyle söz konusu görüşün Meksika hukukuna mugayir faaliyetlere izin verildiği yönünde bir taahhüt içermediğini tespit etmiştir. Heyet bu tespite istinaden, yatırımcının yatırım faaliyetine başlamadan önce Meksika hukukunda öngörülen düzenlemeler hakkında bilgi sahibi olarak faaliyetlerini gerçekleştirdiğini belirlemiştir. Somut olayda Meksika devletinin sadece evelden var olan düzenlemeleri tatbik ettiğini ifade eden hakem

⁵⁹⁰ International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Arbitral Award, January 26, 2006.

⁵⁹¹ Salacuse, 2010, s. 233, 234.

heyeti, yatırımcının haklı beklentilerinin ihlal edilmediği neticesine ulaşmıştır⁵⁹².

Thunderbird kararı çerçevesinde hakem heyeti, yatırımcı tarafça bilinen veya bilinmesi gereken ev sahibi devlet hukuk kaidesine aykırı hareket edilmesi durumunda, söz konusu yatırımcının beklentilerinin “haklı” olmadığına kanaat getirmiştir. Bununla birlikte ev sahibi devletin hukukuna aykırı hareket edilmesinin, yatırımcının beklentilerini her durumda haksız hâle getireceği de düşünülmemelidir. Beklentinin haksız olarak nitelendirilebilmesi için ev sahibi devlet tarafından, yatırımcıyı yatırım yapmaya sevk eden başkaca bir taahhüdün de verilmemiş olması gereklidir. Bu noktada ICSID tahkimine konu *MTD* davasında verilen karar aydınlatıcı bilgiler ihtiva etmektedir.

Dava konusu uyuşmazlıkta Malezya menşeli davacı *MTD*, Şili Yabancı Yatırım Komisyonu ile imzaladığı yatırım sözleşmesine istinaden bu ülkede yatırım faaliyetlerine başlamıştır. Sonraki aşamada, Şili devletindeki bir başka yetkili otorite tarafından, söz konusu yatırım projesinin, bu ülkede yürürlükte bulunan imar mevzuatına uygun olmadığı gerekçesiyle durdurulmasına karar verilmiştir. Hakem heyeti davaya ilişkin kararında, davacı şirketin Şili hükümetini temsilen Yabancı Yatırım Komisyonu ile bir yatırım sözleşmesi akdettiğini ve yatırım faaliyetlerini bu girişime istinaden gerçekleştirdiğini belirlemiştir. Heyet, davacı şirketin, davalı Şili devletinin bu sözleşmeye uygun ve istikrarlı şekilde hareket edeceğini düşünmesinin haklı bir beklenti olduğunu ifade etmiştir. Şili devletinin farklı otoritelerince çelişkili kararlar verilmesinin külfetinin yatırımcı tarafa yüklenemeyeceğini işaret eden hakem heyeti, davalı devletin belirtilen suretle yatırımcının haklı beklentilerini ihlal ettiğine karar vermiştir⁵⁹³. Görüldüğü üzere hakem heyeti, yatırımcı

⁵⁹² International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, Award, Para. 162-166; Salacuse, 2010, s. 234.

⁵⁹³ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 137, 138. Hakem heyeti bunun yanında, ev sahibi devlette yürürlükte bulunan hukuk nizamı hakkında bilgi sahibi olmanın, yatırımcının görevi olduğunu tespit etmiş, ne var ki, davalı devletin, yatırımcının bu yükümlülüğünden bağımsız olarak, istikrarlı ve tutarlı bir biçimde davranması gerektiğine işaret etmiştir. Bkz. *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Award, Para. 165.

faaliyetlerinin ev sahibi Şili devletinin hukukuna aykırı nitelik arz etmesi hâlinde dahi yatırımcının beklentilerini haklı kılacak başkaca meşru bir argümanın varlığı hâlinde, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin ihlal edilmiş sayılacağını tespit etmiş olmaktadır.

Yatırımcı beklentilerinin haklı olup olmadığı hususunun incelenmesi tahkim yargılamasında sadece ev sahibi devletin kanuni düzenlemelerine hasredilmiş değildir. Bunun yanında, ev sahibi devletin idari kararlarından veya akdi yükümlülüklerinden kaynaklanan taahhütlerinin de, yatırımcı beklentilerinin haklı olup olmadığı tetkik edilirken dikkate alındığı görülmektedir. *Metalclad v. Mexico*⁵⁹⁴ davasında verilen karar bu durumun somut örneklerinden birini teşkil etmektedir. Uyuşmazlık konusu olayda Meksika Federal Devleti tarafından yatırım faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi için davacı şirkete yapım ve işletim izni verilmiş, bunun dışında söz konusu şirketin ihtiyaç duyacağı her nev’i iznin verileceği hususunda da taahhütte bulunulmuştur. Ancak sonraki aşamada davalı devletteki bir mahalli idare birimi (Municipality of Guadalupe) tarafından davacı şirkete inşaat yapım izninin verilmemesi üzerine, davacı şirket âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle tahkim yargılamasına müracaat etmiştir⁵⁹⁵. Hakem heyeti değerlendirmesinde, yatırımın planlanması, işletilmesi ve tamamlanmasına etkide bulunan tüm hukuki yükümlülükler konusunda yatırımcının açıkça bilgilendirilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Heyet bahsi geçen noktalardaki bir yanlış anlaşılmayı veya karışıklığı gidermenin Federal Devlet otoritesinin görevi olduğunu tespit etmiş ve bu görevin yerine getirilemediğinden bahisle yatırımcının haklı beklentilerinin ihlal edildiği neticesine ulaşmıştır⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, August 30, 2000.

⁵⁹⁵ Schreuer, 2005, s. 375.

⁵⁹⁶ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, Award, Para. 76.

2. Keyfi Davranmama

Âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi kapsamında yer alan değerlendirme kriterlerinden bir diğeri ev sahibi devletin yatırımcıya yönelik keyfi nitelikli (arbitrary) davranış sergilememesidir. Keyfi davranmama yükümlülüğü, genel anlamda hemen herkes tarafından kabul edilen bir kriter olmasına karşın, söz konusu kriterin kavramsal içeriği konusunda ciddi bir belirsizlik bulunduğu ifade edilebilir. Acaba ev sahibi devlet eylemlerinin keyfi niteliğinin tespiti için hangi şartların varlığına ihtiyaç duyulmaktadır? Bu sorunun cevabına ilişkin olarak gerek doktrinde gerekse hakem kararlarında, Uluslararası Adalet Divanının keyfilik olgusuna dair tespitlerinden istifade edildiği görülmektedir. Bu itibarla söz konusu tespitlerin tahlil edilmesi, inceleme konusu kriterin izahı bakımından önem arz etmektedir.

Uluslararası Adalet Divanı tarafından *ELSI* davasında verilen kararda, keyfilik mefhumuna ilişkin olarak, sonraki tarihli davalarda da sıklıkla atıf yapılan önemli tespitlerde bulunmuştur. Adalet Divanı bahsi geçen kararda, ev sahibi devletin yatırımcıya yönelik kendi iç hukukuna aykırılık teşkil eden bir davranış sergilemesinin, kendiliğinden o davranışı keyfi hâle getirmeyeceğini ifade etmiştir. Üstelik Divan, ev sahibi devlet mahkemesinin bahse konu davranışın keyfi nitelikte olduğunu tespit etmesi hâlinde dahi, bu tespitin uluslararası hukuk bakımından bağlayıcılığının bulunmadığını beyan etmiştir⁵⁹⁷. Adalet Divanı kararında keyfiliği; belirli bir hukuk kaidesinin değil, genel anlamda hukukun üstünlüğünün ihlal edilmesi hâli...usul kurallarının kasıtlı biçimde göz ardı edilmesi, hukuka uygunluk hissine darbe vurulması veya en azından bu hissin ciddi manada sarsılması⁵⁹⁸ olarak ifade etmiştir.

Yatırım tahkimine ilişkin kararlarda keyfi davranmama yükümlülüğünün en önemli boyutunu, ev sahibi devlet eylemlerinin gerekçesinin açık biçimde ortaya konmaması oluşturmaktadır. Bir diğer ifadeyle tahkim yargılamasında makul gerekçelere dayandırılmayan ev sahibi devlet eylemlerinin keyfi

⁵⁹⁷ Elettronica Sicula S.P.A., Judgment, Para. 123, 124; Salacuse, 2010, s. 239.

⁵⁹⁸ Elettronica Sicula S.P.A., Judgment, Para. 128.

nitelik taşıdığı neticesine ulaşılmaktadır. Gerekçe gösterme yükümlülüğü, ICSID tahkimine konu *Tecmed* davasında incelenmiştir. Uyuşmazlık konusu olay, davalı devletin katı atık tesisi inşası için davacı şirkete başlangıçta süresiz olarak verdiği lisansı, sonraki aşamada belirli süreyle sınırlandırması üzerine ortaya çıkmıştır⁵⁹⁹. Hakem heyeti davaya ilişkin kararında öncelikle yatırımcının faaliyetlerini, ev sahibi devlet tarafından verilen taahhütler ile idari izinlere güvenerek planladığını ve devam ettirdiğini ifade etmiştir. Yatırımcının ev sahibi devletten istikrarlı bir davranış tarzı beklemesinin haklılığına işaret eden heyet, başlangıçta verilen idari izinlerin sonradan keyfi biçimde geri alınmasının veya kısıtlanmasının bu beklentiye ihlal ettiğine hükmetmiştir⁶⁰⁰.

Kanaatimizce, tahkim kararlarının mefhumu muhalifinden, idari izinlerin ev sahibi devletler tarafından keyfi olmayan biçimde geri alınması veya kısıtlanması durumunun yatırımcının haklı beklentilerinin ihlali olarak yorumlanamayacağı sonucuna ulaşılabilir. Bu tespit, yukarıda idari izinlerin geri alınmasına ilişkin olarak yaptığımız ayırımla da uyumlu görünmektedir. Buna göre idari izinlerin geri alınması, yabancı yatırımcının evvelce verdiği taahhütlerin yerine getirilmemesi neticesinde gerçekleşmiş ise ev sahibi devletin keyfi nitelikte bir davranış sergilediği neticesine ulaşılamayacaktır. Buna karşılık idari izinlerin ev sahibi devlet tarafından meşru bir gerekçe gösterilmeksizin geri alınması hâli ise, kuşkusuz, aksi yönde bir değerlendirmenin yapılmasını haklı kılacaktır.

Yatırım tahkimi alanında, keyfi davranmama yükümlülüğüne ilişkin davalarda, ev sahibi devletlerin, kendilerini genellikle kamu yararı veya kamu düzeni gibi kavramlara sığınmak suretiyle savundukları dikkat çekmektedir. Bu noktada, bahse konu kavramların, gerçekten de ev sahibi devletlerin keyfi muamelelerine haklı bir zemin hazırlayıp hazırlayamayacağı sorgulanmalıdır. Hakem heyetlerinin bu konudaki genel tavrının ev sahibi devletlerin lehine olduğunu söylemek mümkündür. Bu tavrın benimsendiği davalardan birini

⁵⁹⁹ Schreuer, 2005, s. 376.

⁶⁰⁰ *Técnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States*, Award, Para. 154; Schreuer, 2005, s. 376, 377; McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 235.

*Genin v. Estonia*⁶⁰¹ davası oluşturmaktadır. Dava konusu olayda davacı şirket, bankacılık lisansının davalı Estonya devleti tarafından iptal edilmesi üzerine, söz konusu eylemin keyfi nitelikte olduğu iddiasıyla tahkim yargılamasına müracaat etmiştir⁶⁰². Hakem heyeti davaya ilişkin kararında, davalı Estonya devletinin siyasi ve ekonomik anlamda geçiş süreci yaşadığını nazara alarak, söz konusu devletin bankacılık sektörünün yeniden yapılandırılmasına yönelik faaliyetlerini bu sürecin gereği olarak değerlendirmiştir. Netice itibarıyla hakem heyeti, önceden verilen lisansın iptal edilmesi yönündeki davalı devlet eyleminin, belirtilen gerekçeler ışığında, kamu yararına hizmet ettiğini ve bu anlamda keyfi nitelik taşımadığını tespit etmiştir⁶⁰³. ICSID tahkimine konu *LG&E Energy v. Argentina*⁶⁰⁴ davasında da benzer tespitlere yer verildiği görülmektedir. Dava konusu olay Arjantin hükümetinin aldığı ekonomik tedbirler sonucunda, bu ülkede gaz dağıtım izni konusunda davacı şirkete verilen yetkinin kısıtlanması üzerine ortaya çıkmıştır. Hakem heyeti davaya ilişkin değerlendirmesinde, Arjantin devletinin son derece ciddi bir ekonomik buhran yaşadığını ifade ederek, bu dönem içinde alınan tedbirlerin keyfi mahiyette kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir⁶⁰⁵.

İzah edilen kararlardan da tespit edilebileceği üzere, ev sahibi devlet eyleminin keyfilikten uzaklaşabilmesi için ilgili devlet tarafından bu eylemin meşru gerekçeye dayandırılmış olmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Hiç kuşkusuz, böylesi bir gerekçe için kamu yararı mefhumundan daha uygun bir zemin bulunmamaktadır. Bununla birlikte kamu yararının oldukça müphem bir kavram olduğu nazara alındığında, ev sahibi devletler tarafından bu kavramın bir “sığınak” olarak kullanılmamasına dikkat edilmelidir. Diğer ifadeyle ev sahibi devlet ekonomisinde yaşanması muhtemel olağan

⁶⁰¹ Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, June 25, 2001.

⁶⁰² McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 241.

⁶⁰³ Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, Award, Para. 370.

⁶⁰⁴ LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. LG&E International, Inc. v. Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, July 25, 2007.

⁶⁰⁵ LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. LG&E International, Inc. v. Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, October 3, 2006, Para. 162; Salacuse, 2010, s. 240.

sıkıntılar, bu devletin yatırımcıya yönelik keyfi uygulamaları bakımından koruma kalkını olarak kullanılmamalıdır. Kanımızca, ancak ev sahibi devletin ekonomik anlamda çöküş yaşaması ve bununla bağlantılı olarak yeniden yapılandırma faaliyeti başlatması hâlinde kamu yararı kavramının sağladığı korumadan faydalandırılması mümkün kılınmalıdır. Netice itibariyle hakem heyetlerinin, keyfi davranmama yükümlülüğüne ilişkin olarak, yatırımcı tarafın menfaatleri ile ev sahibi devletin kamu yararı anlayışı arasında bir denge tesis edebilmeleri büyük önem arz etmektedir.

3. Âdil Yargılanma Hakkına ve Usul Kurallarına Riayet Etme

Hukuk devleti olgusunun en temel unsurlarından birini teşkil eden âdil yargılanma hakkı, aynı zamanda âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi kapsamında yer alan önemli bir değerlendirme kriteri olarak kabul edilmektedir⁶⁰⁶. Âdil yargılanma hakkı esas itibarıyla, *common law* hukuk çevresinde doğmuş ve geliştirilmiş bir hukukî kurumdur. Bu hak, Amerikan hukukunda eskiden beri bilinmesine rağmen, Avrupa'da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde⁶⁰⁷ açıkça yer almasından sonra önem

⁶⁰⁶ Schreuer, 2005, s. 381; Dolzer/Schreuer, 2008, s. 142.

⁶⁰⁷ Âdil yargılanma hakkı esas itibarıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi kapsamında düzenlenmiştir. Söz konusu maddede aynen;

“1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

a. Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek,

b. Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak,

c. Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

ve ağırlık kazanmaya başlamıştır⁶⁰⁸. Yatırım hukuku alanında âdil yargılanma hakkı; ev sahibi devlet hukuk sisteminin açık veya zımni bir müdahaleye maruz bırakılmaksızın, yatırımcı tarafın istifadesine sunulmasını ifade etmektedir. Bu çerçevede yatırımcı tarafın dava açma hakkının önlenmesi, açılan bir davada usul kurallarına riayet edilmemesi veya mahkeme hükmünün açıklanmasına engel olunması şeklinde tezahür eden ev sahibi devlet eylemleri, genel anlamda âdil yargılanma hakkının ihlali (denial of justice) olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte âdil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden bahsedebilmek için ev sahibi devlet eylemlerinin adaletin işleyişini ciddi biçimde sekteye uğratması da gereklidir. Bu anlamda bir yerel mahkemenin, somut ihtilafa yönelik bir kanun hükmünü yanlış tatbik etmesi veya esasa ilişkin olayları hatalı biçimde değerlendirmesi âdil yargılanma hakkının ihlali olarak mütalaa edilemeyecektir⁶⁰⁹.

Yatırımcıların hukuki statüsünü etkileyen kararların alınması sırasında ev sahibi devletler tarafından usul kurallarının (due process of law⁶¹⁰) göz ardı edilmesi de âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin ihlali olarak

b. İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

c. Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak” hükmüne yer verilmiştir. Bkz. Mole Nuala/Harby Catharina, Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları, No. 3, Directorate General of Human Rights Council of Europe, 2001, s. 7-9. Bkz. <http://www.yargitay.gov.tr> (ET. 03.07.2011).

⁶⁰⁸ Tanrıver Süha, Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBB Dergisi, S. 53, ss. 191-215, 2004, s. 191. Yazar, âdil yargılanma hakkının unsurlarını, şu şekilde sıralamaktadır: (i) Kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma, (ii) Makûl süre içinde yargılanma, (iii) Alenî olarak yargılanma, (iv) Hakkaniyete uygun olarak yargılanma. Yazara göre âdil yargılanmayı karakterize eden temel unsuru hakkaniyete uygun olarak yargılanma olgusu teşkil etmektedir. Hakkaniyete uygun olarak yargılanmanın temin edilebilmesi ise ancak şu iki şartın varlığı halinde mümkündür: (i) Hukukî dinlenilme hakkının (iddia ve savunma hakkının) güvence altına alınmış bulunması, (ii) Eşitlik temeline dayalı olarak bu hakkın kullanımının sağlanması. Bkz. Tanrıver, 2004, s. 193 ve 204.

⁶⁰⁹ Salacuse, 2010, s. 241, 242.

⁶¹⁰ *Due process* kavramı, doktrinde *Walde* tarafından, ev sahibi devletin şeffaf davranma yükümlülüğü kapsamında ele alınmaktadır. Yazara göre *due process* kavramı, ev sahibi devlete yatırıma ilişkin karar alma sürecinde yatırımcıya gerekli bildirimleri yapma, tarafsız davranma, düşmanca ve partizanca düşüncelerden kaçınma yükümlülüğü vermektedir. Bkz. *Walde*, 2004, s. 9. Ayrıca *due process* kavramının Amerikan hukukundaki yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Altıparmak Kerem, “Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHF), C. 45, S. 1-4, ss. 219-250, Ankara 1996, s. 219, 220.

kabul edilmektedir⁶¹¹. Belirtilen türdeki kararların, ev sahibi devletteki yargılama sistemine doğrudan bir müdahalesinden bahsedilemeyecektir. Ne var ki söz konusu kararların, yatırımcıya herhangi bir savunma hakkı veya delil sunma imkânı tanınmadan ya da usule uygun bildirimler yapılmadan verilmiş olması, bu kararlara istinaden gerçekleştirilen ev sahibi devlet eylem ve işlemlerinin sıhhatini sorgulanır hâle getirmektedir.

İçtihat hukuku alanında da yatırımcılar hakkında karar alınırken yukarıda bahsi geçen hakların tanınmaması durumunda, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin ihlal edildiği neticesine ulaşılmaktadır. ICSID yargılamasına konu *Middle East Cement v. Egypt*⁶¹² davasında verilen karar bu durumun somut örneklerinden birini teşkil etmektedir. Hakem heyeti söz konusu davada, davacı şirketin gemisine davalı devlet tarafından el konulması ve akabinde bu geminin açık artırma yoluyla satılması işlemleri öncesinde, davacı şirkete usulüne uygun bildirim yapılmadığı gerekçesiyle, davalı Mısır devletinin âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir⁶¹³. Yukarıda bahsi geçen *Metalclad* davasında verilen karar kapsamında da benzer tespitlere yer verildiği görülmektedir. Dava konusu olayda yatırımcı hakkında karar alan mahalli idare biriminin, kararın alınması öncesinde davacı şirkete yönelik herhangi bir davet veya bildirimde bulunmaması ve bu kapsamda davacı şirketin savunma hakkından mahrum bırakılmış olması, hakem heyeti tarafından âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir⁶¹⁴.

⁶¹¹ Schreuer, 2005, s. 381.

⁶¹² Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, April 12, 2002.

⁶¹³ Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, Award, Para. 143; Salacuse, 2010, s. 243; Schreuer, 2005, s. 382.

⁶¹⁴ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, Award, Para. 91; Salacuse, 2010, s. 243; Schreuer, 2005, s. 382.

4. İyiniyet Prensibine Uygun Davranma

İyiniyet (bona fides) genel olarak uluslararası hukukun, özelde ise uluslararası yatırım hukukunun temel prensiplerinden birini teşkil etmektedir⁶¹⁵. Bu prensip, eş zamanlı olarak âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi kapsamında ele alınan değerlendirme kriterlerinden birini oluşturmaktadır. Keza uluslararası hukuk doktrininde, ev sahibi devletlerin yatırımcılara yönelik kötü niyet (mala fides) barındıran eylemlerinin âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesini ihlal edeceğine işaret edilmektedir⁶¹⁶. Bunun yanında tahkim yargılamasına konu edilen muhtelif davalarda da hakem heyetleri tarafından iyiniyet prensibine vurgu yapıldığı görülmektedir.

*Pope & Talbot v. Canada*⁶¹⁷ davasında görevli hakem heyeti tarafından, ev sahibi devletin kötü niyetli davranışlarının inceleme konusu yapıldığı örnek bir karar tesis edilmiştir. Davada hakem heyeti, yetkili Kanada devlet otoritesinin (Softwood Lumber Division), yatırımcının makul taleplerini geçerli bir açıklama yapmaksızın reddettiğini, yatırımcıya yönelik tehditkâr bir tutum takındığını ve yatırımcıyı bilinçli şekilde yanlış yönlendirdiğini tespit etmiştir. Heyet bu tespitler ışığında, davalı devletin davacı şirkete yönelik düşmanca ve saldırgan bir tavır benimsediğinden bahisle âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶¹⁸.

Âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi kapsamında iyiniyet prensibine yer verilmesi, bu prensibin uygulama alanına ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu noktada sorulması gereken soru şudur: Acaba âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşabilmek için ev sahibi devletlerin kötü niyetli hareket etmesi gibi bir mecburiyet bulunmakta mıdır? Doktrinde bu soruya böylesi bir mecburiyetin bulunmadığı yönünde cevap verilmektedir⁶¹⁹. Keza hakem heyetleri

⁶¹⁵ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 144.

⁶¹⁶ McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 243.

⁶¹⁷ Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL Arbitration, Award on the Merits of Phase 2, April 10 2001.

⁶¹⁸ McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 242, 243.

⁶¹⁹ Schreuer, 2005, s. 384, 385; McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 243.

tarafından verilen kararlarda da benzer tespitlere yer verildiği görülmektedir. Sözgelimi *Mondev v. United States*⁶²⁰ davasında görevli hakem heyeti tarafından, ev sahibi devletin kötü niyetli olmaması hâlinde dahi âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesini ihlal edebileceğine işaret edilmiştir⁶²¹. Aynı şekilde, *Loewen* davasında verilen kararda da uluslararası hukuk uygulamasında ve doktrinde âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin ihlali bakımından kötü niyet olgusunun gerekliliğini destekleyen bir görüşün bulunmadığı ifade edilmiştir⁶²². Kaldı ki yukarıda ifade edildiği üzere, ev sahibi devletler savunmalarını genellikle kamu yararı gibi mefhumlara dayandırmaktadır. Bu husus dikkate alındığında, hakem heyetlerinin kötü niyet olgusunun varlığını tespit edebilmeleri daha da güçleşecektir⁶²³. Bu itibarla kanımızca da, ev sahibi devletlerin kötü niyetli olmamaları hâlinde dahi âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesini ihlal eden davranışlar sergileyebilecekleri kabul edilmelidir.

D. Değerlendirme

Âdil ve hakkaniyete uygun muamelede bulunma yükümlülüğü Enerji Şartı Antlaşmasınının 10(1) maddesi kapsamında yatırımların korunmasına ilişkin kabul edilen temel ilkelerden birini teşkil etmektedir. Bugüne kadar Enerji Şartı Antlaşması kapsamında yürütülen tahkim yargılamalarında bu ilkenin yukarıda ifade edilen tüm boyutlarının tartışılması mümkün olmamıştır. Bununla birlikte doktrinde, diğer yatırım antlaşmalarına ilişkin tahkim yargılamalarında kabul edilen değerlendirme kriterlerinin Enerji Şartı Antlaşması bakımından da geçerli olduğu ifade edilmektedir⁶²⁴. Kuşkusuz, Enerji Şartı Antlaşması kapsamında âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin kullanılmasında, önceki tarihli ikili ve çok taraflı yatırım

⁶²⁰ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, October 11, 2002.

⁶²¹ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, Award, Para. 116.

⁶²² *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Award, Para. 132.

⁶²³ Salacuse, 2010, s. 243.

⁶²⁴ Hober, 2010, s. 157; Walde, 2004, s. 7.

antlaşmalarının önemli bir etkisi bulunmaktadır. Keza Antlaşmaya ek Nihai Senet hükümlerinde de, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin, diğer yatırım antlaşmalarına nispetle daha dar veya geniş yorumlanmasına yönelik herhangi açıklayıcı bir hükme yer verilmemiştir. Bu itibarla kanaatimizce, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin muhteva itibariyle diğer yatırım antlaşmalarından farklı şekilde ele alınmasını haklı kılacak bir gerekçe bulunmamaktadır. Bunun yanında Enerji Şartı Antlaşması hükümleri uyarınca, tahkim yargılamasına taşınan *Petrobart* davasında da âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin, yukarıda zikredilen emsal kararlarla uyumlu bir çerçevede ele alınması bu tespiti kuvvetlendirmektedir.

Petrobart davası, Enerji Şartı Antlaşmasının âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine yönelik sağladığı hukuki koruma kapsamının en yoğun tartışıldığı davadır. Somut olaydaki ihtilaf, Petrobart şirketi ile Kırgızistan devletine ait bir şirket olan Kyrgyzgazmuniazat (KGM) arasında akdedilen doğal gaz satım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Petrobart şirketi sözleşme hükümleri uyarınca KGM'ye, beş ayrı seferde toplamda yaklaşık 2,5 milyon ABD Doları tutarında doğal gaz teslim etmiş, buna karşılık KGM tarafından sadece ilk iki teslimat için yaklaşık 950 bin ABD Doları tutarında bir ödeme yapılmıştır. Ödemesi yapılmayan bakiye meblağ, taraflar arasındaki uyumsuzluğunun konusunu oluşturmuştur.

Petrobart şirketi alacağının tahsili amacıyla ilk olarak Bişkek Mahkemesinde dava açmış ve mahkeme davacı şirketin KGM'den yaklaşık 1,5 milyon ABD Doları tutarında alacağının bulunduğuna hükmetmiştir. Mahkemenin bahse konu hükmünden sonra, Petrobart şirketini tahkim yargılamasına müracaat etmeye sevk eden iki önemli gelişme yaşanmıştır. Yerel mahkemenin Kırgızistan devleti aleyhindeki kararı üzerine, ilk olarak bu devletin başbakan yardımcısı tarafından mahkemeye bir mektup yazılarak hükmün icrasının ertelenmesi talep edilmiştir. Bu talebe mahkeme tarafından fiilen olumlu bir karşılık verilmek suretiyle yaklaşık üç aylık bir dönem için hükmün icraya konulmaması yoluna gidilmiştir. Bu dönem içinde Kırgızistan devleti ikinci girişiminde bulunmuş ve KGM'nin içinde bulunduğu mali

sıkıntıları ve yeniden yapılandırma ihtiyacını gerekçe göstererek, bu şirketin sahip olduğu varlık değerleri hakkında düzenleyici bir işlem kabul etmiştir. Söz konusu işlem marifetiyle KGM adına var olan tüm varlık değerlerinin bir başka devlet şirketine (Kyrgyzgaz) devredilmesi yoluna gidilmiş, ne var ki yükümlülükler konusunda ise KGM'nin sorumlu olmaya devam etmesi benimsenmiştir. Diğer taraftan Bişkek mahkemesinin hükmü henüz icraya konulmadan evvel, bir başka yerel mahkeme tarafından KGM'nin iflasına karar verilmiştir. İzah edilen gelişmeler karşısında, lehine tesis edilen mahkeme hükmüne rağmen, fiilen alacağını tahsil imkânından tümüyle mahrum kalan Petrobart şirketi, SCC tahkimine müracaat etmiştir.

Hakem heyeti kararını ağırlıklı olarak Enerji Şartı Antlaşmasının 10(1) maddesinde yer verilen âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesi üzerine inşa etmiştir. Heyet yukarıda ifade edilen davalı devlet eylem ve işlemleri hakkında ayrı değerlendirmelerde bulunmuştur. İlk olarak davalı Kırgızistan devletinin KGM'ye ait varlık değerlerini devretmesi yönündeki işlemi ele alan hakem heyeti, bahse konu işlemin âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesini ihlal ettiği neticesine ulaşmıştır. Heyet böyle bir neticeye ulaşırken davalı devletin, KGM'nin mali açıdan sıkıntılı durumda bulunduğu ve yeniden yapılandırılmasının bir zaruret olduğu yönündeki iddiasını da değerlendirmiştir. Hakem heyetine göre bu savunmalara itibar edilebilmesi için gerçekleştirilen devir işleminin KGM'nin hak ve yükümlülüklerini beraberce içermesi gerekmektedir. Somut olayda KGM'nin haklarının devredildiğini ne var ki yükümlülüklerin sabit kılındığını tespit eden heyet, ev sahibi devletin bu şekilde davranmasının şirketin mali sıkıntılarının veya yeniden yapılandırma ihtiyacının bir gereği olarak değerlendirilemeyeceğini tespit etmiştir⁶²⁵. Netice itibarıyla hakem heyeti, KGM'ye ait varlık değerlerinin devredilmesi suretiyle davalı Kırgızistan devletinin Petrobart şirketinin Enerji Şartı Antlaşması hükümleri uyarınca korunması gereken haklarını ihlal

⁶²⁵ Kırgızistan devletinin *Petrobart* davasındaki savunması hakkında eleştirel bir değerlendirme için bkz. Slater, 2009, s. 49. Yazar, *Petrobart* davasında Kırgızistan devletinin kendi nüfusunun doğalgaz ihtiyacı içinde olduğu yönündeki savunmasını, “esaslı güvenlik çıkarları” ve “arz sıkıntısı” gibi hallerde taraf devletlere istisnai olarak Antlaşma hükümlerini uygulamama imkânı veren Enerji Şartı Antlaşmasının 24. maddesine dayandırması gerektiğini ifade etmektedir.

ettiğine karar vermiştir. Bunun dışında Kırgızistan devleti başbakan yardımcısı tarafından mahkemeye mektup yazılarak hükmün icrasının ertelenmesi yönündeki talep ise hakem heyetince, “hükümetin bir yargı kararını davalı devlet lehine etkileme girişi” biçiminde algılanmıştır. Netice itibariyle hakem heyeti, belirtilen davranış itibariyle de, davalı devletin Enerji Şartı Antlaşması kapsamında âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesini ihlâl ettiğine karar vermiştir.

Görüldüğü üzere *Petrobart* davasında görevli hakem heyeti, kararını ağırlıklı olarak ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmaları kapsamında âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine yönelik kabul edilen; haklı beklentilerin boşa çıkarılmaması, keyfi davranmama yükümlülüğü ve âdil yargılanma hakkı üzerine inşa etmiştir. Kanaatimizce, *Petrobart* kararındaki en dikkat çekici nokta, davalı devletin ekonomik sıkıntılarını temel alan savunmasına hakem heyetince itibar edilmemiş olmasıdır. Heyetin yaklaşımı âdil yargılanma hakkının sadece çok ciddi ekonomik sıkıntılarının varlığı hâlinde ihlal edilebileceğine ilişkin yukarıdaki tespitimizle de uyumlu görünmektedir. İzah edilen çerçevede, ancak ev sahibi devletin ekonomik anlamda bir çöküş yaşamaması hâlinde bu devlette kamu yararının temini önem kazanacak ve ancak bu şart altında âdil yargılanma hakkından feragat edilebilecektir. Diğer taraftan *Petrobart* davasında görevli hakem heyeti, ev sahibi devlet yargı sistemine yönelik bir hükümet müdahalesini ise âdil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Kanaatimizce, heyetin sergilediği bu yaklaşım itibariyle de Enerji Şartı Antlaşması kapsamında yer verilen âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin, içtihat hukuku alanında bugüne kadar kabul edilen kriterlerle uyumlu olduğunu tespit edebilmek mümkündür.

III. AYRIMCI DAVRANMA YASAĞI

Ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılara karşı ayrımcı davranmama yükümlülüğü, Enerji Şartı Antlaşmasınının 10(1) maddesi uyarınca benimsenen

en önemli koruma standartlarından birini oluşturmaktadır. Söz konusu madde uyarınca taraf devletlerin; yatırımların yönetimi, muhafazası, kullanılması, yatırımlar üzerinde tasarrufta bulunulması ve yatırımların elden çıkarılması konularında makul olmayan veya ayrımcı nitelik taşıyan tedbirler uygulaması yasaklanmıştır. Diğer taraftan içtihat hukuku alanında, bahse konu yasağın muhtevasına ilişkin Uluslararası Adalet Divanının *ELSI* davasında verdiği karardan önemli ölçüde istifade edildiği görülmektedir. Adalet Divanı bahse konu kararında, bir ev sahibi devlet davranışının ayrımcı nitelikte olduğundan bahsedebilmek için bu davranışın taşınması gerekli temel unsurları şu şekilde sıralamıştır:

- (i) Ev sahibi devlet davranışı kasıtlı olmalı ve yabancı yatırımcı aleyhine sonuçlar doğurmalıdır.
- (ii) Bu davranış ev sahibi devlet vatandaşlarının lehine olacak biçimde geliştirilmeli veya üçüncü bir devlet vatandaşına tanınan haklardan daha düşük bir koruma sağlıyor olmalıdır⁶²⁶.

Görüldüğü üzere ev sahibi devletin ayrımcı davranmama yükümlülüğü, Uluslararası Adalet Divanı tarafından milli muamele ve en çok gözetilen ulus kayıtlarını ihtiva edecek şümulde ele alınmıştır. Milli muamele ve en çok gözetilen ulus kayıtları, antlaşma hukukunda da ayrımcı davranmama yükümlülüğünün somut uygulamaları olarak tezahür etmektedir⁶²⁷. Bu itibarla Enerji Şartı Antlaşması kapsamında, ayrımcı davranmama yükümlülüğünün bahse konu kayıtları içerecek bir çerçevede ele alınması yerinde olacaktır.

⁶²⁶ Elettronica Sicula S.P.A., Judgment, Para. 121, 122; Salacuse, 2010, s. 241.

⁶²⁷ Türkiye'nin taraf olduğu bazı ikili yatırım antlaşmalarında milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı tüm yatırım sürecini kapsayacak biçimde kaleme alınmıştır. Sözgelimi ABD (m. II/1 ve 2) ve İsrail (m. 3) ile yapılan İkili Yatırım Antlaşmalarında bu yaklaşım benimsenmiştir. Buna karşılık bazı İkili Yatırım Antlaşmalarında ise yatırımın ülkeye kabulü bakımından sadece en çok gözetilen ulus kaydına atıf yapılırken, yatırımın kabulden sonra tâbi olacağı muamele bakımından ise milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı alternatifli olarak kabul edilmiştir. Türkiye'nin Küba (m. II/1 ve 2), Hırvatistan (m. II/1 ve 3), Bulgaristan (m. II/1 ve 2) ve Makedonya (m. II/2 ve 3) ile imzaladığı İkili Yatırım Antlaşmalarında bu yaklaşım benimsenmiştir. Bu durumda yatırım için söz konusu kayıtlardan hangisi daha elverişli ise o uygulanacaktır. Tiryakioğlu, 2003, s. 175, dn. 666'dan naklen).

A. Hukuki Çerçevenin İzahı

Milli muamele ve en çok gözetilen ulus kayıtları, Enerji Şartı Antlaşmasında ev sahibi devletin ayrımcı nitelikli davranışlarının engellenmesi amacıyla kabul edilen en önemli koruma standartlarıdır. Doktrinde söz konusu kayıtların, Enerji Şartı Antlaşmasının enerji yatırım aktörleri arasında eşit şartlar (level playing field) oluşturulması amacıyla en fazla hizmet eden koruma standartları olduğu ifade edilmektedir⁶²⁸. Enerji Şartı Antlaşmasında milli muamele ve en çok gözetilen ulus kayıtlarına birden fazla hükümde yer verildiği görülmektedir. Bahse konu kayıtların Enerji Şartı Antlaşmasına ilişkin uygulama alanının tespiti için öncelikle söz konusu hükümlerin açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir.

Antlaşmanın 10(7) maddesinde milli muamele ve en çok gözetilen ulus kayıtlarına ilişkin hükme göre; “Her bir taraf devlet, kendi yatırımcıları, diğer taraf devlet yatırımcıları veya üçüncü bir devlet yatırımcılardan hangisine daha avantajlı haklar sunuyor ise, kendi ülkesinde yatırım yapan taraf devlet yatırımcılarına da asgari seviyede bu hakları tanımak durumundadır”⁶²⁹.

Antlaşma hükümlerinde milli muamele ve en çok gözetilen ulus kayıtlarına ilişkin mevcut yatırımlar ile yatırım öncesi faaliyetler arasında da farklılık bulunmaktadır. Antlaşmanın 10(4) maddesinde, taraf devletler yatırım öncesi faaliyetler konusunda müstakbel bir Ek Antlaşma (Supplementary Treaty) marifetiyle diğer taraf devletlerin yatırımcılarına yönelik olarak, kendi yatırımcılarına veya üçüncü devlet yatırımcılarına sağladıkları hakların en uygun olanını tanımayı taahhüt etmişlerdir. Benzer şekilde, Antlaşmanın başlangıç bölümünde de taraf devletlerin Ek Antlaşmayı takiben yatırım öncesi faaliyetlere yönelik milli muamele ve en çok gözetilen ulus kayıtlarını etkin biçimde tatbik edecekleri beyan edilmiştir. Bu çerçevede bahse konu

⁶²⁸ Bkz. Khatidze, 2010, s. 17.

⁶²⁹ Milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı Enerji Şartı Antlaşmasında “yatırım” odaklı bir ayrımcılığın yasaklanmasını hedeflemektedir. Buna karşın, NAFTA’da ise söz konusu kayıtların, hem yatırımlara hem de yatırımcılara yönelik ayrımcılığı önleme gayesiyle iki ayrı bent halinde kaleme alındığı dikkat çekmektedir. Bkz. NAFTA m. 1102.

kayıtların ancak Ek Antlaşmanın imzalanmasından sonraki aşamada yatırım öncesi faaliyetlere tatbik edileceği ortaya çıkmaktadır⁶³⁰.

Enerji Şartı Antlaşmasının 10(10) maddesinde ise milli muamele ve en çok gözetilen ulus kayıtlarına ilişkin sektörel bir kısıtlamaya yer verilmiştir. Buna göre söz konusu kayıtlara ilişkin Antlaşma hükümleri fikri mülkiyet hakları bakımından uygulanmayacak, bu konuda Antlaşma tarafı devletlerin kabul ettiği diğer uluslararası antlaşmalarda yer verilen hükümlere müracaat edilecektir. Bu itibarla Enerji Şartı Antlaşmasının fikri mülkiyet haklarına ilişkin DTÖ bünyesinde kabul edilen TRIP's ve WIPO anlaşmalarında kabul edilen Ortak Tavsiye Kararlarında öngörülen koruma tedbirlerine atıfta bulunduğunu ifade edebilmek mümkündür.

Fikri mülkiyet haklarına ilişkin istisnanın dışında, Enerji Şartı Antlaşmasının üç farklı maddesinde en çok gözetilen ulus kaydının uygulanmayacağı bazı istisnai hâllere yer verilmiştir. Antlaşmanın 21(3) maddesi, vergilendirme bahsine ilişkin bir kısıtlama hükmüdür. Maddede kural olarak gelir ve sermaye vergileri hariç olmak üzere, taraf devletlerin vergilendirmeye ilişkin alacakları tüm tedbirler bakımından milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydıyla bağlı oldukları ifade edildikten sonra, aynı maddenin (a) bendinde önemli bir istisnaya yer verilmiştir. Bu istisnaya göre taraf devletlerin uluslararası bir konvansiyon, anlaşma veya düzenlemeye taraf olmaları sebebiyle tanıdıkları vergi avantajları bakımından en çok gözetilen ulus kaydını tatbik etme yükümlülükleri bulunmamaktadır. Keza aynı maddede söz konusu istisnanın bir Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Örgütüne üye olan taraf devletler bakımından da geçerli olduğu ifade edilmiştir⁶³¹. Vergilendirme bahsinin dışında, Antlaşmanın 24(4)(a) maddesi kapsamında en çok gözetilen ulus kaydının, taraf devletlerin bir serbest ticaret bölgesi veya gümrük birliğine üye olmaları sebebiyle tanıdıkları avantajlar bakımından da uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Son olarak

⁶³⁰ Ek Antlaşmanın (Supplementary Treaty) imzalanması süreci ve yatırım öncesi faaliyetler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. s. 115, 116.

⁶³¹ Enerji Şartı Antlaşmasının vergilendirme bahsine ilişkin hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Park William W., *Tax Arbitration and Investor Protection*, Investment Protection and The Energy Charter Treaty, (Ed. Graham Coop/Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 115-155, New York 2008.

Antlaşmanın 25(1) maddesi kapsamında en çok gözetilen ulus kaydının bir Ekonomik Bütünleşme Antlaşmasına taraf olunması durumunda da tatbik edilmeyeceğine işaret edilmiştir.

B. Milli Muamele Kaydı

Ev sahibi devletin yabancı yatırımlara yönelik olarak, benzer nitelikteki yerli yatırımlardan daha düşük koruma seviyesi bahşetmeyeceğine ilişkin taahhütte bulunması, milli muamele kaydı (national treatment) olarak isimlendirilmektedir⁶³². Milli muamele kaydı, ev sahibi devletleri hukuki düzenlemeler veya idari kararlar marifetiyle yabancı ve yerli yatırımcılar arasında bir ayrıma gitmekten men etmeyi ve bu suretle yabancı yatırımların korunmasına hizmet etmeyi amaçlamaktadır⁶³³.

Tanımı itibariyle son derece yalın ve anlaşılır bir koruma tedbiri olarak görünen milli muamele kaydının uygulanmasına ilişkin doktrin ve içtihat hukuku alanında henüz çözüme kavuşturulamayan önemli belirsizlikler bulunmaktadır. Söz konusu belirsizlik ortamının temelinde, milli muamele kaydının yapısı itibariyle mukayeseli bir bakış açısını mecbur kılması yer almaktadır. Bu mukayesede esas alınan “benzer nitelikli yerli yatırım”dan ne anlaşılması gerektiği, ev sahibi devletlerin ayrımcı davranışları için “meşru bir zeminin bulunup bulunmadığı” veya “kasıt unsuruna ihtiyaç olup olmadığı” gibi hususlar, doktrindeki temel tartışma konuları olarak öne çıkmaktadır.

⁶³² OECD, National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises, Including Adhering Country Exceptions to National Treatment, 2010, s. 5. Bkz. <http://www.oecd.org/> (ET. 03.07.2011).

⁶³³ Türkiye ile Çin, Finlandiya, İsveç ve Malezya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmalarında milli muamele kaydına yer verilmemiştir.

1. Unsurları

a. Yatırımların Benzer Nitelikte Olması

Milli muamele kaydının tatbik edilmesindeki en belirleyici unsur, ev sahibi devlet davranışı bakımından mukayese edilen yabancı ve yerli yatırımlar arasındaki benzerlik düzeyidir. Milli muamele kaydının ihlal edilip edilmediği noktasında bir kanaate ulaşabilmek için yerli yatırımların hangi kıstaslar etrafında yabancı yatırımla benzer nitelikte kabul edileceğinin tahlil edilmesi gereklidir. Öncelikle, yatırımların benzer olduğunu ispat yükünün, bu benzerlikten istifade etme gayesi taşıyan yatırımcı taraf üzerinde olduğunu ifade etmekte fayda vardır⁶³⁴. Bununla birlikte doktrinde ve içtihat hukukunda, yatırımların benzerliğine ilişkin üzerinde ittifak sağlanan somut bir kıstasın varlığından bahsedebilmek mümkün değildir. Bu itibarla konuya ilişkin tahkim kararlarının irdelenmesi, enerji yatırımlarına ilişkin değerlendirmelerimize altyapı oluşturabilmek bakımından önem taşımaktadır.

İçtihat hukuku alanında yerli ve yabancı yatırımların benzerliğinin tespitinde, aynı iş kolunda yer alma veya ekonomik anlamda aynı sektörde faaliyet gösterme gibi kıstaslara müracaat edildiği ya da sektörler üstü bazı değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. Sözelimi *Feldman* davasında görevli hakem heyeti tarafından aynı iş kolunda yer alma kıstası kullanılmıştır. Dava konusu olayda Meksika'daki yerel perakendecilerden satın aldığı sigaraları yurt dışına ihraç eden davacı şirket, Meksika devletinin yerel sigara üreticilerine uyguladığı vergi indiriminden kendisini faydalandırmadığı gerekçesiyle tahkime müracaat etmiştir. Hakem heyeti kararında, davacı şirketin ithalat işiyle iştigal ettiğini, bu itibarla milli muamele kaydı çerçevesinde mukayeseye esas kabul edilmesi gereken grubun yerel sigara "ithalatçıları" olması gerektiğini, yerel sigara "üreticilerinin" böyle bir mukayeseye esas alınamayacağını tespit etmiştir. *SD Myers* davasında görevli hakem heyeti ise benzerlik olgusunun yabancı ve yerli yatırımcıların

⁶³⁴ Walde, 2004, s. 5.

“aynı sektörde” faaliyet gösterip göstermedikleri dikkate alınarak tespit edilebileceğini ifade etmiştir. Heyet, bunun yanında “sektör” ibaresine ilişkin de bir değerlendirmede bulunmuş ve bu ibarenin “ekonomik sektör” veya “iş sektörü” şeklinde geniş kapsamda algılanması gerektiğini vurgulamıştır⁶³⁵.

Bazı tahkim kararlarında ise benzerlik olgusu hakem heyetleri tarafından sektörel kısıtlamalardan da bağımsız biçimde ele alınmıştır. ICSID tahkimine konu *Occidental v. Ecuador*⁶³⁶ davasında görevli hakem heyeti tarafından böylesi bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Dava konusu olay, Ekvator devletinin ülkesinde yatırım yapan petrol üretim şirketlerinin arama faaliyetlerinde kullandıkları malzemelerin satın alınması için uyguladığı katma değer vergisi (KDV) indirimini, 2001 yılından itibaren geçerli olmak üzere kaldırması üzerine ortaya çıkmıştır. Davacı şirketin milli muamele ilkesinin ihlal edildiği iddiasıyla tahkime müracaat etmesi üzerine, hakem heyeti tartışmalı sayılabilecek bir karar vermiştir. KDV indiriminin kaldırılması yönündeki davalı devlet işlemleri, ülkedeki yerli ve yabancı tüm petrol üretim şirketlerine uygulanmıştır. Buna rağmen, hakem heyeti söz konusu işlemin milli muamele ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Heyet, bu kararın gerekçesi olarak, ülkedeki petrol arama faaliyetiyle işteğal etmeyen diğer yerli üretim şirketlerinin KDV indiriminden faydalanmaya devam ediyor olmasını göstermiştir. Hakem heyetinin söz konusu kararı, yatırımların benzerliği kıstası için oldukça düşük bir eşik değeri belirlenmiş olması sebebiyle doktrinde yoğun eleştirilere tâbi tutulmuştur⁶³⁷.

Kanaatimizce, yerli ve yabancı yatırımların benzerliğinin tespiti için yapılacak mukayesede, mümkün olduğu ölçüde kapsamlı bir karşılaştırma grubu esas alınmalıdır. Zira milli muamele kaydı ancak böylesi bir yorumun geçerli kabul edilmesi hâlinde yabancı yatırımların korunması işlevini yerine getirebilecektir. Bu sayede yabancı yatırımcıların, yatırım antlaşmalarında yer verilen milli muamele kaydından bekledikleri temel menfaate ulaşabilmeleri

⁶³⁵ Salacuse, 2010, s. 249.

⁶³⁶ Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, London Court of International Arbitration Administration (LCIA), Case No. UN 3467, Final Award, July 1, 2004.

⁶³⁷ Salacuse, 2010, s. 249

temin edilmiş olacaktır. Bu çerçevede birbiriyle yakından bağlantılı bulunan iş kollarının, sırf farklı isimlerle sınıflandırılmış olması sebebiyle benzer görülmemesi doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Sözelimi, üretim faaliyetine ilişkin girdilerin ithalat düzeyinin belirlenmesindeki etkisini yadsıyabilmek mümkün değildir. Ötesinde, bir ürünün üreticisi konumundaki yatırımcının eş zamanlı olarak ithalatçı vasfını taşıması dahi mümkündür. Bu itibarla üreticilik ve ithalatçılık olgularının farklı işgal sahaları olduğundan bahisle benzer olmadıkları sonucuna ulaşmak, yukarıda zikredilen temel amaçla çelişki arz edecektir. Bununla birlikte bahse konusu geniş yorumlama anlayışının, *Occidental* davasında olduğu gibi sektörler üstü bir zeminde ele alınması ise menfaat dengesinin ev sahibi devletler aleyhine kayda değer biçimde bozulmasına sebebiyet verebilecektir. İzah edilen çerçevede *SD Myers* davasında benzerliğin tespitine ilişkin olarak benimsenen sektörel bakış açısı, kanımızca da isabetli bir değerlendirme kıstasıdır. Ne var ki bu kıstasın ekonomik sektör anlayışı (enerji sektörü) yerine, endüstriyel sektör (petrol-doğalgaz-elektrik endüstrisi) olarak tatbiki benzerliğin tespitinde daha objektif nitelikli bir kıstas ortaya koyabilecektir.

b. Kaydın İhlali İçin Meşru Bir Zemin Bulunmaması

Milli muamele kaydının ihlal edildiğinden bahsedebilmek için, kuşkusuz, ev sahibi devletin yabancı yatırımlara yönelik olarak, benzer nitelikli yerli yatırımlardan daha düşük seviyede bir koruma bahşetmesi gereklidir⁶³⁸. Bununla birlikte uygulamada ayrımcı muamele iddiasına muhatap olan ev sahibi devletler tarafından, genellikle bu muamelenin meşru bir zemine dayandığı yönünde savunmalar geliştirilmektedir. Gerçekten de meşru bir zeminin varlığı hâlinde milli muamele ilkesinin ihlal edilmediği

⁶³⁸ Bu noktada, içtihat hukuku alanında genellikle ayrımcı muamelenin *de facto* veya *de jure* biçimde gerçekleşmiş olması arasında bir ayırım gözetilmemektedir (Salacuse, 2010, s. 250). Bununla birlikte, *ADF v. United States* kararında hakem heyeti, kanımızca da isabeti biçimde ayrımcı muamelenin *de facto* biçimde gerçekleşmesinin yeterli olduğunu ifade etmiştir (Dolzer/Schreuer, 2008, s. 181). Zira ev sahibi devletin, hukuki düzenlemelerinde yer almasa dahi, uygulamada ayrımcı bir davranış sergilemesi ve böyle bir davranış neticesinde yabancı yatırımcının zarar görmesi ihtimal dâhilindedir.

sonucuna ulaşabilmek mümkün olacaktır. Bu noktadaki ispat yükü ise meşru zeminin varlığını ileri süren ev sahibi devlet üzerinde bulunmaktadır. Ev sahibi devletin bu yükümü yerine getirememesi hâlinde, yabancı yatırımcının ev sahibi devlet davranışının ayrımcı nitelikte olduğunu ispat ettiği kabul edilecektir⁶³⁹. Ne var ki yukarıda sıklıkla vurguladığımız belirsizlik ortamı, meşruiyetin varlığı bakımından bir kere daha kendini göstermektedir. Ayrımcı nitelikteki ev sahibi devlet davranışının meşruiyet kazanıp kazanmadığı hususu, acaba hangi kıstaslar etrafında tayin edilecektir?

Tahkim yargılamasına konu bazı davalarda ev sahibi devletin kamu yararının gerektirdiği hâllerde, yerli ve yabancı yatırımlar arasında farklı muamelede bulunmasının meşru sayılacağı ifade edilmektedir. Sözgelimi, *SD Myers* davasında görevli hakem heyetince, ev sahibi devletin kamu yararını koruma düşüncesiyle yerli ve yabancı yatırımcılar arasında farklılaşan kurallar kabul etmesinin haklılığına işaret edilmiştir⁶⁴⁰. Kanaatimizce, heyetin bu yaklaşımı yukarıda bahsi geçen belirsizliğin giderilmesinden ziyade derinleştirilmesine sebebiyet vermiştir. Zira kamu yararı kavramı, en az meşruiyet mefhumu kadar müphem bir nitelik taşımaktadır. Bu noktada bazı hakem heyetlerinin ise görece olarak daha objektif nitelikli kıstaslar tespit etme gayretinde olduğu görülmektedir. Sözgelimi *GAMI* davasında görevli hakem heyeti, ev sahibi devlet ekonomisi bakımından önem arz eden yerel bir endüstrinin çöküşünün önlenmesi amacıyla yerli ve yabancı yatırımcılar arasında farklı muamelelerde bulunmanın meşru sayılabileceğine karar vermiştir. Heyete göre, somut ihtilafta Meksika şeker endüstrisinin içinde bulunduğu ciddi ödeme güçlüğü karşısında, Meksika devleti tarafından yerli yatırımlar lehine alınan tedbirler, milli muamele ilkesinin ihlali olarak kabul edilemeyecektir⁶⁴¹.

Ev sahibi devlet davranışının meşruiyetine yönelik bir diğer tartışma ise yerli yatırımcıların yabancı yatırımcılara nispetle daha fazla yükümlülük altında bulunmalarına ilişkin olarak yaşanmıştır. Gerçekten de yerli

⁶³⁹ Walde, 2004, s. 5.

⁶⁴⁰ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 181.

⁶⁴¹ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 181, 182.

yatırımcıların, ev sahibi devlette sosyal veya mali yükümlülükler bakımından yabancı yatırımcılara göre daha ağır şartlara tâbi tutulmuş olması ihtimal dâhilindedir. Böyle bir durumda, ev sahibi devletin söz konusu yerli yatırımları sübvansese etmesi, acaba milli muamele ilkesinin ihlali olarak değerlendirilebilecek midir? Doktrinde *Walde*, bu konuda somut olay temelli (fact-based) bir incelemenin yapılması gerektiğini savunmaktadır. Yazar, yerli ve yabancı yatırımlara yönelik muamelenin ayrımcı nitelik taşıyıp taşımadığı tetkik edilirken hak ve yükümlülüklerin “bir bütün” olarak irdelenmesini ve buna göre karar tesis edilmesini teklif etmektedir⁶⁴². Bu görüşe göre, yerli yatırımcılara yönelik dezavantajlı şartların varlığı, ev sahibi devletlerin bu yatırımcılar lehine farklı muamelede bulunmaları için meşru bir zemin oluşturabilecektir. Buna karşılık *Dolzer/Schreuer* ise yukarıda zikredilen durumu, ev sahibi devlet tarafından yabancı yatırımcı lehine gerçekleştirilen pozitif ayrımcılık olarak kabul etmekte ve böylesi bir ayrımcılığa cevaz verilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶⁴³. Bir diğer ifadeyle adı geçen yazarlara göre yabancı yatırımların ev sahibi devlette bazı avantajlı şartlardan istifade ediyor olmaları, bu devletin yerli yatırımcılar lehine ayrımcı davranışlar sergilemesine haklılık kazandıramayacaktır.

Kanaatimizce, ev sahibi devletler tarafından meşruiyetin varlığı konusunda kamu yararı gerekçesi ileri sürüldüğünde, son derece hassas bir inceleme yapılması gereklidir. Hakem heyetleri tarafından ev sahibi devletlerce bahse konu kavramın içinin doldurulup doldurulmadığı hususuna dikkat edilmeli, bu kavramın ev sahibi devletlerin keyfi uygulamalarına yönelik bir koruma aracı olarak kullanılmamasına özen gösterilmelidir. Bu noktada, *GAMI* davasında olduğu gibi, bir yerel endüstri kolunun ancak “ciddi” bir ekonomik zorluk içinde olması hâlinde, ev sahibi devletin kamu yararı gerekçesine sığınmasına izin verilmelidir. Benzer şekilde ev sahibi devletin, yabancı yatırımcıyla aynı sektörde bulunsa dahi, küçük ve orta ölçekli yerli yatırımcıları korumak amacıyla bu yatırımcılar lehine bazı tedbirler alması da meşru zeminin varlığı için yeterli kabul edilmelidir. Keza böyle bir

⁶⁴² Walde, 2004, s. 5.

⁶⁴³ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 178.

ihtimalde, yerli ve yabancı yatırımların işletme kapasiteleri arasında kayda değer farklılık bulunması, benzerlik olgusunun varlığını da tartışmalı hâle getirecektir⁶⁴⁴. Diğer taraftan ev sahibi devlet davranışının ayrımcı nitelik taşıyıp taşımadığına ilişkin *Walde* tarafından teklif edilen bütüncül inceleme yaklaşımı, bizce de makul bir değerlendirme kıstasıdır. Zira ayrımcılığın *de facto* biçimde gerçekleşip gerçekleşmediği hususu ancak bu sayede açıklığa kavuşturulabilecektir. Bunun dışında ev sahibi devletin, illegal bir faaliyet bakımından yerli yatırımcılara müsamahakâr davranması ise, kuşkusuz yabancı yatırımcılara aynı istikamette talep hakkı bahşetmeyecektir⁶⁴⁵. Zira doktrinde de isabetli biçimde ifade edildiği üzere⁶⁴⁶, milli muamele kaydının “adaletsizlikte eşitlik” (equality in injustice) anlayışını koruma yönünde bir işlevi bulunmamaktadır.

c. Ayrımcı Muamelede Kasıt Unsuruna Gerek Olmaması

Uluslararası Adalet Divanının *ELSI* kararında, ayrımcı muamelenin varlığından bahsedebilmek için ev sahibi devlet davranışının kasıtlı olması gerektiği ifade edilmiştir. Yatırım antlaşmalarına ilişkin tahkim kararlarında ise kasıt unsurunun gerekliliğine ilişkin yerleşik bir kanaatin bulunmadığı dikkat çekmektedir. Sözelimi, *Genin* ve *Methanex*⁶⁴⁷ davalarında görevli hakem heyetleri, ayrımcı davranışın varlığının tespitinde ev sahibi devletin kasıtlı olmasını bir ön şart olarak kabul etmiştir. Buna karşın diğer bazı kararlarda ev sahibi devletin ayrımcılık kastı bulunmasa dahi, bu devlet davranışının ayrımcı nitelik taşıyabileceği ve neticede milli muamele ilkesini ihlal edebileceği beyan edilmiştir. Sözelimi, *Siemens* davasında görevli hakem heyeti tarafından, ayrımcılığın tespitinde ev sahibi devletin kasıtlı hareket etmiş olmasının bir önemi bulunmadığı açıkça ifade edilmiştir. Heyete göre,

⁶⁴⁴ Salacuse, 2010, s. 248.

⁶⁴⁵ International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, Award, Para. 183.

⁶⁴⁶ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 182, 183.

⁶⁴⁷ Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL Arbitration, Final Award, August 3, 2005.

ev sahibi devlet davranışının ayrımcı nitelik taşıyıp taşımadığına, bu davranışın yabancı yatırım üzerindeki “nihai etkisine” bakılarak karar verilmelidir. Benzer şekilde *SD Myers* kararında da kasıttan ziyade nihai etki unsuruna vurgu yapıldığı görülmektedir⁶⁴⁸.

Kanaatimizce, ev sahibi devlet davranışının ayrımcılığının tespitinde kasıt unsurunun aranması hâlinde, milli muamele kaydından beklenen hukuki koruma oldukça zayıflatılmış olacaktır. Zira ev sahibi devlet davranışının kasıtlı olduğunun ispatı yatırımcı bakımından son derece güç bir mefhumdur. Öte yandan hiçbir ev sahibi devletin ayrımcılık kastıyla hareket ettiğini ikrar etmesi de beklenemeyeceğinden, kasıt unsurunun varlığı arandığı takdirde, yatırım antlaşmalarında yer verilen milli muamele kaydı kâğıt üzerinde kalmaya mahkûm edilmiş olacaktır. Bu itibarla kanımızca, bir ev sahibi devlet davranışının kasıt unsuru bulunmasa dahi ayrımcı nitelik taşıyabileceği kabul edilmelidir. Bu noktada, *Siemens* ve *SD Myers* davalarında kullanılan nihai etki ölçütü bizce de makul bir değerlendirme kriteridir.

2. Değerlendirme

Milli muamele kaydına ilişkin ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmaları uygulamasında benimsenen kıstaslar yukarıda ayrıntısıyla incelenmiştir. Bunun yanında enerji yatırımları bakımından sağlıklı bir değerlendirmenin yapılabilmesi için bahse konu kıstasların Enerji Şartı Antlaşması bakımından geçerlilik arz edip etmediği hususunun da tetkik edilmesi gereklidir. Yukarıda incelenen hükümlerden de görüleceği üzere, Enerji Şartı Antlaşmasında münhasıran milli muamele kaydının kavramsal içeriğine değinilmiş, ne var ki bu kaydın unsurlarına yönelik bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ötesinde Antlaşmanın 10(1) ve (7) maddelerinde, diğer ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarının aksine, “benzer nitelikli (in like circumstances) yatırımlar”

⁶⁴⁸ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 183.

ibaresi dahi bulunmamaktadır. Bu itibarla sorunun çözümünde tahkim kararlarına müracaat etmek elzem görünmektedir.

Enerji Şartı Antlaşması kapsamında milli muamele kaydının unsurlarının tartışıldığı en önemli karar, aynı zamanda Antlaşma hükümleri kullanılarak tahkim yargılamasına müracaat edilen ilk dava olma özelliğini taşıyan *Nykomb* kararıdır. Dava konusu olayda⁶⁴⁹, Nykomb, Letonya devletinin iki ayrı “yerli” elektrik üretim şirketine (Latelektro Gulbene ve Liepajas Siltums) yönelik “double tariff” uygulamasını devam ettirdiğini, söz konusu uygulamayı münhasıran kendisine karşı sonlandırmış olmasının Enerji Şartı Antlaşmasınının 10(1) maddesi uyarınca milli muamele kaydının ihlali niteliği taşıdığını ileri sürmüştür. Letonya devleti ise savunmasında, bahse konu iki şirkete “double tariff” uygulamasını devam ettirdiğini kabul etmiş, ne var ki bu şirketler ile davacı şirketin gerçekleştirdikleri yatırımların benzer nitelikte olmadığını ileri sürmüştür. Davalı devlet, savunmasında ayrıca adı geçen iki şirketin davacı şirketten daha büyük üretim kapasitesine sahip olduğunu ifade etmek suretiyle, ayrımcı davranışının meşru zemine dayandığını ifade etmiştir⁶⁵⁰.

Hakem heyeti kararında öncelikli olarak, davacı şirket ile yerli şirketlerin Letonya’da aynı hukuki düzenlemelere tâbi olduğunu ve milli muamele ilkesi kapsamında benzer nitelikli yatırımlar gerçekleştirdiklerini ifade etmiştir. Heyet bunun yanında, ayrımcı davranış bakımından meşru sayılabilecek bir zeminin bulunduğunu ispat yükünün davalı devlet üzerinde bulunduğunu, ne var ki Letonya’nın bu hususu ispat edemediğini tespit etmiştir. Her ne kadar kararda heyet tarafından hangi gerekçeye istinaden böyle bir tespitte bulunulduğu ifade edilmiş değil ise de, doktrinde, Letonya’daki gazete ve internet sitelerinde yayımlanan ve davacı şirket tarafından dava dosyasına delil olarak sunulan bazı köşe yazılarının, heyetin

⁶⁴⁹ Dava konusu olay hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. yuk s. 139, 140.

⁶⁵⁰ Wetterfors Jonas, The First Investor-State Arbitration Award Under The 1994 Energy Charter Treaty, Nykomb Synergetics Technology Holding AB, Sweden (“Nykomb”) vs. The Republic of Latvia, A Case Comment, 2(1) Transnational Dispute Management, pp.1-15, 2005, s. 9, 10.

kanaatinin oluşumunda etkili olduğu beyan edilmektedir⁶⁵¹. Söz konusu köşe yazılarında, yerli şirketlerden enerji alınmasının mali açıdan herhangi bir avantajının bulunmadığı yönünde kanaatlere yer verilmiştir. Bunun dışında, davacı şirket Letonya'da yetkili bir devlet otoritesince (Public Services Regulatory Commission) hazırlanan raporu da dava dosyasına delil olarak sunmuştur. Söz konusu raporda Letonya devletinin yerli üreticilerden aldığı elektriğin ülke ihtiyacının yalnızca yüzde 1'ini karşılamaya yettiği, üstelik bu alımların ithal edilen elektrikten üç kat daha pahalı olduğu yönünde tespitlere yer verilmiştir. Letonya'nın yukarıda yer verilen savunmasıyla önemli ölçüde çelişki arz eden bu değerlendirmeler, hakem heyetinin bu devletin ayrımcı davranışı bakımından meşru bir zemin bulunmadığı yönündeki kanaatinin temelini oluşturmuştur. Diğer taraftan Letonya devleti tarafından ayrımcılık kastının bulunmadığı yönünde bir savunmaya yer verilmemiş olması sebebiyle hakem heyetinin kararında kasıt unsurunun varlığına ilişkin bir tartışmaya girmediği görülmektedir⁶⁵².

Nykomb kararının incelenmesinden, yukarıda milli muamele ilkesinin unsurlarına ilişkin tespitlerimizin Enerji Şartı Antlaşması bakımından da uygulanabilir olduğu açıkça görülmektedir. Kararın kanaatimizce en önemli boyutu, Enerji Şartı Antlaşması kapsamındaki uyuşmazlıklarda da benzerlik değerlendirmesi yapılması gerekliliğinin ortaya konmuş olmasıdır. Antlaşmanın 10(1) maddesi metninde "benzer nitelikte" ibaresinin geçmiyor olmasından kaynaklanan belirsizlik, *Nykomb* kararı marifetiyle giderilmiş olmaktadır. Keza doktrinde de, yukarıda incelediğimiz *SD Myers ve Feldman* davalarında görevli hakem heyetleri tarafından yapılan tespitlerin Enerji Şartı Antlaşması bakımından da geçerli olduğunun ifade edilmesi⁶⁵³ bu iddiamızı kuvvetlendirmektedir.

Nykomb kararında dikkat çeken diğer noktayı, davacı şirket tarafından adil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine ilişkin bir iddianın ileri sürülmemiş olması oluşturmaktadır. Oysa davalı devlet, uyuşmazlığın

⁶⁵¹ Wetterfors, 2005, s. 11.

⁶⁵² Wetterfors, 2005, s. 11.

⁶⁵³ Wetterfors, 2005, s. 5.

temelinde yer alan işlemini bir kanun değişikliğine dayandırmıştır. Yukarıda ifade edildiği üzere, yatırımcının yatırım sürecinin başlangıcında sahip olduğu haklı beklentilerinin yasal veya idari nitelikteki bazı düzenlemelerle boşa çıkarılması, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir. Kanaatimizce, davacı şirket tarafından bahse konu ilkeye dayanmak ve bu suretle milli muamele ilkesi kapsamında yatırımların benzer olduğuna ilişkin ispat külfetinden kurtulabilmek mümkün olabilirdi.

C. En Çok Gözetilen Ulus Kaydı

Ayrımcı davranmama ilkesi kapsamında incelenen bir diğer koruma standardını en çok gözetilen ulus kaydı (Most Favoured Nation Treatment-MFN) oluşturmaktadır⁶⁵⁴. Söz konusu kayıt, lehine böyle bir hak tanınmış olan devlet vatandaşlarına, hakkı tanıyan devletin ülkesinde üçüncü bir devlet lehine tanınmış ve tanınacak olan hakların aynından yararlanma imkânını bahşetmektedir⁶⁵⁵. Tarihsel süreç içinde en çok gözetilen ulus kaydı, ayrımcı muamelenin önlenbilmesi gayesiyle ilk olarak uluslararası ticarete ilişkin antlaşmalarda kullanılmıştır. Kaydın uluslararası yatırım antlaşmalarında kullanılmaya başlanması ise 20. yüzyılın ikinci yarısına tekabül etmektedir. Günümüzde yatırım antlaşmalarının çok büyük çoğunluğunda en çok gözetilen ulus kaydına yer verildiği görülmektedir⁶⁵⁶. Hatta doktrinde böyle bir kayıt ihtiva etmeyen yatırım antlaşmaları, “yarısı boş” antlaşmalar biçiminde tasvir edilmektedir⁶⁵⁷. Kaydın yatırım antlaşmalarında bu denli yoğun biçimde kullanılmasının temel amacı, farklı devletlerin tabiiyetinde bulunan yabancı

⁶⁵⁴ Türkiye'nin taraf olduğu ve hâlihazırda yürürlüğe giren ikili yatırım antlaşmalarının tamamında en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına yer verilmiştir.

⁶⁵⁵ Çelikel Aysel/Gelgel Günseli Öztekin, *Yabancılar Hukuku*, Yenilenmiş 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 60.

⁶⁵⁶ Domanski Grzegorz/Swiatkowski Marek, *Application of Most Favoured Nation Clause to Jurisdiction Provisions in Light of the Award in Austrian Airlines v. Slovakia*, *Czech Yearbook of International Law*, pp. 73-92, 2011, s. 74.

⁶⁵⁷ Rodriguez Alejandro Faya, *The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 25(1), Kluwer Law International, pp. 89-102, The Netherlands 2008, s. 89.

yatırımcılar arasında, ev sahibi devlette gerçekleştirilen yatırımlar bakımından, eşit düzeyde rekabet ortamının temin edilmesi şeklinde ortaya konulmaktadır⁶⁵⁸.

En çok gözetilen ulus kaydı antlaşma hukukunda, genellikle iki durumda karşımıza çıkmaktadır. İlk durum ev sahibi devletin yasal düzenlemeleri veya idari uygulamalarına ilişkindir⁶⁵⁹. Ev sahibi devletin bahse konu düzenleme ve uygulamalar marifetiyle üçüncü bir devlet yatırımcısına avantajlı imkânlar tanınması mümkündür. Böyle bir ihtimalde yabancı yatırımcı, tabiiyetinde bulunduğu devlet ile ev sahibi devlet arasında akdedilen yatırım antlaşmasındaki en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak, kendisine de bahse konu imkânların verilmesini talep edebilecektir. Kaydın gündeme gelebileceği bir diğer hâl ise ev sahibi devletin üçüncü devletlerle akdettiği yatırım antlaşmalarıdır. Tabiiyetinde bulunduğu devlet ile ev sahibi devlet arasında bir yatırım antlaşması akdedilen yabancı yatırımcı, ev sahibi devletin üçüncü bir devletle akdettiği bir başka yatırım antlaşmasındaki hükümlerin kendisi bakımından geçerli olmasını istemek suretiyle de en çok gözetilen ulus kaydına başvurabilecektir⁶⁶⁰. Doktrinde izah edilen süreç içindeki ilk yatırım antlaşması “temel yatırım antlaşması”, ikincisi ise “ithal edilen yatırım antlaşması” olarak isimlendirilmektedir⁶⁶¹.

1. Uygulama Alanı

En çok gözetilen ulus kaydının bütün yatırım antlaşmalarında aynı kapsamda kullanıldığından bahsetmek mümkün değildir. Uluslararası antlaşmaların hazırlanması ve akdedilmesi sırasında taraf devletler, her maddeyi münferiden müzakere etmekte ve nihayet menfaatleri doğrultusunda

⁶⁵⁸ Rodriguez, 2008, s. 92.

⁶⁵⁹ OECD, Most-Favored-Nation Treatment In International Investment Law, Working Papers On International Investment, No. 2004/2, September 2004, s. 2.

⁶⁶⁰ Salacuse, 2010, s. 252.

⁶⁶¹ Schill Stephan W., *Multilateralizing Investment Treaties Through Most-Favored-Nation Clauses*, Berkeley Journal of International Law, Vol. 27, No. 2, pp. 496-569, 2009, s. 519 ve 522.

müşterek bir metin üzerinde anlaşmaktadır. Bu itibarla en çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanı da her yatırım antlaşmasına göre farklılık gösterebilmektedir. Kaydın yatırım antlaşmaları bakımından gösterdiği en büyük farklılık, belirli bir konu ile sınırlı olup olmadığı hususunda ortaya çıkmaktadır⁶⁶². Bu çerçevede, özellikle gümrük birliği ve serbest ticaret bölgelerine ilişkin bazı hakların, çoğu devlet tarafından en çok gözetilen ulus kaydından muaf tutulması tercih edilmektedir⁶⁶³.

En çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanı, yatırım antlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü aşamasında da sıklıkla tartışmaya konu olmuştur. Uygulamada en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin hemen tüm uyuşmazlıklar, bir yatırım antlaşmasının diğerine nispetle daha uygun şartlar ihtiva ettiği yönündeki yatırımcı iddialarını konu almaktadır. Bu anlamda en çok gözetilen ulus kaydı, yabancı yatırımcılar tarafından ağırlıklı olarak uygun olan yatırım antlaşmasını tercih etme (treaty shopping) aracı olarak kullanılmaktadır⁶⁶⁴. Bu tercihin temelinde kuşkusuz, en çok gözetilen ulus kaydının diğer koruma standartlarını da ihtiva eden bir kapsama sahip olması bulunmaktadır. Gerçekten de, en çok gözetilen ulus kaydına yer verilen temel yatırım antlaşmasında diğer koruma standartları yer almasa dahi, bu standartların ithal edilen yatırım antlaşmasında bulunması hâlinde, yatırımcı taraf herhangi bir hak kaybına maruz kalmayacaktır. Türkiye ve Pakistan arasındaki İkili Yatırım Antlaşması ve bu

⁶⁶² Aydoğmuş Yasemin, İki Taraflı Yatırım Antlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı, MHB, Y. 29, S. 1-2, ss. 21-84, 2009, s. 22, 23.

⁶⁶³ Salacuse, 2010, s. 252. Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında da en çok gözetilen ulus kaydının bahse konu alanlar itibarıyla sınırlandırıldığı görülmektedir. Sözgelimi Türkiye ile Malezya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında "Bu Antlaşmanın herhangi bir üçüncü Devlet yatırımcılarına izin verileden daha az elverişli olmayan koşulların garanti edilmesiyle ilgili hükümleri bir âkit tarafın diğerinin (âkit tarafın) yatırımcılarına; (a) Âkit taraflardan herhangi birinin taraf olduğu veya olabileceği hâlihazırda yapılmış ya da gelecekte yapılacak gümrük birliği veya serbest ticaret bölgesi, ortak pazar, parasal birlik veya benzeri uluslararası anlaşma veya bölgesel işbirliğinin diğer şekilleri; ya da makul bir zamanın içinde bu tip bir birlik veya bölgenin oluşturulmasına ya da süresinin uzatılmasına öncülük edecek şekilde tasarlanmış bir anlaşmanın kabulü ya da; (b) tamamen ya da esas olarak vergilendirmeye ilişkin herhangi bir uluslararası anlaşma ya da düzenleme veya tamamen ya da esas olarak vergilendirmeye ilişkin herhangi bir dâhili mevzuattan kaynaklanan; herhangi bir muamele, tercih ya da ayrıcalığın faydalarını diğer âkit taraf yatırımcılarına sunmakla yükümlü olduğu olduğu anlamında yorumlanamaz" hükmüne yer verilmiştir. Benzer nitelikteki istisnai hükümlere; Türkiye ile Finlandiya (m. V), Avustralya (m. 4/4) ve Fransa (m. 3/4 ve 5) arasındaki İkili Yatırım Antlaşmalarında da verilmiştir.

⁶⁶⁴ Rodriguez, 2008, s. 90.

antlaşma uyarınca hükme bağlanan *Bayındır* davası, bu tespitin somut örneklerinden biridir. Hakem heyeti, taraflar arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında en çok gözetilen ulus kaydı bulunmasına rağmen, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine yer verilmediğini, bununla birlikte Pakistan devletinin muhtelif Avrupa devletleriyle akdettiği ikili yatırım antlaşmalarında âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine yer verildiğini tespit etmiştir⁶⁶⁵. Heyet bu kapsamda, davacı Türk şirketinin Pakistan ve Türkiye arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında bulunan en çok gözetilen ulus kaydına dayanmak suretiyle âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin kendisi hakkında da tatbik edilmesini talep etmekte haklı olduğuna karar vermiştir⁶⁶⁶.

En çok gözetilen ulus kaydının tatbiki, iki aşamadan oluşan bir mukayese yapılmasını gerektirmektedir. Kaydın uygulanmasında ilk olarak, ev sahibi devletin kayıttan faydalanmak isteyen yabancı yatırımcıya yönelik davranışı ile üçüncü devlet vatandaşı yatırımcıya yönelik davranışının karşılaştırılması gereklidir. Bunun yanında, kaydın uygulanma kabiliyetini haiz olabilmesi için, söz konusu ev sahibi devlet davranışlarının yöneldiği ihtilaf konuları arasında da ayniyet bulunmalıdır. Doktrinde, *ejusdem generis* prensibi olarak tanımlanan bu kural uyarınca, ev sahibi devletin farklılaşan davranışları farklı ihtilaf konularına yönelmiş ise en çok gözetilen ulus kaydının ihlal edildiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır⁶⁶⁷.

Uluslararası antlaşmaların konu ve amaç unsurları itibariyle farklılaşması hâlinde ihtilafların aynı türde olmadığını tespit edebilmek kolaydır. Sözgelimi, bir yatırım antlaşması ile deniz sınırlarının belirlenmesine ilişkin bir antlaşmanın en çok gözetilen ulus kaydı kapsamında mukayeseye

⁶⁶⁵ Âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesine Türkiye ve Pakistan arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasının dibace kısmında yer verilmiştir. Bu itibarla hakem heyetinin izah edilen tespitini haklı bir değerlendirme olarak kabul etmek mümkün olmasa da, kanaatimizce bu tespitin emsal nitelikteki davalar bakımından yol gösterici mahiyet taşıdığı kabul edilmelidir.

⁶⁶⁶ Salacuse, 2010, s. 252, 253.

⁶⁶⁷ Schill, 2009, s. 515.

esas kabul edilemeyeceğine şüphe yoktur⁶⁶⁸. Buna karşılık, birden fazla yatırım antlaşmasının mukayese edilmesi hâlinde ise *ejusdem generis* prensibinin ne şekilde uygulanacağı önemli bir sorun hâline gelmektedir⁶⁶⁹. Konu, esasa ve usule ilişkin meseleler bakımından ayrıma tâbi tutulabilir.

En çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanı itibariyle esasa ilişkin hususları (substantive issues) ihtiva ettiği noktada bir tereddüt bulunmamaktadır. Sözgelimi, ev sahibi devletin bir üçüncü devlet vatandaşı yatırımcıya yönelik vergi muafiyeti veya taşınmaz mülkiyeti edinme hakkı tanınması gibi durumlarda, en çok gözetilen ulus kaydı uyuşmazlığın esasına ilişkin bir alanda işlerlik kazanmış olacaktır⁶⁷⁰. Esasa ilişkin söz konusu hâllerde, *ejusdem generis* prensibi taraflar arasındaki ihtilafın konusu nazara alınarak rahatlıkla tatbik edilebilecektir. Bununla birlikte *ejusdem generis* prensibine ilişkin temel tartışmayı, bu prensibin ve dolayısıyla en çok gözetilen ulus kaydının, genel olarak usul kuralları, özelde ise uyuşmazlık çözüm hükümleri bakımından uygulanabilir olup olmadığı hususu oluşturmaktadır. İçtihat hukuku alanında çelişkili kararların verilmesine yol açan bahse konu mesele, doktrin ve hakem heyetlerinin görüşleri doğrultusunda aşağıda ayrı başlık altında tartışılacaktır.

2. Kaydın Hakem Heyetlerinin Yargılama Yetkisi Üzerindeki Etkisi

En çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanı konusunda üzerinde durulması gerekli temel tartışma, bu kaydın yatırım antlaşmalarındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri kapsayıp kapsamadığı noktasında odaklanmaktadır. Tartışmanın temelinde yer alan soru şu şekilde

⁶⁶⁸ Gaillard Emmanuel, Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause, New York Law Journal, International Arbitration Law, Vol. 233, No. 105, pp. 1-3, June 2, 2005, s. 1. Bkz. <http://www.nylj.com> (ET. 14.07.2011).

⁶⁶⁹ Banifatemi Yas, The Emerging Jurisprudence On The Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration, Investment Treaty Law: Current Issues III (Ed. Andrea Bjorklund/Ian Laird/Sergey Ripinsky), British Institute of International and Comparative Law, pp. 241-273, 2009, s. 246.

⁶⁷⁰ Salacuse, 2010, s. 252, 253.

ortaya konabilir: Acaba en çok gözetilen ulus kaydı ev sahibi devlette yatırım yapan bir yatırımcıya, farklı yatırım antlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarından kendisi için daha uygun olanı tercih etme (forum shopping) hakkı vermekte midir? Bu sorunun cevabı yukarıda ifade edilen *ejusdem generis* prensibinin usul hukuku kuralları bakımından uygulanabilir olup olmadığıyla yakından bağlantılıdır. Bu cevap, eş zamanlı olarak en çok gözetilen ulus kaydının hakem heyetlerinin yargılama yetkisine olan etkisini ortaya koyması bakımından da önem taşımaktadır. Zira aşağıda detayıyla inceleneceği üzere, ev sahibi devletler tarafından, genellikle en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözüm mekanizmasını tercih etme hakkı bahsetmediği ileri sürülmekte ve nihayet hakem heyetlerinin yargılama yetkisine itiraz edilmektedir. İzah edilen çerçevede hakem heyetleri, konunun esasına geçmeden evvel, yargılama yetkilerine ilişkin bahse konu itirazlara cevap aramak durumunda kalmaktadır.

En çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını kapsayıp kapsamadığı sorunu, uluslararası tahkim yargılamasına taşınan çok sayıda uyuşmazlıkta hakem heyetleri tarafından ele alınmıştır. Ne var ki hâlihazırda içtihat hukuku alanında soruna yönelik yeknesak bir çözüm önerisi ortaya konabilmiş değildir. Bununla birlikte Enerji Şartı Antlaşmasının meseleye yaklaşımını mukayeseli bir bakış açısıyla tahlil edebilmek gayesiyle farklı kanaatlerin ortaya konulduğu bazı tahkim kararlarının tetkik edilmesinde fayda görülmektedir.

En çok gözetilen ulus kaydının hakem heyetinin yargılama yetkisi üzerindeki etkisi, ilk olarak *Maffezini* davasında ele alınmıştır. Dava konusu olayda davacı Arjantin vatandaşı Emilio Agustín Maffezini İspanya'da gerçekleştirdiği yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü için Arjantin ve İspanya arasında akdedilen İkili Yatırım Antlaşması hükümlerine dayanarak ICSID tahkimine müracaat etmiştir. Söz konusu İkili Yatırım Antlaşmasında, taraflar arasında meydana gelecek herhangi bir uyuşmazlığın çözümü için evvela İspanya yerel mahkemelerine gidilmesi öngörülmüş, uyuşmazlığın bahse konu yerel mahkemede on sekiz aylık süre

içinde çözülememesi hâlinde ise ICSID'e başvurulabileceği hususu düzenlenmiştir. Davacı taraf iddiasında öncelikle, Şili ve İspanya arasında akdedilen İkili Yatırım Antlaşmasında, yukarıda bahsi geçen türde bir bekleme süresine yer verilmediğini ifade etmiştir. Bunun yanında Arjantin ve İspanya arasında akdedilen İkili Yatırım Antlaşmasında en çok gözetilen ulus kaydının bulunduğunu dile getiren davacı Maffezini, bu kayda istinaden kendisinin de bekleme süresinden muaf tutulması gerektiğini ve bu anlamda doğrudan ICSID'e müracaat imkânına sahip olduğunu ileri sürmüştür. Buna karşılık İspanya ise savunmasında en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözüm hükümlerine yönelik uygulanamayacağını beyan ederek, hakem heyetinin yargılama yetkisine itiraz etmiştir⁶⁷¹.

Hakem heyeti konuya ilişkin ilk değerlendirmesinde, davacının Arjantin ve İspanya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasına mugayir şekilde İspanya yerel mahkemelerine müracaat etmeksizin, doğrudan ICSID'e başvurmasının doğru olmadığına karar vermiştir. Sonraki aşamada söz konusu İkili Yatırım Antlaşmasında en çok gözetilen ulus kaydının bulunduğu değinen heyet, bu kaydın uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri içerip içermediğini tartışmıştır. Hakem heyeti kararında, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü konusunun yatırımların korunmasından ayrı düşünülmemeyeceğini, bu itibarla bahse konu uyuşmazlık çözüm hükümlerinin kural olarak yatırımcıların korunmasına ilişkin hükümlerin ayrılmaz parçası (inextricably related) olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Heyet, bu kuralın ancak üstün bir kamu menfaatinin bulunması veya taraflarca aksinin açıkça kararlaştırılmış olması hâllerinde istisnaya uğrayacağını beyan etmiştir. İzah edilen görüş çerçevesinde hakem heyeti, davacının Şili ve İspanya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında öngörüldüğü şekilde herhangi bir bekleme süresine tâbi olmaksızın doğrudan ICSID'e başvurabileceğine kanaat getirmiş ve davalının yetki itirazını reddetmiştir. Heyet ayrıca Arjantin ve İspanya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında yer verilen en çok gözetilen ulus kaydının,

⁶⁷¹ Bkz. Aydoğmuş, 2009, s. 39, 40. *Maffezini* davasında verilen kararlar aynı istikamette hükme bağlanan diğer tahkim kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğmuş, 2009, s. 45-58.

Antlaşmaya konu tüm hususları (in all matters) ihtiva edecek biçimde kaleme alınmış olmasını, kararının bir diğer gerekçesi olarak ortaya koymuştur⁶⁷².

Maffezini kararındaki tespitler, sonraki aşamada tahkim sürecine taşınan çok sayıda davada benimsenmiştir⁶⁷³. Bununla birlikte tahkim yargılamasına taşınan bazı davalarda ise *Maffezini* kararından daha farklı bir sonuca ulaşıldığı dikkat çekmektedir. ICSID tahkimine konu *Telenor Mobile v. Hungary*⁶⁷⁴ kararı, söz konusu farklı görüşü temsil eden kararlardan birini oluşturmaktadır. Dava konusu olayda, Norveç menşeli Telenor Mobile şirketi davalı Macaristan devletinde gerçekleştirdiği yatırım faaliyetine yönelik söz konusu devlet müdahalesinin kamulaştırma niteliği taşıdığını ileri sürmüştür. Norveç ve Macaristan arasındaki İkili Yatırım Antlaşması hükümleri uyarınca, kamulaştırma durumunda ICSID'in yetkili kılındığını dile getiren davacı şirket, hakem heyetinden somut ihtilaf bakımından yetkili olduğunun tespitini talep etmiştir. Davacı Telenor Mobile, iddiasını eş zamanlı olarak bahse konu yatırım antlaşmasında yer verilen en çok gözetilen ulus kaydına da dayandırmıştır. Davacı şirket bu çerçevede, Macaristan'ın üçüncü devletlerle akdettiği ikili yatırım antlaşmalarında ICSID'in yetkili tayin edildiğini, bu itibarla da hakem heyetinin somut ihtilafta yetkili olduğunu beyan etmiştir. Buna karşılık davalı Macaristan devleti ise savunmasında, somut ihtilaf bakımından Macaristan mahkemelerinin yetkili olduğunu, ayrıca en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözüm hükümlerini içermediğini ifade ederek yetki itirazında bulunmuştur⁶⁷⁵.

Hakem heyeti davaya ilişkin kararını iki farklı temele dayanarak tesis etmiştir. Heyet ilk olarak, ICSID'in Norveç ve Macaristan arasındaki İkili Yatırım Antlaşması uyarınca münhasıran kamulaştırma hâlinde yetkili kılındığını, ne var ki dava konusu olaydaki ev sahibi devlet davranışının

⁶⁷² Aydoğmuş, 2009, s. 43-45.

⁶⁷³ Bkz. Siemens A.G. v. Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, August 3, 2004; Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, August 27, 2008; Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, August 27, 2009.

⁶⁷⁴ Telenor Mobile Communications A.S. and Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, September 13, 2006.

⁶⁷⁵ Aydoğmuş, 2009, s. 65, 66.

kamulaştırma niteliği taşımadığını, bu itibarla Antlaşmadaki bahse konu hüküm uyarınca ICSID'in yetkili olmadığını tespit etmiştir. Hakem heyeti ikinci olarak davacı şirketin en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin iddialarını ele almıştır. Öncelikle taraflar arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında en çok gözetilen ulus kaydına yer verildiğini belirleyen heyet, sonraki aşamada bu kaydın uyuşmazlık çözüm hükümlerini kapsayıp kapsamadığını tahlil etmiştir. Heyete göre en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözüm hükümlerini kapsadığı kabul edilecek olursa, yabancı yatırımcı ev sahibi devletin akdettiği yatırım antlaşmalarının sayısı kadar farklı *forum shopping* seçeneğine sahip olacaktır. Böylesi bir sonuca ancak taraf devletlerin antlaşmada açıkça beyan etmeleri hâlinde ulaşılabileceğini dile getiren hakem heyeti, Norveç ve Macaristan arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında bu türden bir açıklığın bulunmadığını tespit etmiştir. Dolayısıyla hakem heyeti, somut ihtilafta yargılama yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir⁶⁷⁶.

En çok gözetilen ulus kaydının, uyuşmazlık çözüm hükümlerini kapsayıp kapsamadığı noktasında hakem heyetleri tarafından farklı kanaatlere ulaşıldığı görülmektedir. Bu farklılaşma doktrinde muhtelif gerekçelere dayandırılmaktadır. *Fietta*, yeknesak bir görüşün bulunmamasının, yatırım antlaşmalarında en çok gözetilen ulus kaydının düzenlenme biçimiyle bağlantılı olduğunu ifade etmektedir⁶⁷⁷. Yazar, Arjantin ve İspanya arasında akdedilen İkili Yatırım Antlaşmasında yer verilen en çok gözetilen ulus kaydının Antlaşmaya konu "tüm hususlar"ı ihtiva edecek biçimde kaleme alındığını, bu itibarla hakem heyetinin *Maffezini* kararında kaydın uyuşmazlık çözüm hükümlerini de kapsadığına kanaat getirdiğini ifade etmektedir. Yazara göre, diğer davalardaki ikili yatırım antlaşmalarında en çok gözetilen ulus kaydının çok daha dar biçimde kaleme alınması, hakem

⁶⁷⁶ Aydoğmuş, 2009, s. 67, 68. *Telenor Mobile* davasında verilen kararlar aynı istikamette hükme bağlanan diğer tahkim kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğmuş, 2009, s. 58-73. Ayrıca *Telenor Mobile* davasında kamulaştırma iddiasının dayanağını teşkil eden ev sahibi devlet eylemleri hakkında bilgi için bkz. <http://italaw.com/documents/SummaryofTelenorvHungaryAward.DOC> (ET. 16.07.2011).

⁶⁷⁷ Fietta Stephen, Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?, *International Arbitration Law Review (IALR)*, Issue 4, Sweet and Maxwell, pp. 131-138, 2005, s. 133.

heyetlerinin farklı neticeye ulaşmalarına zemin hazırlamıştır. Buna karşılık *Friedland* ise hakem heyetlerinin kararları arasındaki farklılaşmanın yatırım antlaşmalarındaki hükümlerin yazımından değil, uyuşmazlıkların niteliğinden kaynaklandığını ileri sürmektedir. Yazar, aksi taraflar arasındaki yatırım antlaşmasında açıkça beyan edilmediği sürece, en çok gözetilen ulus kaydının kural olarak uyuşmazlık çözüm hükümlerine yönelik olarak genişletilemeyeceğini ifade etmektedir. Yazara göre bu kuralın istisnasını bekleme süresi ve öncelikle yerel mahkemelere müracaat durumu oluşturmaktadır. Bir diğer ifadeyle yazara göre, kural olarak en çok gözetilen ulus kaydının yabancı yatırımcılar tarafından *forum shopping* amacıyla kullanılması mümkün değildir. Bu kayıt ancak, öncelikle yerel mahkemeye müracaat etme yükümlülüğü ve bekleme süresinden muaf olma amacıyla kullanılabilir. Neticede, *Maffezini* davasındaki uyuşmazlığın bahse konu istisnai hâllerden kaynaklandığını belirten *Friedland*, hakem heyetinin kararının bu gerekçe ışığında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶⁷⁸.

İncelenen tahkim kararları ve doktrindeki tartışmalardan, en çok gözetilen ulus kaydının hakem heyetlerinin yargılama yetkisi üzerinde ne derece kuvvetli bir etkiye sahip olduğu görülmektedir. Yukarıda tespit edildiği üzere, sorunun çözümü en çok gözetilen ulus kaydının kapsamının tayiniyle doğrudan bağlantılıdır. Kanaatimizce, bu noktada öncelikle yatırım antlaşmasına taraf olan devletlerin iradesinden hareket edilmelidir. Taraf devletlerce yatırım antlaşmasında en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözüm hükümlerini de kapsadığı açıkça belirtilmiş ise⁶⁷⁹, hakem heyetlerinin kaydı geniş yorumlamaları gerektiği noktasında tereddüt bulunmamaktadır. Yatırım antlaşmalarında böyle bir açıklık bulunmuyor ise *Maffezini* davasında olduğu gibi antlaşmadaki başkaca hükümlerden yola çıkılarak neticeye

⁶⁷⁸ Friedland Paul D., The Scope of Most Favoured Nation Treatment under the Energy Charter Treaty, Investment Protection and The Energy Charter Treaty (Ed. Graham Coop/Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 101-155, New York 2008, s. 108, 113 ve 114.

⁶⁷⁹ Büyük Britanya ve Türkmenistan arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasının 3(1) ve 3(3) maddelerinde açıkça, en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözüm hükümlerini de kapsadığı belirtilmiştir. Bkz. Friedland, 2006, s. 102, 103 ve dn. 4. Buna karşılık ABD'nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarının müzakere geçmişinde ise tam tersi bir yaklaşım sergilenerek, en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözüm hükümlerini kapsamadığı ve özellikle *Maffezini* davasında benimsenen anlayışın kabul edilmediği açıkça ifade edilmektedir. Bkz. Friedland, 2006, s. 103, 104 ve dn. 5.

varılması, kanaatimizce taraf iradelerinin göz ardı edilmesi neticesini doğuracaktır. Zira hakem heyetlerinin taraf devletlerin iradesine mugayir bir düzenlemeyi veya genişlemeyi kabul etmek gibi bir görevinin bulunduğu bahsedebilmek mümkün değildir. İzah edilen çerçevede *Friedland* tarafından dile getirilen, aksi antlaşmada açıkça belirtilmediği sürece en çok gözetilen ulus kaydının kural olarak uyuşmazlık çözüm hükümlerine yönelik genişletilemeyeceği, ne var ki öncelikle yerel mahkemeye müracaat yükümlülüğü ve bekleme süresinin bu kuraldan müstesna olduğu yönündeki değerlendirme bizce de makuldür. Ancak bu noktadaki istisnanın, “öncelikle” yerel mahkemeye müracaat yükümlülüğü öngörülen hâllerde uygulanmasına dikkat edilmelidir. Bir diğer ifadeyle istisnanın uygulanabilmesi için, ilgili yatırım antlaşmasında taraf devletlere yerel mahkemeye müracaat aşamasından sonra, uluslararası tahkime başvurma imkânının verilmiş olması şarttır. Yatırım antlaşmasında taraf devletlere “münhasıran” yerel mahkemeye müracaat yükümlülüğü getirilmiş ise bu durumda kuralın uygulanmasına devam edilmelidir. Zira aksi bir yorumun kabulü, en çok gözetilen ulus kaydının *forum shopping* amacıyla kullanılmasına izin verildiği anlamına gelecektir.

3. Değerlendirme

Enerji Şartı Antlaşmasında en çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanı net biçimde belirlenmemiştir. Keza Nihai Senet hükümlerinde de konuya ilişkin açıklayıcı bir bilgiye yer verilmiş değildir. Üstelik milli muamele kaydından farklı olarak, hâlihazırda en çok gözetilen ulus kaydına istinaden tesis edilmiş bir tahkim kararı da bulunmamaktadır⁶⁸⁰. Bu itibarla kaydın uygulama alanının belirlenmesi ve hakem heyetlerinin yargılama yetkisine

⁶⁸⁰ Her ne kadar *Plama* kararında en çok gözetilen ulus kaydının hakem heyetinin yargılama yetkisine olan etkisi yoğun bir biçimde tartışılmış ise de, bu tartışma bütünüyle GKRY ve Bulgaristan arasındaki İkili Yatırım Antlaşması üzerinde yürütülmüştür.

ilişkin etkisinin tespit edilmesi, Enerji Şartı Antlaşması kapsamında ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından önem taşımaktadır.

Kanaatimizce, kaydın uygulama alanına ilişkin olarak, yukarıda detayıyla ele alınan *ejusdem generis* prensibi, Enerji Şartı Antlaşması bakımından da geçerlidir. Bir diğer ifadeyle Antlaşma kapsamında en çok gözetilen ulus kaydının uygulanabilmesi için mukayeseye esas kabul edilen ihtilaf konuları arasında ayniyet bulunmalıdır. Esasa ilişkin konularda (substantive issues) bu ayniyetin tespiti kolay olmakla birlikte, *ejusdem generis* prensibinin usul hukukuna dair konularda ne şekilde uygulanacağı belirsizdir. Konuya ilişkin temel sorun, en çok gözetilen ulus kaydının Enerji Şartı Antlaşması bakımından uyuşmazlık çözüm hükümlerini kapsayıp kapsamadığı noktasında odaklanmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, en çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanı belirlenirken evvela taraf devletlerin ilgili yatırım antlaşmasına yansıttıkları iradeye öncelik verilmelidir. Bir diğer ifadeyle ilgili yatırım antlaşmasında açıkça beyan edilmediği sürece, kural olarak kaydın uyuşmazlık çözüm hükümlerini içermediği tespit edilmeli, ne var ki öncelikle yerel mahkemeye müracaat yükümlülüğü ve bekleme süresi ise bu kuraldan müstesna tutulmalıdır. Bu tespitten hareketle, Antlaşmanın 10(7) maddesinde en çok gözetilen ulus kaydının son derece yalın biçimde kaleme alındığı görülmektedir. Yani söz konusu madde metninden Antlaşmaya taraf olan devletlerin kaydın kapsamını uyuşmazlık çözüm hükümlerini içerecek biçimde belirlediklerini ifade edebilmek mümkün değildir. O hâlde yukarıda zikredilen kuralın Enerji Şartı Antlaşması bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir. İzah edilen çerçevede, yatırımcıların Enerji Şartı Antlaşmasındaki en çok gözetilen ulus kaydından hareketle, sözgelimi ICSID veya SCC tahkimi yerine ICC tahkimine müracaat etmeleri mümkün olmayacaktır⁶⁸¹. Bununla birlikte konunun tam olarak açıklığa kavuşturulabilmesi için, istisnai durumların Enerji Şartı Antlaşması bakımından bir anlamının bulunup bulunmadığı da tetkik edilmelidir.

⁶⁸¹ Friedland, 2006, s. 114.

En çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözüm hükümlerini içermediği kuralının ilk istisnasını, uluslararası tahkime gidilmeden önce ev sahibi devletin yerel mahkemelerine müracaat yükümlülüğü oluşturmaktadır. Enerji Şartı Antlaşmasının uyuşmazlık çözüm yöntemini düzenleyen 26. maddesi⁶⁸² tahlil edildiğinde, Antlaşmanın uluslararası tahkime gidilebilmesi için öncelikle yerel mahkemelere müracaat edilmesi veya iç hukuk yollarının tüketilmesi gibi bir ön şarta yer vermediği görülmektedir. Bu itibarla bahse konu istisnanın Enerji Şartı Antlaşması bakımından bir anlam taşımadığını ifade etmek mümkündür. Kuralın diğer istisnasını ise uluslararası tahkime gidilmeden önce uzlaşma veya başka bir gerekçeyle belirli bir süre bekleme yükümlülüğü teşkil etmektedir. Enerji Şartı Antlaşmasının 26. maddesinde belirtilen hususa ilişkin önemli bir hükme yer verilmiştir. Bu hükme göre uyuşmazlık taraflarının uluslararası tahkime müracaat edebilmeleri için üç aylık süre zarfında uzlaşma zemini sağlayamamış olmaları gereklidir. Bu çerçevede ev sahibi devletin üçüncü bir devletle akdettiği yatırım antlaşmasında bekleme süresine yer verilmiş değil ise yatırımcıların Enerji Şartı Antlaşmasındaki en çok gözetilen ulus kaydına istinaden üç aylık uzlaşma süresine tâbi olmaksızın uluslararası tahkime müracaat etmesi mümkün olabilecektir⁶⁸³.

⁶⁸² Enerji Şartı Antlaşmasının 26(1) ve (2) maddesinde;

(1) III. Bölüm kapsamında, bir Antlaşma tarafı yatırımcısının, diğer Antlaşma tarafı alanında yaptığı yatırımla ilgili olarak, alanında yatırım yapılan Antlaşma tarafının yükümlülüklerinin ihlalden doğacak uyuşmazlıklar, mümkünse, karşılıklı iyi niyetle çözülecektir.

(2) Antlaşma taraflarından herhangi birinin iyi niyetli çözüm önerisini yaptığı günden itibaren üç ay içerisinde, uyuşmazlığa Paragraf (1)'de ifade edildiği şekilde çözüm bulunamadığı takdirde, yatırımcı taraf uyuşmazlığın çözümü için,

(a) Uyuşmazlığa düştüğü Antlaşma tarafının mahkemelerine veya idari makamlarına başvurabilir,

(b) Daha önceden kabul edilmiş herhangi bir uyuşmazlık çözüm prosedürüne başvurabilir veya

(c) Bu Maddenin aşağıdaki paragrafları kapsamında çözüm arayabilir hükmüne yer verilmiştir. Enerji Şartı Antlaşmasının 26(4) maddesinde ise yatırımcının 26(2)(c) maddesinde öngörülen imkânı tercih etmesi halinde, uyuşmazlığın çözümü için ICSID, ICSID İlave İmkân Kuralları, UNCITRAL veya SCC tahkimine başvurulmasını kabul ettiğini yazılı olarak belirteceği hükme bağlanmıştır.

⁶⁸³ Friedland, 2006, s. 114.

IV. HAKSIZ KAMULAŞTIRMANIN ÖNLENMESİ İLKESİ

Tarihsel süreç içinde yabancı yatırım akışının başlamasından günümüze kadar, yabancı yatırımlar için mevcut olan en büyük tehdit, bu yatırımların ev sahibi devlet tarafından hiçbir haklı sebep olmaksızın kamulaştırılması ve onların mülkiyet haklarının ihlal edilmesidir⁶⁸⁴. Bu çerçevede, uluslararası yatırım hukukunda yatırımların korunması konusunda kabul edilen en önemli standartlardan birisi, yabancı yatırımların ev sahibi devlet tarafından haksız kamulaştırılmasının önlenmesidir.

Kamulaştırma, uluslararası hukukta esas itibariyle hukuka aykırı bir devlet faaliyeti olarak tanımlanmamaktadır. Tam tersine, prensip olarak devletin hem kendi vatandaşlarının hem de yabancıların mal varlığını kamulaştırabileceği kabul edilmektedir. Bu prensip, hiç kuşkusuz devletin kendi toprakları üzerinde sahip olduğu egemenlik hakkından ileri gelmektedir. Ne var ki kamulaştırmaya konu işlemin hukuka uygun bir kimlik kazanabilmesi için, uluslararası hukukta genel kabul gören bazı önemli şartları taşıması gerekmektedir⁶⁸⁵.

Kamulaştırma kavramı, uluslararası hukukta ilk defa 1962 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen “Doğal Kaynaklar Üzerindeki Sürekli Egemenlik” başlıklı kararda⁶⁸⁶ gündeme gelmiştir. Söz konusu kararda, öncelikle devletlerin doğal zenginlik ve kaynakları üzerinde egemenlik hakkına sahip oldukları vurgulanmış, daha sonra kamulaştırma, devletleştirme ve el koyma işlemlerine yer verilmiştir. Karara göre, bahsi geçen işlemler ancak kamu yararı, kamu güvenliği veya milli menfaatlerin gerektirdiği durumlarda ve uygun miktarda tazminat verilmek suretiyle

⁶⁸⁴ Tiryakioğlu, 2001, s. 169.

⁶⁸⁵ Schreuer Christoph H., The Concept of Expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty (Ed. Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 108-159, New York 2006, s. 109.

⁶⁸⁶ UN General Assembly Resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, “Permanent Sovereignty Over Natural Resources”. Bkz. <http://www2.ohchr.org/english/law/resources.htm> (ET. 18.07.2011).

gerçekleştirilebilir⁶⁸⁷. Belirtilen vasıflardan birinin yokluğu hâlinde, yapılan kamulaştırmanın hukuka uygun olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun yukarıda bahsi geçen kararının yatırım antlaşması hukukunda önemli etkisinin bulunduğunu ifade edilebilir. Hemen tüm ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında, kamulaştırmanın önlenmesi prensibi, hâkim bir koruma standardı olarak yer almaktadır⁶⁸⁸. Benzer şekilde, Enerji Şartı Antlaşmasında da yabancı yatırımın ev sahibi devlet tarafından kamulaştırmasına veya devletleştirilmesine engel olmak üzere kapsamlı bir koruma tedbiri kabul edilmiştir.

Doktrinde bazı yazarlarca kamulaştırma (expropriation) ve devletleştirme⁶⁸⁹ (nationalization) kavramları arasında farklılıklar meydana getirilmiştir. Sözgelimi, *Sornarajah* yatırımcının ev sahibi devlette yer alan tüm varlık değerlerine el konulmasını “devletleştirme” kavramıyla ifade etmektedir. Yazar, ev sahibi devletin yatırımcının belirli bir yatırımına el koymasını ise “kamulaştırma” olarak isimlendirmektedir⁶⁹⁰. Benzer şekilde *Tiryakioğlu*'na göre de, devletleştirme “geniş kapsamlı” olması hasebiyle kamulaştırmadan ayrılmaktadır⁶⁹¹. Bununla birlikte, yatırım antlaşmalarında, doktrindeki söz konusu ayırımın benimsenmediğini söyleyebiliriz⁶⁹². Esasında ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında da “kamulaştırma” ve

⁶⁸⁷ Baklacı Pınar, *Uluslararası Yatırımlarda “Dolaylı Kamulaştırma” ve Düzenleyici Yetkiler*, MHB, Y. 28, S. 1-2, ss. 1-25, 2008, s. 6.

⁶⁸⁸ Bkz. NAFTA m. 1110, ASEAN m. 14, COMESA m. 3(a), (b) ve 4, MAI IV. Investment Protection m. 2. “Kamulaştırmanın önlenmesi” ilkesine, Türkiye'nin taraf olduğu tüm ikili yatırım antlaşmalarında da yer verilmiştir. Örnek olarak bkz. Türkiye ile Katar (m. III), Slovenya (m. 4), Ukrayna (m. III), Yunanistan (m. IV), ABD (m. III), Büyük Britanya (m. 5), İsviçre (m. 5) ve Macaristan (m. 4) arasında imzalanan İkili Yatırım Antlaşmaları.

⁶⁸⁹ Doktrinde bazı yazarlar tarafından “devletleştirme” ibaresi yerine “millileştirme” ibaresi kullanılmaktadır. Bkz. *Tiryakioğlu*, 2003, s. 189 vd.. Bununla birlikte çalışmamızda Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında kullanılan genel terminolojiye sadık kalınarak, “devletleştirme” ibaresinin kullanılması tercih edilmiştir.

⁶⁹⁰ *Sornarajah*, 2011, s. 365.

⁶⁹¹ *Tiryakioğlu*, 2003, s. 189. Yazara göre; “Millileştirmede bir ülkenin ekonomik yapısının kısmen veya tamamen reformu amaçlanmaktadır ve bu amaçla ekonominin bir sektörünün, idari veya yasal tedbirlerle yabancıların mülkiyetinden çıkarılması söz konusudur. Yabancıların elinde bulunan bütün petrol şirketlerinin veya bankaların mülkiyetine el atılması en tipik millileştirme örnekleridir. Millileştirme, genellikle, ekonomik ve politik tercihlerle yapılmaktadır ve biçimsel olarak idari veya yasal bir düzenleme sonucu gerçekleştirilmektedir”. Yazar “kamulaştırma” kavramının belirleyici unsurunu ise “münferit olma” şeklinde ortaya koymuştur. Bkz. *Tiryakioğlu*, 2003, s. 188, 189.

⁶⁹² *Dolzer/Stevens*, 1995, s. 99.

“devletleştirme” kavramlarının beraberce kullanılması tercih edilmektedir. Ancak bu tercihin temelinde, söz konusu kavramların farklı anlam taşımaları değil, antlaşmaların uygulama alanının daraltılmaması düşüncesi bulunmaktadır. Aynı anlayış Enerji Şartı Antlaşması bakımından da geçerlidir. Antlaşmanın 13(1) maddesinde, “kamulaştırma” ve “devletleştirme” kavramları beraberce kullanılarak, taraf devletlerin ulusal mevzuatında farklı ibarelerin kullanılmasından kaynaklanan muhtemel kavram kargaşalarına engel olmak ve bu suretle mülkiyet hakkının korunmasına yönelik etkili bir koruma tedbiri geliştirilmek istenmiştir. Bahsi geçen maddede; “Taraf devletlerden birinin alanında yatırım yapan diğer taraf devletin yatırımcısının yatırımı kamulaştırılmaz, devletleştirilemez, kamulaştırma ya da devletleştirmeye eş etkili sonuçlar doğuran tedbir yahut tedbirlere (bundan sonra Kamulaştırma olarak anılacaktır) maruz bırakılmaz” hükmüne yer verilmiştir.

A. Uluslararası Yatırım Hukukunda Kabul Edilen Kamulaştırma Türleri

1. Doğrudan Kamulaştırma

Doğrudan kamulaştırma (direct expropriation), yatırımcının ev sahibi devletteki yatırımlarına ilişkin mülkiyet hakkından, bu devletin üstün egemenlik gücünden kaynaklanan yetkilerini kullanması suretiyle mahrum bırakılmasıdır⁶⁹³. Söz konusu tanım çerçevesinde doğrudan kamulaştırmanın varlığından bahsedebilmek için öncelikle mülkiyet hakkından mahrum bırakma neticesini doğuran eylemin, bizatihi ev sahibi devlet tarafından gerçekleştirilmesi gereklidir. Sözelimi, ev sahibi devlette bulunan yabancı yatırımcıya ait bir fabrikaya işçiler tarafından el konulması şeklinde gelişen bir olayda kamulaştırmanın varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır⁶⁹⁴. Doğrudan kamulaştırma olgusunun varlığına delalet eden ikinci unsur ise

⁶⁹³ Energy Charter Secretariat, Expropriation Regime under the Energy Charter Treaty, 2012, s. 9.

⁶⁹⁴ Salacuse, 2010, s. 290.

yabancı yatırıma yönelik mülkiyet hakkının (legal title) ev sahibi devlet tüzel kişiliğine veya bu tüzel kişiliğin altında yer alan kamu otoritelerinden birine devredilmesi oluşturmaktadır. Bu itibarla doğrudan kamulaştırmanın, maddi mal varlığı değerlerini oluşturan yatırımlara yönelik gerçekleştirildiğini ifade edebilmek mümkündür.

İçtihat hukuku alanında doğrudan kamulaştırma konusunun tartışıldığı az sayıdaki uyuşmazlıktan biri, İsveçli bir yatırımcı olan SwemBalt ile Letonya⁶⁹⁵ devleti arasında yaşanmıştır. Dava konusu olay, Letonya devletinin yatırımcı tarafın sahip olduğu gemilere el koyması ve akabinde bu gemileri açık artırma yoluyla sattırması üzerine ortaya çıkmıştır. Yatırımcı taraf, davalı devletin İsveç ve Letonya arasında akdedilen İkili Yatırım Antlaşmasını ihlal ettiği gerekçesiyle uluslararası tahkime müracaat etmiştir. Hakem heyeti konuya ilişkin kararında öncelikle, davalı Letonya devletinin davacı tarafın gemisine el koyduğunu, davacı tarafı bu gemiyi kullanma hakkından mahrum bıraktığını ve açık artırma yoluyla sattığını tespit etmiştir. Bahse konu eylemlerin “doğrudan kamulaştırma” teşkil ettiğine karar veren hakem heyeti, davalı devletin 2,5 milyon ABD Doları tutarında tazminat ödemesine hükmetmiştir. Heyet, İsveç ve Letonya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasının kamulaştırmanın önlenmesine ilişkin 4(1) maddesinin ihlal edilmiş olmasını kararının gerekçesi olarak ortaya koymuştur⁶⁹⁶.

2. Dolaylı Kamulaştırma

Uluslararası hukuk uygulamasında, ev sahibi devletler tarafından doğrudan kamulaştırma yoluna nadiren müracaat edildiği görülmektedir. Zira böylesi sert kabul edilebilecek bir tedbire başvurmak, yabancı yatırımcılar nezdinde ev sahibi devletin kötü bir nâma sahip olmasına yol açabilecek ve söz konusu devletin yatırım ortamı bu durumdan olumsuz yönde

⁶⁹⁵ SwemBalt AB v. The Republic of Latvia, UNCITRAL Arbitration, Award, October 23, 2000.

⁶⁹⁶ SwemBalt AB v. The Republic of Latvia, Award, Para. 38, 39; Salacuse, 2010, s. 296.

etkilenecektir⁶⁹⁷. Bu itibarla ev sahibi devletler tarafından, genellikle yabancı yatırıma yönelik mülkiyet hakkına dokunulmaması, ne var ki yatırımcının bu hakkını etkin biçimde kullanmasına engel olmaya matuf bazı tedbirlere müracaat edilmesi tercih edilmektedir. Doktrinde ve içtihat hukuku alanında dolaylı kamulaştırma (indirect expropriation) olarak isimlendirilen bahse konu tedbirler, yatırımcının yatırımdan kaynaklanan mülkiyet hakkını kullanma veya ondan faydalanma kapasitesini azaltan bir nitelik taşımaktadır⁶⁹⁸. Bunun yanında dolaylı kamulaştırmanın varlığından bahsedebilmek için ortaya çıkan yatırımcı zararı ile ev sahibi devletin uygulamaya koyduğu tedbirler arasında illiyet bağının bulunması da gereklidir⁶⁹⁹.

İkili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarının çoğunda dolaylı kamulaştırma kavramına yer verildiği görülmektedir⁷⁰⁰. Bazı yatırım antlaşmalarında ise bu kavram ismen zikredilmemekte, kamulaştırma veya devletleştirmeye “aynı etkiyi doğuran” işlemlerden söz edilmektedir. Enerji Şartı Antlaşmasında da doğrudan ve dolaylı kamulaştırma şeklinde bir ayrıma yer verilmemiştir. Ancak Antlaşmanın 13(1) maddesiyle taraf devletler, kamulaştırma veya devletleştirmeye “eş etkili sonuç doğuran tedbirler” almaktan men edilmiştir. Madde metninde söz konusu ibarenin

⁶⁹⁷ Schreuer, 2006, s. 111.

⁶⁹⁸ Salacuse, 2010, s. 298.

⁶⁹⁹ Altıntaş M. Ayhan, Uluslararası Yatırımların Korunması Temel Uyuşmazlıklar ve Tahkim Kurulları, Dünya ve Uluslararası Hukukun Gerçekleri ve Türkiye’deki Egemenlik ve Uluslararası Tahkim Tartışmaları Üzerine, Hazine Dergisi, S. 10, ss. 1-40, Nisan 1998, s. 9.

⁷⁰⁰ Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında doğrudan kamulaştırmanın yanı sıra dolaylı kamulaştırma olgusuna da yer verilmiştir. Antlaşmaların büyük çoğunluğunda bu husus, öncelikle “doğrudan” ve “dolaylı” kamulaştırma ibarelerinin kullanılması suretiyle vurgulanmış, bunun yanında herhangi bir tereddüde mahal vermemek adına “eş etkili tedbirlerden” de bahsedilmiştir. Sözgelimi, Türkiye ile ABD arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında; “Yatırımlar...dolaylı veya doğrudan doğruya kamulaştırılmayacak veya devletleştirilmeyecek veya kamulaştırma veya devletleştirmeye (kamulaştırma) eşit işlemlere tabi tutulmayacaktır” hükmüne yer verilmiştir (m. III/1). Bazı antlaşmalarda ise “dolaylı kamulaştırma” ibaresine yer verilmeksizin, sadece “eş etkili tedbirlerden” bahsedilmiştir. Sözgelimi Türkiye ile Slovenya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında; “Bir âkit taraf yatırımcıları tarafından diğer âkit taraf ülkesinde yapılan yatırımlar,..., kamulaştırılmayacak, devletleştirilmeyecek veya kamulaştırma ya da devletleştirmeye (bundan sonra "kamulaştırma" olarak anılacaktır) benzer etkisi olan tedbirlere konu edilmeyecektir” hükmüne yer verilmiştir (m. 4/1). Bununla birlikte bazı antlaşmalarda ise ne “dolaylı kamulaştırma” ne de “eş etkili tedbirler” ifadelerine yer verilmiş, bunun yerine bahse konu ibarelerin anlamının açıklanması tercih edilmiştir. Sözgelimi, Türkiye İtalya arasındaki ikili yatırım antlaşmasında aynen “Bu Anlaşma kapsamındaki yatırımlar...ortak mülkiyetlerini, zilyetliğini, kontrol ya da kullanımını devamlı ya da geçici olarak sınırlandırabilecek herhangi bir tasarrufa maruz bırakılmayacaklardır” hükmüne yer verilmiştir (m. 5/1/a).

kullanılmış olması, kanaatimizce, Antlaşmanın dolaylı kamulaştırma sonucunu doğuran işlemleri de yasakladığı neticesine ulaşabilmek için yeterlidir⁷⁰¹. Bu itibarla Enerji Şartı Antlaşması bakımından kamulaştırmanın önlenmesi ilkesinin tahlili için içtihat hukuku alanında dolaylı kamulaştırma olarak nitelenen ev sahibi devlet tasarruflarının tetkik edilmesi önem taşımaktadır.

a. İçtihat Hukuku Alanında Benimsenen Kriterler

Hakem heyetleri, bir ev sahibi devlet tasarrufunun dolaylı kamulaştırma niteliği taşıyıp taşımadığını incelerken iki farklı kriterden hareket etmektedir. Bu çerçevede, öncelikle ev sahibi devlet tasarrufunun yatırımcıyı yatırımı kullanma kapasitesinden veya yatırımdan elde etmeyi beklediği menfaatten esaslı biçimde mahrum bırakıp bırakmadığı tetkik edilmektedir. Bunun yanında ev sahibi devlet tasarrufunun süreklilik arz edip etmediği hususu, hakem heyetlerince incelenen bir diğer unsur oluşturmaktadır.

i. Esaslı Mahrumiyet Kriteri

Tahkim yargılamasında hakem heyetleri tarafından, yatırımcıyı yatırımı kullanma kapasitesinden veya yatırımdan elde etmeyi beklediği menfaatten “esaslı biçimde” mahrum bırakan (substantial deprivity) ev sahibi devlet tasarruflarının, dolaylı kamulaştırmaya sebebiyet vereceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede belirtilen etkiyi doğurmayan ev sahibi devlet tasarrufları bakımından, yatırımcının, eğer ilgili yatırım antlaşmasında öngörülmüş ise, diğer koruma tedbirlerinden istifade edebileceği kabul edilmektedir.

⁷⁰¹ Aynı kanaatin ikili yatırım antlaşmaları bakımından da geçerli olduğuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 290; Dolzer/Stevens, 1995, s. 99.

Esaslı mahrumiyet kriterinin tartışıldığı uyuşmazlıklardan birini *Biloune v. Ghana*⁷⁰² davası oluşturmaktadır. Dava konusu olayda, Gana devletinde bir otel yapım işiyle ilgili olarak MDCL unvanlı yerel şirketle ortaklık yapan Bay Biloune, yatırım faaliyetinin önemli bir bölümünü tamamladıktan sonra davalı devletin güvenlik güçleri tarafından tutuklanmış ve akabinde sınır dışı edilmiştir. Bunun üzerine davacı taraf, davalı devletçe yatırımına yönelik dolaylı kamulaştırma yapıldığı iddiasıyla uluslararası tahkime müracaat etmiştir. Hakem heyeti konuya ilişkin kararında, öncelikle yatırım faaliyetinin Bay Biloune tarafından geliştirildiğini, yönetildiğini ve finanse edildiğini belirlemiştir. Adı geçen kişinin sınır dışı edilmesinin MDCL şirketinin yatırım projesine devam etmesine esaslı biçimde engel olduğunu tespit eden heyet, somut uyuşmazlıkta Gana devletince dolaylı kamulaştırma yapıldığı kanaatine ulaşmıştır⁷⁰³. Görüldüğü üzere hakem heyeti kararında, yatırıma ilişkin mülkiyet hakkına yönelik bir müdahaleden ziyade, yatırımcının yatırımı kullanma kapasitesinin ve yatırımdan elde etmeyi beklediği menfaatin önemli ölçüde azaldığı noktasından hareket etmiştir.

Tahkim yargılamasında, tutuklama ve sınır dışı etme tedbiri dışındaki bazı hâllerde de esaslı mahrumiyet hâlinin gündeme gelebileceği ifade edilmektedir. Ev sahibi devlet tarafından, yatırımın yönetim yetkisinin yatırımcı dışında bir kişi veya kuruluşa tevdi edilmesi, bu hâllerden birini teşkil etmektedir. Sözgelimi, *Starrett Housing v. Iran*⁷⁰⁴ davasına konu olayda, davalı devlet, mülkiyete yönelik bir müdahalede bulunmaksızın, yatırımın yönetiminin başına geçici müdür (temporaray manager) atamıştır. Hakem heyeti, ev sahibi devletin, yatırımcının mülkiyet hakkına müdahale etmese dahi, almış olduğu tedbirle yatırımcıyı bu hakkın kullanımından esaslı biçimde mahrum bırakmış olmasını dolaylı kamulaştırma olarak

⁷⁰² Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, UNCITRAL, Award, June 30, 1990.

⁷⁰³ Schreuer, 2006, s. 116, 117.

⁷⁰⁴ Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc, Starrett Housing International, Inc v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Omran, Bank Mellat Interlocutory, Iran-US Claims Tribunal, Case No. 24, Award No. 32-24-1, December 19, 1983.

yorumlamıştır. Benzer şekilde, *Tippetts v. Iran*⁷⁰⁵ davasında görevli hakem heyeti tarafından da, ev sahibi devletçe yatırıma geçici müdür atanması tasarrufu, dolaylı kamulaştırma olarak değerlendirilmiştir⁷⁰⁶.

Esaslı mahrumiyet kriteri çerçevesinde dolaylı kamulaştırma sonucunu doğuran bir diğer ev sahibi devlet tasarrufu ise idari izinler konusunda yaşanmıştır. Yatırımcının yatırım sürecinin başında sahip olduğu idari izinlerin, sonradan ev sahibi devletin tek taraflı iradesiyle ve haklı bir gerekçe olmaksızın geri alınması veya yatırımcıya başlangıçta verileceği taahhüt edilen izinlerin verilmemesi gibi tasarruflar, muhtelif hakem heyetleri tarafından yatırımın dolaylı kamulaştırması olarak addedilmiştir. Sözgelimi, *Goetz v. Brundi*⁷⁰⁷ davasında ev sahibi devlet, yatırımın mülkiyetine herhangi bir müdahalede bulunmaksızın, davacı şirketin sahip olduğu serbest ticaret bölgesi iznini iptal etmiştir. Hakem heyeti kararında, bahse konu iznin iptalinin yatırımcıyı bütün faaliyetlerini durdurmaya zorlamak anlamına geldiğini tespit etmiştir. Böyle bir zorlamanın, yatırımcıyı yatırımı kullanma kapasitesinden ve yatırımdan elde etmeyi beklediği menfaatten esaslı biçimde mahrum kılacağını işaret eden heyet, söz konusu ev sahibi devlet tasarrufunu dolaylı kamulaştırma olarak yorumlamıştır⁷⁰⁸.

İdari izinlerin dolaylı kamulaştırmaya konu edilip edilmeyeceği meselesi, *Metalclad* davasında da tartışılmıştır. Davaya konu olayda, yatırım sürecinin başında, davalı Meksika devleti tarafından davacı şirkete ihtiyaç duyacağı izinlerin verileceği konusunda taahhütte bulunulmuş, buna rağmen sonraki aşamada inşaat yapım izninin verilmesinden imtina edilmiştir. Hakem heyeti konuya ilişkin kararında, kamulaştırma kavramının ev sahibi devletin sadece mülkiyet hakkının devrine yönelik eylemlerini değil, bunun yanında bu hakkın kullanımını kısıtlayan eylemlerini de ihtiva ettiğini tespit etmiştir. Heyet

⁷⁰⁵ Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, The Government of the Islamic Republic of Iran, Civil Aviation Organization, Plan and Budget Organization, Iranian Air Force, Ministry of Defence, Bank Melli, Bank Sakhteman, Mercantile Bank of Iran and Holland, Iran-US Claims Tribunal, Case No. 7, Award No. 141-7-2, June 22, 1984.

⁷⁰⁶ Schreuer, 2006, s. 117, 118.

⁷⁰⁷ Goetz and others v. Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, February 10, 1999.

⁷⁰⁸ Goetz and others v. Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Decision on Liability September 2, 1998; Schreuer, 2006, s. 118.

bu çerçevede, ev sahibi devletin bahsi geçen faaliyetinin kamulaştırmayla eş etkili sonuç doğurduğunu tespit etmiştir. Heyete göre böyle bir kamulaştırmanın varlığından bahsedebilmek için ev sahibi devletin yaptığı tasarruftan bir menfaat temin etmiş olmasına da gerek bulunmamaktadır⁷⁰⁹.

Tahkim yargılamasına konu bazı davalarda ise yatırımcının yatırımı kullanma kapasitesinin veya yatırımdan elde etmeyi beklediği menfaatin azaldığı tespit edilmekle birlikte, bu durumun yatırımcıyı “esaslı” mahrumiyet hâline sürüklediği, bu itibarla dolaylı kamulaştırmanın mevcut olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. *Occidental* davası, bu yaklaşımın benimsendiği davalardan birini teşkil etmektedir. Dava konusu olay, Ekvator devletinin, ülkesinde yatırım yapan davacı şirkete uyguladığı KDV indirimini kaldırması üzerine ortaya çıkmıştır. Hakem heyeti konuya ilişkin değerlendirmesinde öncelikli olarak, vergilendirme bahsinin dolaylı kamulaştırmaya yol açabileceğini tespit etmiştir. Bununla birlikte davalı devlet tasarrufunun, yatırımcıyı yatırımı kullanma hakkından veya elde etmeyi beklediği menfaatlerden esaslı biçimde mahrum bırakmadığını belirleyen hakem heyeti, somut olayda kamulaştırma bulunmadığına hükmetmiştir⁷¹⁰.

Vergilendirme temelli iddialar, *EnCana v. Ecuador*⁷¹¹ davasında da davacı şirket tarafından gündeme getirilmiştir. Söz konusu davada görevli hakem heyeti tarafından da, vergilendirme bahsine ilişkin olarak *Occidental* davası ile benzer bir neticeye ulaşılmıştır. Bununla birlikte *EnCana* davasında vergilendirmenin hangi şartlar altında dolaylı kamulaştırma sayılacağına ilişkin önemli ipuçlarına da yer verilmiştir. Hakem heyeti öncelikle; ev sahibi devlet tarafından yatırım süreci öncesinde açıkça taahhütte bulunulmadığı sürece, yabancı yatırımcının yatırımın devam ettiği müddet boyunca kendisine uygulanan vergi miktarının değiştirilmeyeceği yönünde bir beklentiye sahip olmasının haklı sayılamayacağına işaret etmiştir. Heyete

⁷⁰⁹ Schreuer, 2006, s. 118, 119.

⁷¹⁰ Bu çerçevede somut ihtilafı dolaylı kamulaştırmanın bulunmadığını tespit eden heyet, yukarıda ifade edildiği üzere kararını âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin ihlal edildiği gerekçesi üzerine inşa etmiştir.

⁷¹¹ *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL, Award, May 22, 2007.

göre, yatırımcının vergilendirme bahsine dayanan dolaylı kamulaştırma iddiası, ancak söz konusu vergi “fahiş” düzeydeyse, miktarı itibariyle “cezalandırıcı” mahiyet taşıyor veya “keyfi” nitelik arz ediyorsa dinlenebilecektir⁷¹².

ii. Süreklilik Kriteri

Ev sahibi devlet tasarrufunun süreklilik arz edip etmediği hususu, hakem heyetlerince dolaylı kamulaştırmanın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin yapılan incelemelerde kullanılan bir diğer değerlendirme kriterini teşkil etmektedir. Buna göre yatırımcının ekonomik anlamda kaybına yol açan ev sahibi devlet tasarrufu geçici nitelik taşıyor ise bu tasarrufun dolaylı kamulaştırma neticesini doğurmayacağı kabul edilmektedir.

Dolaylı kamulaştırma kapsamında süreklilik kriterinin incelendiği davalardan birini *SD Myers* davası oluşturmaktadır. *SD Myers*, PCB adlı kimyasal maddenin üretimi ve dağıtımı ile uğraşan ve Kanada'da faaliyet gösteren bir ABD şirkettir. Dava konusu olayın temelinde, davalı Kanada devletinin, PCB atıklarının ABD'ye ihracatını on beş aylık süreyle yasaklamış olması yer almaktadır. Davacı şirket bahse konu ihracat yasağı sebebiyle 10 milyon dolar zarara uğradığı iddiasıyla uluslararası tahkime müracaat etmiştir. Yargılama sonunda hakem heyeti, bahse konu ihracat yasağının geçici nitelikte olduğunu, bunun yanında davalı devletin mal veya menfaatlere doğrudan veya dolaylı olarak el koyduğuna ilişkin yeterli delil bulunmadığını ifade etmek suretiyle somut ihtilafta kamulaştırma veya eş etkili sonuç doğuran bir işlem bulunmadığına hükmetmiştir⁷¹³.

ICSID yargılamasına konu *LG&E Energy* davasında görevli hakem heyeti tarafından da, ev sahibi devlet tasarrufunun dolaylı kamulaştırma teşkil

⁷¹² Cameron, 2010, s. 188, 199; Schreuer, 2006, s. 124; Salacuse, 2010, s. 301, 302.

⁷¹³ Bozkurt Enver/Dost Süleyman, Devletlerin Yabancı Yatırımcıların Mülkiyet Hakkına Müdahalesine İlişkin Olarak ICSID Tahkim Uygulamasında Ortaya Çıkan Genel Prensipler ve Sonuçları, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. I, No. I, ss. 1-18, 2005, s. 12.

edip etmediği tetkik edilirken, bu tasarrufun devam ettiği sürenin nazara alınması gerektiği ifade edilmiştir. Kamulaştırmanın, niteliği itibariyle sürekli olması gerektiğini tespit eden hakem heyeti, davalı Arjantin devletinin doğal gaz tarifelerine ilişkin aldığı ekonomik tedbirlerin geçici nitelikte olduğundan bahisle somut ihtilafta kamulaştırma bulunmadığı neticesine ulaşmıştır⁷¹⁴. Diğer taraftan *Wena Hotels* davasında ise hakem heyeti, davacı şirketin oteline bir yıl müddetle el konulması işlemini, kamulaştırma olarak değerlendirmiştir. Heyet, somut ihtilafta bir yıllık el koyma süresinin, davacı şirketi mülkiyet hakkının kullanımından esaslı biçimde mahrum etmek için yeterli olduğunu, bu itibarla bahse konu davalı devlet tasarrufunun süreklilik arz ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁷¹⁵.

Görüldüğü üzere, hakem heyetlerinin kararlarında, kamulaştırmanın varlığı için ev sahibi devlet müdahalesinin devam etmesi gereken süre konusunda bir alt sınıra yer verilmemiştir. Bazı kararlarda on beş aylık sürenin kamulaştırma olarak kabul edilmeyeceği ifade edilirken, diğer bazılarında on iki aylık süre dahi kamulaştırma olarak mütalaa edilmiştir. O hâlde, kamulaştırmaya konu işlemin sürekliliğinin tespitinde zaman kıstasından başkaca bir değerlendirme aracına ihtiyaç bulunmaktadır. Kanaatimizce, bu noktada sürenin ne kadar geçtiğinden ziyade, geçen sürenin yatırımcı üzerinde ne kadar etki doğurduğundan hareket edilmelidir. Ev sahibi devlet müdahalesi kısa bir müddet devam etmiş olsa bile, eğer ki yatırımcının esaslı bir mahrumiyetine yol açmış ise, sürekli nitelikte kabul edilmelidir.

b. Sözleşme Temelli Hakların Kamulaştırılması

Yabancı yatırım kavramının kapsamına, sadece maddi mal varlığı değerleri değil, sözleşme temelli haklar ve fikri mülkiyet hakları gibi gayri maddi mal varlığı değerleri de dâhildir. Bu sebeple dolaylı kamulaştırmanın,

⁷¹⁴ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 113, 114.

⁷¹⁵ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 113.

sayılan değerler üzerinde de gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususu, içtihat hukuku alanında önemli bir tartışma konusu olarak temayüz etmiştir⁷¹⁶. Bu noktada cevaplanması gereken soru şudur: Acaba ev sahibi devletin taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan edimini yerine getirmemesi, dolaylı kamulaştırmaya yol açan bir tasarruf olarak değerlendirilebilir mi?

Kamulaştırma ev sahibi devletin üstün egemenlik gücünden kaynaklanmaktadır. Bir diğer ifadeyle kamulaştırma olgusunun varlığından bahsedebilmek için ev sahibi devlet tasarrufunun bizatihi egemenlik gücünün kullanılmasından ileri gelmesi gereklidir. Bu temel kural, sözleşme temelli haklar bakımından da geçerlilik arz etmektedir. Bu çerçevede ev sahibi devletin özel hukuk tüzel kişisi vasfıyla yatırımcı ile arasındaki sözleşmeden kaynaklanan edimini ifa etmemiş olması, kamulaştırmanın varlığının tespiti bakımından yeterli olmayacaktır. Bir diğer ifadeyle ev sahibi devletin, yatırımcının sözleşmeden kaynaklanan haklarını ihlal etmesi, egemenlik gücünün kullanılması marifetiyle gerçekleştirilmiş ise ancak bu durumda dolaylı kamulaştırmanın varlığından bahsedebilmek mümkün olacaktır. NAFTA hükümleri çerçevesinde çözüme bağlanan *Waste Management v. Mexico*⁷¹⁷ davasında bu husus aşağıdaki ifadelerle yer verilmek suretiyle izah edilmiştir:

Sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlal edilmesi tek başına mülkiyete el koyma veya kamulaştırmaya eş etkili bir tedbir alma sonucunu doğurmaz. Herhangi bir özel taraf sözleşme kaynaklı yükümlüklerini yerine getiremeyebilir, ne var ki kamulaştırma ve devletleştirme eskiden beri kamusal faaliyet olarak kabul edilmektedir... Bir devletin sözleşme temelli yükümlülüklerini ihlal etmesi ile kamulaştırma yapması veya kamulaştırmaya eş etkili tedbirler alması aynı şey değildir⁷¹⁸.

⁷¹⁶ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Award, Para. 174, 175; *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, Award, 2003, s. 5.

⁷¹⁷ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States (Number 2)*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, April 30, 2004.

⁷¹⁸ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Award, Para. 174, 175; Salacuse, 2010, s. 304.

Waste Management davasında ortaya konan ayırımın muhtelif davalarda görevli hakem heyetleri tarafından da benimsendiği görülmektedir. Sözgelimi, Enerji Şartı Antlaşması hükümleri çerçevesinde çözüme bağlanan *Nykomb* davasında görevli hakem heyeti, davalı Letonya devletinin davacı şirketin ürettiği elektrik gücünü satın alma taahhüdünü yerine getirmemesini, sözleşmeye aykırı bir davranış olarak tespit etmiş, ancak bu tasarrufu kamulaştırma olarak değerlendirmemiştir⁷¹⁹. Buna karşılık *CME* davasında görevli hakem heyeti ise, Çek Cumhuriyetinde yetkili bir kamu kuruluşunun (Media Council) yatırım sözleşmesini tek taraflı olarak değiştirme girişimini kamusal bir müdahale olarak kabul etmiş ve somut ihtilafta dolaylı kamulaştırmanın mevcut bulunduğu hükmetmiştir⁷²⁰.

Görüldüğü üzere, hakem heyetlerince dolaylı kamulaştırma olgusunun varlığına ilişkin olarak, sözleşmenin ihlalinde devletin egemenlik gücünün kullanılıp kullanılmadığı hususu, temel değerlendirme kriteri olarak nazara alınmıştır. Bununla birlikte sözleşme temelli haklara ilişkin, ev sahibi devletlerin egemenlik gücünden kaynaklanan her nev'i tasarrufun dolaylı kamulaştırmaya vücut vereceği de düşünülmemelidir. Ev sahibi devletin egemenlik gücünden kaynaklanmakla birlikte, yatırımcı tarafın bir eksikliğin veya hatasının sonucu olan devlet müdahalelerinde dolaylı kamulaştırmanın varlığından bahsedilemeyecektir. *Robert Azinian v. Mexico*⁷²¹ davasında verilen karar bu tespitin somut uygulamalarından birini ortaya koymaktadır.

Dava konusu olayda, davacı Robert Azinian'ın ortak olduğu DESONA unvanlı şirket ile davalı Meksika devleti arasında katı atıkların toplanması ve imhasını konu alan bir imtiyaz sözleşmesi akdedilmiştir. Davacı şirketin sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirmemesi üzerine, davalı devletteki kent meclisi tarafından imtiyaz sözleşmesinin tek taraflı feshine karar verilmiştir. Bu gelişme üzerine davacı şirket, kamulaştırma iddiası ile ICSID tahkimine müracaat etmiştir. Davalı Meksika devleti ise

⁷¹⁹ Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, Award, 2003, s. 5.

⁷²⁰ CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, September 13, 2001, Para. 591; Salacuse, 2010, s. 302, 303.

⁷²¹ Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award, November 1, 1999.

savunmasında, dava konusu imtiyaz sözleşmesinin feshi işleminin kamulaştırma ve benzer sonuç doğuran bir işlem olmadığını, zira somut ihtilafta davacı tarafın kendi yükümlülüklerini yerine getirmediğini ileri sürmüştür. Hakem heyeti konuya ilişkin kararında, davalı Meksika devletinin savunmalarında haklı olduğuna hükmetmiştir. Görüldüğü üzere, yabancı yatırımcının yatırım faaliyetine ev sahibi devletçe son verilmesi yönündeki işlem, hakem heyeti tarafından kamulaştırma veya benzeri bir tasarruf olarak mütalaa edilmemiştir⁷²².

3. Tedrici Kamulaştırma

Tedrici⁷²³ kamulaştırma (creeping expropriation), ev sahibi devletin birden fazla eyleminin bir araya gelmesi neticesinde ortaya çıkan bir kamulaştırma türüdür. Bu kamulaştırma türünde ev sahibi devletin münferit tasarruflarından her birinin kamulaştırma vasfına sahip olmasına gerek yoktur. Söz konusu tasarrufların birleşmesiyle yatırımcının yatırımında önemli ölçüde değer kaybı ortaya çıkıyor ise bu hâlde dahi kamulaştırmanın mevcut bulunduğu kabul edilmektedir⁷²⁴.

İçtihat hukuku alanında da kamulaştırmanın tedricen meydana gelebileceği ifade edilmektedir. *Santa Elena v. Costa Rica*⁷²⁵ davasında görevli hakem heyeti, ev sahibi devletin yatırım süreci içinde attığı “küçük adımların” zamanla mülkiyet hakkını bütünüyle kullanılamaz hâle getirebileceğine işaret etmiştir. Benzer şekilde *Tradex v. Albania*⁷²⁶ davasındaki hakem heyeti de, ev sahibi devletin eylemlerinden hiçbirinin münferiden kamulaştırma vasfı taşıyaması hâlinde bile, bu eylemlerin

⁷²² Bozkurt/Dost, 2005, s. 11.

⁷²³ Doktrinde bazı yazarlarca “creeping expropriation” ibaresinin karşılığı olarak; “sürünge” veya “sinsi” kamulaştırma terimlerinin kullanılması tercih edilmektedir. Bkz. Tiryakioğlu, 2003, s. 196; Baklacı, 2008, s. 9. Bununla birlikte söz konusu kamulaştırma türünün içeriği mana itibarıyla tahlil edildiğinde, “tedrici” ibaresinin, bu türe daha uygun bir karşılık olacağı düşünülmektedir.

⁷²⁴ Schreuer, 2006, s. 126.

⁷²⁵ *Compañía Del Desarrollo De Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Final Award, February 17, 2000.

⁷²⁶ *Tradex Hellas S.A. v. Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2, Final Award, April 29, 1999.

birleşiminin kamulaştırma neticesi doğurabileceğini ifade etmiştir⁷²⁷. Keza *Benvenuti & Bonfant v. Congo*⁷²⁸ davasında görevli hakem heyeti tarafından da, ev sahibi devletin aktif ve pasif nitelikli eylemlerinin yatırımcı üzerindeki kümülatif etkisinin kamulaştırmaya yol açabileceği kabul edilmiştir⁷²⁹.

Hakem heyetlerinin önlerine gelen ihtilaflarda, tedrici kamulaştırmanın varlığı noktasında detaylı incelemeler yaptıkları görülmektedir. Yukarıda bahsi geçen *Tradex* davasında hakem heyeti tarafından; davalı devletin bir toprak reformunu uygulayacağına ilişkin beyanatta bulunması, köylülerin davacı şirketin tarımsal ürünlerinin bir bölümünü çalması ve köylülerin yatırımın işleyişine engel olması şeklinde gelişen olaylar silsilesinin tedrici kamulaştırma neticesi doğurmadığı ifade edilmiştir. Heyet, kararının gerekçesi olarak, köylülerce gerçekleştirilen eylemlerin, “kamulaştırma mefhumu bakımından” Arnavutluk devletine atfedilebilir bir yönünün bulunmamasını göstermiştir⁷³⁰. Buna karşılık *Benvenuti & Bonfant* davasındaki olayların incelenmesi neticesinde ise daha farklı bir neticeye ulaşılmıştır. Dava konusu olayda davalı devlet; yatırımcı şirkete ait ürünlerin satışı için sabit fiyat uygulamasına geçmiş, yatırımcı hakkında cezai kovuşturma başlatmış ve yatırımcıyı ülkeyi terk etmeye zorlamıştır. Hakem heyeti konuya ilişkin kararında, ev sahibi devlet tasarruflarının tamamının yatırımcı üzerine inşa edildiğini, yatırımın yönetimi ve işletilmesi anlamında söz konusu yatırımcının son derece önemli bir pozisyon işgal ettiğini, bu itibarla bahsi geçen tasarrufların bir “bütün” hâlinde kamulaştırma neticesi doğurduğunu ifade etmiştir⁷³¹.

⁷²⁷ Tradex Hellas S.A. v. Albania, Final Award, Para. 191; Schreuer, 2006, s. 129.

⁷²⁸ S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/2, Award, August 8, 1980.

⁷²⁹ Salacuse, 2010, s. 304.

⁷³⁰ Bkz. Tradex Hellas S.A. v. Albania, Final Award, Para. 174, 175 ve 198; Schreuer, 2006, s. 129; Bozkurt/Dost, 2005, s. 8, 9.

⁷³¹ Salacuse, 2010, s. 304, 305.

B. Kamulaştırmanın Hukuka Uygun Olmasına İlişkin Şartlar

Hemen tüm ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında kamulaştırma tedbirinin hukuka uygun sayılabilmesi için bazı şartlar aranmıştır. Enerji Şartı Antlaşmasınının 13(1) maddesinde yer verilen söz konusu şartlara göre; ev sahibi devlet tarafından yapılan kamulaştırma ancak (a) kamu yararı amacıyla (b) ayrımcılık gütmeden (c) usul kurallarına uygun olarak ve (d) derhâl, yeterli ve etkili bir tazminat ödenerek gerçekleştirilmiş ise hukuka uygun kabul edilebilecektir⁷³². Bir diğer ifadeyle belirtilen unsurlardan birini dahi taşımayan bir kamulaştırma işlemi hukuka aykırı (haksız) bir kimlik kazanacaktır. Aşağıda, bahsi geçen şartlar incelendikten sonra, kamulaştırmanın hukuka uygun olup olmamasının Enerji Şartı Antlaşması bakımından etkisi üzerinde durulacaktır.

⁷³² Türkiye'nin taraf olduğu hemen tüm ikili yatırım antlaşmalarında da söz konusu şartların benimsendiği görülmektedir. Sözelimi, Türkiye ile Slovenya arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında söz konusu şartlar; "Bir âkit taraf yatırımcıları tarafından diğer âkit taraf ülkesinde yapılan yatırımlar, kamu yararına olmadıkça, ayrımcı olmayacak biçimde yapılmadıkça ilgili yasa hükümlerine uygun olarak ve anında, yeterli ve etkin tazminat ödenmedikçe, kamulaştırılmayacak, devletleştirilmeyecek veya kamulaştırma ya da devletleştirmeye (bundan sonra "kamulaştırma" olarak anılacaktır) benzer etkisi olan tedbirlere konu edilmeyecektir" hükmüne yer verilmek suretiyle vurgulanmıştır (m. 4/1). Diğer taraftan Türkiye ve Suudi Arabistan arasındaki ikili yatırım antlaşmasında ise diğer antlaşmalardan farklı olarak; "Her bir âkit tarafın yatırımcılarının yatırımları kamulaştırılmayacak, millileştirilmeyecek veya kamu amacıyla, ayrımcı olmayacak bir şekilde, hızlı, yeterli ve etkin tazminat ödenerek ve hukuka uygun olarak yapılanlar dışında, diğer âkit tarafça doğrudan ve dolaylı olarak etkisi kamulaştırmaya veya millileştirmeye eşit olacak herhangi bir tedbire konu edilemeyecektir" hükmüne yer verilmiştir (m. 4/1). Maddenin incelenmesinden, kamulaştırma ve millileştirmenin her ihtimalde yasaklandığı, buna karşılık hukuka uygun kamulaştırma için aranan şartların münhasıran "eş etkili tedbirler" bakımından aranacağı yönünde bir izlenim doğmaktadır. Böyle bir yorumun, Türkiye'nin taraf olduğu diğer yatırım antlaşmalarında en çok gözetilen ulus kaydına yer verildiği dikkate alındığında, Türkiye açısından önemli bir kısıtlama alanı oluşturacağına kuşku yoktur. Ancak Antlaşmanın ilgili maddesinin İngilizce metni tahlil edildiğinde, derhâl söz konusu kısıtlamanın bir tercüme hatasından kaynaklandığı dikkat çekmektedir. Türkçe metnin aksine, İngilizce metinde hukuka uygunluk şartları, hem doğrudan ve dolaylı kamulaştırmayı hem de eş etkili tedbirleri kapsayacak çerçevede kaleme alınmıştır. Antlaşmanın sonuç kısmında yer verilen "Yorumda bir uyumsuzluk olması hâlinde İngilizce metin esas alınacaktır" hükmü karşısında, Türkçe metinden kaynaklanan anlam karmaşasına itibar etmemek gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Keza bu sonuç, devletin hem kendi vatandaşlarının hem de yabancıların mal varlığını kamulaştırabileceği yönündeki temel prensiple de uyumlu olacaktır.

1. Kamu Yararı Bulunması

Kamulaştırmanın kamu yararı amacıyla gerçekleştirilmesi hukuka uygun kamulaştırma işleminin en temel şartını oluşturmaktadır. Bununla birlikte kamu yararı kavramının belirsizliği, diğer koruma standartlarında olduğu gibi, kamulaştırmanın önlenmesi ilkesi bakımından da önemli tartışmaları beraberinde getirmiştir. Uygulamada yatırımcılar tarafından ihtilaf konusu kamulaştırma işlemlerinde kamu yararının bulunmadığı ileri sürülmekte ise de, ev sahibi devletlerin, umumiyetle bahse konu kavramsal belirsizlikten istifade etmeye çalıştıkları görülmektedir. Konuya ilişkin olarak *ADC v. Hungary*⁷³³ davasında hakem heyetinin verdiği karar, tüm yatırım antlaşmaları için olduğu kadar, Enerji Şartı Antlaşması bakımından da yol gösterici mahiyettedir.

Dava konusu olay, Macaristan devletinin Budapeşte Havaalanında davacı şirkete ait terminal işletmesine el koyması üzerine ortaya çıkmıştır. Davacı şirket, GKRY ve Macaristan arasındaki İkili Yatırım Antlaşmasında, hukuka uygun kamulaştırmaya ilişkin yer verilen şartlardan hiçbirinin somut ihtilafta bulunmadığını ileri sürmüştür. Buna karşılık davalı Macaristan ise ihtilaf konusu kamulaştırma işleminin kamu yararına istinat ettiği gerekçesiyle hukuka uygun bir işlem hüviyeti taşıdığını iddia etmiştir. Hakem heyeti kararında, kamu yararı kavramının tabiatı gereği son derece geniş kapsama sahip olduğunu ifade etmiştir. Ne var ki heyet, ev sahibi devletçe bu kavrama sığınılabilmesi için kamulaştırma işleminin gerçek ve samimi bir toplumsal menfaate hizmet etmesinin gerekli olduğunun altını çizmiştir. Heyet konuya ilişkin yaklaşımını şu ifadelerle özetlemiştir: Eğer sadece kamu yararı gerekçesinin ileri sürülmesi sihirli biçimde bu yararın mevcudiyeti sonucunu doğuracak olsa idi, antlaşmada böyle bir şarta yer verilmesinin anlamı kalmazdı⁷³⁴. Hakem heyeti bu çerçevede somut ihtilaf bakımından kamu

⁷³³ ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, October 2, 2006.

⁷³⁴ ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary, Award, Para. 432.

yararının bulunmadığını ve Macaristan devletinin hukuka uygun olmayan bir kamulaştırma işlemi gerçekleştirdiğini ifade etmiştir⁷³⁵.

ADC davasında benimsenen yaklaşım, hakem heyetlerinin kamu yararı kavramına bakış açısını ortaya koyan genel bir temayülü yansıtmaktadır. Keza doktrinde de, bireylerin veya azınlık gruplarının çıkarlarını korumak maksadıyla ya da salt siyasi amaçlara ulaşabilme gayesiyle gerçekleştirilen kamulaştırmaların, kamu yararı kapsamında mütalaa edilmemesi gerektiği beyan edilmektedir⁷³⁶. Bu yaklaşımın Enerji Şartı Antlaşması bakımından da geçerli olduğunu ifade etmek mümkündür. Üstelik Enerji Şartı Antlaşmasında kamulaştırma bahsine ilişkin olarak kamu yararı kavramının diğer yatırım antlaşmalarına nispetle daha dar çerçevede algılanması gerektiği dahi söylenebilir. Şöyle ki; Antlaşmanın 24. maddesinde taraf devletlere; insan, hayvan ve çevre sağlığının gerektirdiği hâller ile enerji arz sıkıntısı yaşanan durumlarda yatırımların korunmasına ilişkin hükümleri uygulamama imkânı tanınmıştır. Ne var ki aynı maddenin birinci fıkrasında kamulaştırma tedbirinin mezkûr hükümden müstesna olduğu ifade edilmiştir. Bir diğer ifadeyle kamu yararı kavramının alt yapısını oluşturan bahsi geçen istisnai hâllerde dahi, taraf devletlerin kamulaştırmanın önlenmesi ilkesi ile bağlı oldukları vurgulanmıştır. Bu çerçevede Antlaşmanın 13(1) maddesinde hukuka uygun kamulaştırmanın bir şartı olarak öngörülen kamu yararı gerekçesi, Antlaşmanın 24(1) maddesi kapsamında, taraf devletlerce ispatı son derece güç bir mefhum hâline getirilmiştir.

Kamulaştırmanın hukuka uygun olmasına ilişkin diğer şartları, ayrımcı davranmama ve usul kurallarına uygun hareket etme yükümlülükleri oluşturmaktadır. Bahse konu yükümlülükler yukarıda diğer koruma standartları kapsamında teferruatıyla izah edildiğinden, burada tekrardan kaçınmak maksadıyla mezkûr açıklamalara atıfta bulunulmakla yetinilecektir. Buna karşılık hukuka uygun kamulaştırma olgusunun son şartını teşkil eden tazminat ödeme yükümü üzerinde durmakta fayda görülmektedir.

⁷³⁵ Salacuse, 2010, s. 320, 321.

⁷³⁶ Tiryakioğlu, 2003, s. 212, 213.

2. Tazminat Ödenmesi

Enerji Şartı Antlaşmasının 13(1) maddesinde hukuka uygun bir kamulaştırmanın varlığından bahsedebilmek için tazminatın derhâl (prompt), yeterli (adequate) ve etkili (effective) biçimde ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Antlaşmanın tazminata ilişkin benimsediği bu formülün oluşumu, esas itibarıyla 20. yüzyılın ilk yarısına tekabül etmektedir. Dönemin ABD Dışişleri Bakanı Cordell Hull tarafından Meksika büyükelçiliğine hitaben kaleme alınan 3 Nisan 1940 tarihli mektupta, kamulaştırmanın ancak derhâl, yeterli ve etkili biçimde tazminat ödenmesi hâlinde hukuka uygun sayılacağı ifade edilmiştir⁷³⁷. Enerji Şartı Antlaşması, doktrinde “Hull Formülü” olarak isimlendirilen bu ödeme yöntemini açıkça benimseyen ilk çok taraflı yatırım antlaşması olma özelliğini taşımaktadır⁷³⁸. Enerji Şartı Antlaşmasında Hull Formülünün benimsenmesinin temelinde ekonomik gerekçelerin bulunduğu ifade edilmektedir. Antlaşmanın müzakere döneminde, özellikle eski Sovyet Cumhuriyetlerinin altyapı ve teknik destek ihtiyacı hissetmeleri ve sağlıklı bir ekonomik kalkınma için gerekli olan istikrarlı bütçe kaynaklarından mahrum bulunmaları sebebiyle yabancı yatırımların ivedilikle bu ülkelere yönlendirilebilmesi elzem görülmüştür. Bu anlamda Hull Formülü cazip bir yatırım ortamının temini bakımından yabancı yatırımcılar için en elverişli güdülerden biri olarak değerlendirilmiştir⁷³⁹.

Uluslararası hukuk uygulamasında tazminatın “derhâl” ödenmesi, ödemenin makul olmayan bir gerekçeye istinaden geciktirilmemesi biçiminde tanımlanmaktadır. Tazminatın “etkili” ödenmesinden ise, ödemenin nakde tahvil edilebilir olması ve IMF tarafından belirlenen, kolaylıkla devredilebilir bir para birimi üzerinden yapılması anlaşılmaktadır⁷⁴⁰. Enerji Şartı Antlaşmasının 13(1) maddesinde bu husus, tazminatın serbest konvertibl para üzerinden

⁷³⁷ Sheppard Audley, The Distinction Between Lawful and Unlawful Expropriation, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty (Ed. Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 169-199, New York 2006, s. 174.

⁷³⁸ Khatidze, 2010, s. 33.

⁷³⁹ Khatidze, 2010, s. 33.

⁷⁴⁰ World Bank, World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, Part IV, Expropriation and Unilateral Alterations or Termination of Contracts, 1992, Para. 7, 8.

ödeneceği ifade edilmek suretiyle vurgulanmıştır. Bunun yanında tazminatın “yeterli” olması, tanımlanması daha güç bir mefhum olarak dikkat çekmektedir.

Kelime manası itibariyle düşünüldüğünde, yeterli miktar, tazminat alacaklısı ve borçlusunun bakış açılarına göre farklı düzeyde gerçekleşebilir⁷⁴¹. Bu itibarla yatırım antlaşmalarında genellikle tazminatın yeterli olup olmadığına yönelik bir tartışmaya mahâl bırakmamak adına açıklayıcı bilgilere yer verildiği görülmektedir. Bu noktada kamulaştırılan yatırımın “piyasa değeri”, antlaşma hukukunda en fazla müracaat edilen kıstası oluşturmaktadır⁷⁴². Aynı yaklaşımın Enerji Şartı Antlaşmasında da hâkim olduğunu ifade etmek mümkündür. Antlaşmanın 13(1) maddesi hükmünde, kamulaştırma hâlinde ödenecek tazminatın hesaplama yöntemine ilişkin şu ifadeler yer verilmiştir:

Tazminat, kamulaştırma işleminden veya kamulaştırmanın yatırımın değerini etkileyecek şekilde gündeme gelmesinden hemen önceki zamanda [bundan böyle değer tespit tarihi (valuation date) olarak anılacaktır] yatırımın makul piyasa değerine eş meblağda olacaktır.

Görüldüğü üzere Antlaşmada net biçimde “piyasa değeri” kıstası kullanılması tercih edilmiş ve bu kıstasın tatbikine ilişkin alternatifli bir zaman sınırlaması tayin edilmiştir. Tazminatın yeterli olup olmadığına ilişkin tartışma yatırımın piyasa değeri nazara alınarak çözülmüş olmakla birlikte, bu defa piyasa değerinin ne şekilde hesap edileceğine ilişkin ikinci bir istifham gündeme gelmiştir. Söz konusu kavramsal belirsizlik ise uygulamada hakem heyetlerinin kararlarıyla giderilmeye çalışılmıştır. Bu konuda en fazla itibar gören görüş *Starrett Housing* davasında görevli hakem heyeti tarafından dile

⁷⁴¹ Salacuse, 2010, s. 324.

⁷⁴² Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında da tazminatın, kamulaştırılan yatırımın kamulaştırma kararının alınması veya kamulaştırma yapılacağı duyulmasından hemen önceki “piyasa değerine” eşit olarak ödeneceği hükme bağlanmıştır. Bazı antlaşmalarda sadece piyasa değeri ifadesi kullanılmıştır [bkz. Suudi Arabistan (m. 4/1)]. Buna karşılık bazı antlaşmalarda yatırımın “gerçek” piyasa değeri kıstas alınırken [bkz. Slovenya (m. 4/2)], bazılarında “âdil” piyasa değeri dikkate alınmış [bkz. ABD (m. III/2)], diğer bazılarında ise öncelikle “âdil” piyasa değerinin, bulunmaması hâlinde ise “gerçek” piyasa değerinin nazara alınacağı hükme bağlanmıştır [bkz. Hollanda (m. 5/1/c)].

getirilmiştir. Buna göre bir yatırımın piyasa değeri; “Her ikisinin de iyi derecede bilgilenmiş olmaları, irade fesadına uğramamaları ve kâr maksimizasyonunu hedeflemiş olmaları kaydıyla istekli bir alıcının, istekli bir satıcıya ödeyeceği meblağ” biçiminde tanımlanmıştır⁷⁴³.

Doktrinde, mukayeseye esas kabul edilebilecek nitelikte istekli alıcı veya satıcının tespitinde zorluklar yaşanabileceği nazara alınarak, makul piyasa değerinin belirlenmesinde “değerleme yöntemleri” başlığı altında bazı kriterlerden de istifade edilebileceğine işaret edilmektedir⁷⁴⁴. Esas itibarıyla tazminat miktarının belirlenmesi konusunu hakem heyetlerinin subjektif iradelerinden kurtarmayı ve objektif nitelikli kriterler geliştirmeyi amaçlayan bu görüş, temelde beş farklı değerlendirme yönteminden birinin tercih edilmesini mümkün görmektedir. Buna göre, hakem heyetleri tazminat miktarının belirlenmesinde; yatırımın bilanço değeri (book value), ikame değeri (replacement value), tasfiye değeri (liquidation value), işletme değeri (going concern value) veya iskonto edilmiş nakit akım değerini (discounted cash flow) nazara alabileceklerdir⁷⁴⁵.

Enerji Şartı Antlaşmasında tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin uyumsuzlukları asgariye indirebilme gayesiyle muhtemel uyumsuzlukları önleyici mahiyette bir tedbire de yer verilmiştir. Antlaşmanın 13(2) maddesi uyarınca yatırımcı, ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak bu ülkede kurulan yetkili ve bağımsız bir otorite nezdinde, yatırımın değerinin tespiti ve tazminat ödenmesi konusunda acil inceleme mekanizması başlatılmasını talep etme hakkına sahip kılınmıştır. Antlaşmada ayrıca tazminatın, kamulaştırma tarihinden ödeme tarihine kadarki sürede, piyasa şartlarında ticari işlere uygulanan oranda belirlenen faizin ödenmesini de kapsayacağı hüküm altına alınmıştır.

⁷⁴³ Newcombe Andrew/Paradell Lluís, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Wolters Kluwer Law & Business, Kluwer Law International, 2009, s. 385.

⁷⁴⁴ Sornarajah, 2011, s. 250; Salacuse, 2010, s. 326.

⁷⁴⁵ Değerleme yöntemlerinin tespiti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tiryakioğlu, 2003, s. 226-229; McLachlan/Shore/Weiniger, 2010, s. 315 vd.; World Bank, 1992, Para. 6.

C. Değerlendirme

Enerji yatırımlarının son derece yüksek maliyetli projeleri ihtiva ediyor olması, yatırımcıların mülkiyet hakkına saygı duyulması gereğini temel bir prensip olarak öne çıkarmıştır. Bu anlayışın doğal sonucu olarak, Enerji Şartı Antlaşmasında kamulaştırma mefhumu ayrı bir madde hâlinde ve teferruatlı biçimde tanzim edilmiştir. Bununla birlikte maddenin kaleme alınmasında, açıkça diğer ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmaları ile içtihat hukuku alanındaki tecrübelerden istifade edildiği görülmektedir. Antlaşmanın yukarıda detayıyla izah edilen farklı kamulaştırma türlerini ihtiva ettiği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza Antlaşma hükümlerinin uygulanmasında içtihat hukuku alanında genel kabul gören “esaslı mahrumiyet” ve “süreklilik” gibi kıstasların geçerli olduğu da şüpheden uzaktır. Benzer şekilde, dolaylı hissedarlık olgusundan kaynaklanan yatırımlar da, Antlaşmanın kamulaştırmaya ilişkin sağladığı hukuki korumadan istifade edebilecektir. Hatta bu husus Antlaşmanın 13(3) maddesinde; “Herhangi bir şüpheye neden olmamak açısından, kamulaştırma, bir Antlaşma tarafının alanında, diğer bir Antlaşma tarafının yatırımcısının, hisse sahibi olması durumu da dâhil olmak üzere, yatırım yapmış olduğu bir şirket veya kuruluşun varlıklarının kamulaştırılması durumunu da kapsamaktadır” ifadelerine yer verilmek suretiyle vurgulanmıştır. Bu noktada Enerji Şartı Antlaşması özelinde kamulaştırma bahsine ilişkin temel tartışmanın hukuka uygun kamulaştırma ve haksız kamulaştırma ayrımı üzerine inşa edilmesi gereklidir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Enerji Şartı Antlaşmasının 13(1) maddesinde öngörülen şartlara riayet edilerek gerçekleştirilen kamulaştırma işlemi hukuka uygun bir kimlik kazanmış olacaktır. Bu şartlardan birinin dahi ihlal edilmiş olması ise aksi istikamette bir değerlendirmeye haklılık kazandıracaktır. Haksız kamulaştırmanın müeyyidesi tazminat yükümü olarak tespit edilmiştir. Bununla birlikte tazminat ödeme yükümü zaten kamulaştırmanın hukuka uygun kabul edilebilmesinin de temel şartlarından

birdir. Bir diğ er ifadeyle tazminat ödeme, hem hukuka uygun hem de haksız kamulaştırma hâlinde ev sahibi devletlerin en temel yükümü olarak ortaya çıkmaktadır. O hâlde bir ev sahibi devletin yaptığı kamulaştırmanın hukuka uygun olması veya olmaması arasında netice itibariyle uygulamaya yönelik nasıl bir farklılık bulunmaktadır? Daha açık ifadeyle acaba hukuka uygun kamulaştırma hâlinde ödenecek tazminat ile haksız kamulaştırmada ödenecek tazminatın kapsamı itibariyle tefrik edilebilmesi mümkün müdür?

Doktrinde bazı yazarlar, yatırım antlaşmalarında açıkça bir farklılık meydana getirilmiş olmadığı sürece her türlü kamulaştırma hâlinde, tazminat miktarının münhasıran kamulaştırılan yatırımın “piyasa değeri” ile orantılı biçimde ödenmesi gerektiğini savunmaktadır⁷⁴⁶. Bu görüşe göre, kamulaştırmanın hukuka uygun olması veya olmaması arasında tazminat miktarının belirlenmesi bakımından farklılık bulunmamaktadır. Diğ er bazı yazarlara göre ise yatırımın piyasa değeri ile orantılı biçimde tazminat ödenmesi sadece hukuka uygun sayılan kamulaştırma hâllerine özgülenmelidir. Haksız kamulaştırma hâlinde ise bahse konu piyasa değeri yanında, özellikle mahrum kalınan kâr (lucrum cessans) gibi zarar kalemleri de tazminat miktarının hesabında dikkate alınmalıdır⁷⁴⁷. Diğ er taraftan tazminat ödenmemesi hâlinde kamulaştırmanın hukuka uygun olmayacağı dikkate alındığında, kamulaştırmanın ne zaman hukuka uygun olacağı ne zaman olmayacağı dahi belirsizleşmekte ve konu daha karmaşık bir hâl almaktadır. Enerji yatırımları bakımından mahrum kalınan kâr olgusunun oldukça yüksek meblağlara ulaşılabilceği nazara alındığında, doktrindeki bu tartışmaların değerlendirmesi büyük önem kazanmaktadır. Bununla birlikte söz konusu değerlendirmeye geçmeden önce içtihat hukuku alanında konuya ilişkin sergilenen yaklaşımların izahında fayda görülmektedir.

Hakem heyetlerinin kamulaştırmanın hukuka uygun olup olmasının tazminat miktarına etkisi konusunda yeknesak bir tavır benimsediği

⁷⁴⁶ Sheppard, 2006, s. 199, Salacuse, 2010, s. 328.

⁷⁴⁷ Dolzer/Schreuer, 2008, s. 92; Altıntaş, 1998, s. 7, 8. *Altıntaş* böyle bir durumda kamulaştırmayı icra eden devletin, kanuni addedilebilecek bir kamulaştırmada ödenmesi gereken tazminat miktarına ilaveten, kanunsuz tasarruftan doğ an ek zarardan kaynaklanabilecek tazminatı da ödemekle mükellef tutulacağını ifade etmektedir. Bkz. Altıntaş, 1998, s. 7, 8

söylenemez. Yukarıda detayına yer verilen *ADC* davasında görevli hakem heyeti, hukuka uygun ve haksız kamulaştırma ayırımına itibar etmiştir. İhtilaf konusu olayda GKRY ve Macaristan arasındaki İkili Yatırım Antlaşması, kamulaştırma hâlinde yatırımın piyasa değeriyle orantılı tazminat ödenmesini öngörmektedir. Heyet, bu hükmün sadece hukuka uygun kamulaştırma durumları için uygulanma kabiliyetini haiz olduğunu ifade etmiş, haksız kamulaştırma hâllerinde ise ilave zararların talep edilebilmesine imkân tanımıştır. Buna karşılık *Middle East Cement* davasında hakem heyeti, hukuka uygun ve haksız kamulaştırma ayırımını nazara almamıştır. Heyet, davacı şirketin gemisine el konulması şeklinde gelişen olayda, davalı Mısır devletini yatırımın piyasa değerini tazmin etmeye mahkûm etmiştir. Benzer şekilde *Wena Hotels*, *CME* ve *Tecmed* davalarında da *Middle East Cement* davasındaki yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.

Kanaatimizce sorunun çözümüne, öncelikle hukuka uygun ve haksız kamulaştırma ayırımının belirgin hâle getirilmesiyle başlanmalıdır. Yatırım antlaşmalarının çoğunda olduğu gibi Enerji Şartı Antlaşmasında da; kamu yararının bulunması, ayrımcı davranmama ve usul kurallarına riayet etme şartları yanında, tazminat ödenmesi şartı da kamulaştırmanın hukuka uygun olmasının unsurları arasında sayılmıştır. Yukarıda ifade edildiği gibi, haksız kamulaştırmada da tazminat yükümünün bulunması, bu iki kamulaştırma türü arasındaki ayırımın müphem hâle gelmesine yol açmaktadır. Doktrinde *Sheppard*, kanaatimizce de isabetli biçimde, bahse konu şartlar arasında bir ayrıma gitmek suretiyle sorunu çözüme kavuşturmuştur. Buna göre hukuka uygun kamulaştırma için aranan ilk üç şart, adı geçen yazar tarafından davranış şartları (conduct requirements), son şart ise tazminat şartı (compensation requirement) olarak isimlendirilmiştir⁷⁴⁸. Yazar, tüm şartların karşılandığı bir kamulaştırma işlemini hukuka uygun (lawful), davranış şartlarından birinin karşılanmadığı kamulaştırma işlemi ise haksız (illegal) olarak nitelendirmiştir. Davranış şartlarının gerçekleştirilmesine rağmen tazminat şartının gerçekleştirilmemesi hâli ise yazara göre, kamulaştırma

⁷⁴⁸ Sheppard, 2006, s. 170.

işlemine ancak geçici mahiyette hukuka uygunluk (provisionally lawful) bahsedebilecektir⁷⁴⁹.

Kanımızca, izah edilen ayırmadan hareket edildiğinde sorunun çözümünde makul bir yol bulabilmek mümkün olacaktır. Bu ayırım çerçevesinde, ilgili yatırım antlaşmasında aksi yorumu haklı gösterecek açık bir düzenleme bulunmadığı sürece; yukarıda sıralanan dört şartın tamamını karşılayan “hukuka uygun” kamulaştırma işlemi için tazminat ödenmesine ihtiyaç duyulmayacak, davranış şartlarını karşılamasına rağmen tazminat şartını karşılamayan “geçici olarak hukuka uygun” kamulaştırma işlemi için “piyasa değeri” kıstası tatbik edilecek, nihayet “haksız” kamulaştırma işlemi içinse *lucrum cessans* gibi ilave zararların tazmininden bahsedilebilecektir. Enerji Şartı Antlaşmasının 13. maddesinde hukuka uygun ve haksız kamulaştırma ayırımına yer verilmediği nazara alındığında, kanaatimizce, bu tespitin Enerji Şartı Antlaşması bakımından da geçerli olmasının önünde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır.

⁷⁴⁹ Sheppard, 2006, s. 171.

SONUÇ

Enerji yatırımlarının korunması konusu uluslararası yatırım hukukunda ağırlıklı olarak Enerji Şartı Antlaşmasında düzenlenmiştir. Konu Antlaşma hükümlerinde bazı genel ve özel koruma standartlarına yer verilmek suretiyle ele alınmıştır. Ancak enerji yatırımlarının korunmasının söz konusu koruma standartlarından öteye giden boyutları bulunmaktadır. Zira bahse konu standartların uygulama kabiliyetini haiz olabilmesi için öncelikle ortada bir enerji yatırımı ve yatırımcısının mevcudiyeti şarttır. İzah edilen çerçevede çalışmamızın ilk bölümünde yatırım kavramının genel olarak ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında ele alınış biçimi incelenmiş, ikinci bölümde ise Enerji Şartı Antlaşması hükümleri kapsamında enerji yatırımı ve yatırımcısı kavramları tahlil edilmiştir. Çalışmanın son bölümde ise enerji yatırımlarının korunmasına ilişkin Antlaşmada öngörülen tedbirlere yer verilmiştir.

İkili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında yatırım kavramı sektörler üstü bir bakış açısıyla ele alınmış, belirli bir sektöre münhasır tanımlamalara yer verilmemiştir. Yatırım antlaşmalarına hâkim olan bu eğilimin en önemli istisnası, belirli bir endüstriyel sektöre ilişkin akdedilen ilk uluslararası antlaşma olma özelliğini taşıyan Enerji Şartı Antlaşmasıdır. Enerji Şartı Antlaşmasında enerji yatırımı; bir yatırımcının doğrudan veya dolaylı biçimde sahip olduğu veya kontrol ettiği her türlü mal varlığı değerini ifade edecek bir çerçevede tanımlanmıştır. Antlaşmada enerji yatırım türleri detaylı bir listeye yer verilmek suretiyle sıralanmıştır. Buna göre enerji sektöründeki ekonomik faaliyetler, enerji yatırım sözleşmeleri, hisse senedi ve tahviller, fikri mülkiyet hakları ve kazançlar başlıca enerji yatırım türlerini oluşturmaktadır. Bunun yanında Enerji Şartı Antlaşmasında enerji sektörüyle “bağlantılı” faaliyetlerin de enerji yatırımı kapsamında mütalaa edildiği hükme bağlanmıştır. Bu itibarla Antlaşmanın geneline hâkim olan sektörel kısıtlama anlayışı, enerji sektörüyle “bağlantılı” faaliyetler bakımından önemli ölçüde hafifletilmiştir.

Enerji yatırımlarına ilişkin üzerinde durulması gereken ilk nokta, yatırım üzerindeki kontrol gücü olgusudur. Enerji Şartı Antlaşmasında, hisse senedi alınması veya borçlanma senetlerinin iktisap edilmesi gibi unsurlar yatırım kapsamında ele alınmıştır. Söz konusu maddenin açıklamasının yapıldığı Nihai Senette ise yatırımcının “varlık değerleri üzerindeki” değil, “yatırım üzerindeki” kontrol gücünün seviyesi önem arz etmektedir. Belirtilen nokta, Enerji Şartı Antlaşması ile ikili ve diğer çok taraflı yatırım antlaşmaları arasındaki temel farklılığı ortaya koymaktadır. Zira ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında “kontrol” kavramı, yatırımın bir bütün hâlinde kontrol altında bulundurulmasını değil, yatırımı oluşturan varlık değerlerinin ayrı ayrı kontrol edilmesini ifade edecek biçimde kaleme alınmıştır. Buna karşılık Nihai Senette ise kontrol kavramı açıkça “yatırımın” kontrolünü ifade edecek kapsamda tanımlanmıştır.

Enerji Şartı Antlaşmasında enerji yatırımı kavramı tanımlanırken, ikili yatırım antlaşmalarının aksine, “ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu olma” kıstasına yer verilmemiştir. Bu noktada temel sorun, yatırımcı tarafından yürütülen faaliyetlerin ev sahibi devletin hukuk nizamına göre yasadışı bir nitelik taşıması durumunda ortaya çıkmaktadır. Ev sahibi devletin hukukuna aykırılık teşkil eden bir faaliyeti derhâl yatırım olarak kabul etmek veya yatırım korumasının dışında bırakmak yerine, öncelikle yatırımcının söz konusu hukuka aykırılığın ortaya çıkmasındaki iştirak düzeyi nazara alınmalıdır. Hukuka aykırılık olgusunun ev sahibi devletin eksiklik veya hatasından ileri gelmesi ihtimalinde, yatırımcı tarafın bu durumun ortaya çıkmasında bir rolü bulunmadığı gibi, her durumda böyle bir hukuka aykırılığı bilmesi de beklenemez. Dolayısıyla söz konusu ihtimal bakımından işlemin bir yatırım olarak kabul edilmesi ve yatırımcının haklarının haleldar edilmemesi uygun olacaktır. Buna karşılık hukuka aykırılık olgusunun yatırımcının bizzat içinde bulunduğu bir yolsuzluk sebebiyle ortaya çıkması ihtimalinde ise ortada bir yatırımın ve dolayısıyla yatırımcının korunmaya değer bir menfaatinin varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Enerji yatırımı kavramına ilişkin üzerinde durulması gereken bir diğer tartışmalı konu, yatırımın fiilen başlamasından önceki dönemde yatırımcılar tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin, Enerji Şartı Antlaşmasının sağladığı hukuki korumadan faydalanıp faydalanamayacağıdır. Yatırım öncesi faaliyetler kavramı, yatırımcının ev sahibi devlette yeni bir yatırıma başlama ve bu yatırımı yürütme imkânına sahip olmasını ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Yatırım öncesi faaliyet kavramı, fiili yatırım öncesinde gerçekleştirilen harcamaları değil, yatırımın gerçekleştirilebilmesi için ev sahibi devlette sahip olunan yasal veya idari bazı hakları konu almaktadır. Antlaşmanın 10(4) maddesi uyarınca taraf devletler, Ek Antlaşmanın (Supplementary Treaty) imzalanmasını müteakip yatırım öncesi faaliyetler konusunda diğer taraf devlet yatırımcılarına milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı çerçevesinde koruma sağlamayı taahhüt etmişlerdir. Benzer şekilde Antlaşmanın başlangıç bölümünde de, taraf devletlerin, Ek Antlaşmayı takiben, yatırım öncesi faaliyetlere yönelik olarak milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı ilkelerinin etkin biçimde tatbik edecekleri ifade edilmiştir. Söz konusu madde ve açıklamanın tahlilinden, yatırım öncesi faaliyetlerin ancak Ek Antlaşmanın imzalanmasından sonraki aşamada Antlaşmanın sağladığı korumadan faydalandırılacağı açıklığa kavuşturulmuştur.

İkili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında genellikle taraflar arasında ticari nitelikteki ilişkileri konu alan işlemlerin yatırım kapsamında değerlendirilmeyeceği ifade edilmektedir. Keza ICSID Konvansiyonunun 25. maddesi hükmü de benzer bir neticeyi ortaya koymaktadır. Her ne kadar bahse konu hüküm çerçevesinde açık bir yatırım tanımına yer verilmiş değil ise de, hakem heyetleri öteden beri ticari nitelik taşıyan ilişkilerin, Konvansiyon kapsamında yatırım olarak değerlendirilemeyeceği noktasında kararlar tesis etmiştir. Buna karşılık, Enerji Şartı Antlaşmasında, taraflar arasındaki mal veya hizmet alımını konu alan ticari ilişkilerin yatırım olarak değerlendirilmeyeceğine yönelik bir hükme yer verilmemiştir. Nihai Senette ise açıkça, taraflar arasındaki ticari ilişkilerin enerji sektöründe ekonomik bir

faaliyete vücut vereceği düzenlenmiştir. Gerçekten de Nihai Senedin IV(2)(b)(vi) maddesinde, enerji madde ve ürünlerinin “pazarlanması, satışı ve ticareti”ne yönelik faaliyetlerin, Enerji Şartı Antlaşması anlamında enerji sektöründeki ekonomik faaliyet olarak değerlendirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu tespitin hakem heyetlerinin yargılama yetkisi üzerinde kayda değer bir etkisi bulunmaktadır. Zira ICSID tahkiminde, hakem heyetlerinin yatırım antlaşması hükümlerinin yanında, ICSID Konvansiyonu hükümlerine göre değerlendirme yapma yükümlülükleri bulunmaktadır. Böyle bir değerlendirme neticesinde ise Konvansiyonun 25. maddesi hükmü çerçevesinde ortada bir yatırımın mevcut bulunmadığı sonucuna ulaşılması kuvvetle muhtemeldir. Bir diğer ifadeyle, ticari ilişkileri konu alan bir yatırımdan kaynaklanan ihtilafı ICSID tahkimine götürmeyi tercih eden bir yatırımcı, Enerji Şartı Antlaşmasının sağladığı hukuki korumadan faydalanamama riskiyle karşı karşıya kalabilecektir. Bu itibarla, ticari ilişkiler bakımından Enerji Şartı Antlaşması kapsamında yapılacak bir tahkim müracaatında ICSID dışı tahkim araçlarının tercih edilmesinin, yatırımcılar lehine sonuç doğuracağını ifade etmek mümkündür.

Enerji yatırımı kavramı coğrafi bakımdan ve zaman bakımından bazı kısıtlamalara tâbi tutulmuştur. Coğrafi alana ilişkin sınırların tespit edilmeye çalışılmasının temel amacı, ev sahibi devletin söz konusu yatırım faaliyetlerinden mümkün olduğu ölçüde fazla yararlanabilmesinin temin edilmesidir. Antlaşmada yatırım kavramının taraf devletlerden birinin yatırımcısının diğer bir taraf devletin “alanında” gerçekleştirdiği tüm yatırımları kapsadığı ifade edilmiştir. Bir diğer ifadeyle Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan istifade edebilmek için yatırım faaliyetlerinin, ev sahibi devletin alanı içinde gerçekleştirilmesi şarttır. Antlaşmada ev sahibi devletin alanı o devletin ülkesine tekabül edecek biçimde tanımlanmış, ev sahibi devletin “kara sahası, iç suları ve kara suları”nın o devletin ülkesini oluşturduğu belirtilmiştir. Diğer taraftan Antlaşmada, ülke tanımının dışında kalan bazı coğrafi bölümler de, enerji sektörünün kendine özgü niteliği nazara alınarak ev sahibi devletin alanı içinde mütalaa edilmiştir. Buna göre ev

sahibi devletin üzerinde egemenlik hakkını ve yargılama yetkisini kullandığı “denizler, deniz yatakları ve bunların satıh altı toprakları”na alan kavramı kapsamında yer verilmiştir.

Enerji Şartı Antlaşmasında, Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan istifade edilebilmesinin bir diğer şartı, yatırımın gerçekleştirildiği zaman dilimi nazara alınarak tespit edilmiştir. Antlaşmanın 1(6)(2) maddesinde, Antlaşmanın “geçerlilik tarihi” itibariyle ev sahibi devlette mevcut bulunan veya bu tarihten sonra gerçekleştirilen tüm yatırımları kapsadığı hüküm altına alınmıştır. Antlaşmanın aynı maddesinde uygulama alanını zaman bakımından sınırlandıran ilave bir hükme yer verilmiştir. Buna göre Antlaşma hükümlerinin bir yatırıma uygulanabilmesi için yatırımı etkileyen “olayların” Antlaşmanın geçerlilik tarihinden “sonraki dönemde” gerçekleşmiş olması şarttır. Enerji Şartı Antlaşmasındaki ilave şart, ikili yatırım antlaşmalarındaki benzer nitelikli hükümlerden daha geniş yorumlanmalıdır. İkili yatırım antlaşmalarında öngörülen zaman kısıtlaması, bu antlaşmaların imza veya yürürlük tarihinden önceki dönemde ortaya çıkan “uyuşmazlık”lara ilişkin olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık Enerji Şartı Antlaşması, ikili yatırım antlaşmalarının aksine, yürürlük tarihinden önceki dönemde ortaya çıkan ve yatırım sürecini etkileyen tüm “olayları” uygulama alanı dışına itmiştir. Bu itibarla, Enerji Şartı Antlaşmasının zaman bakımından kısıtlayıcı hükmü, önceki yatırımlar bakımından “uyuşmazlık düzeyine erişmiş olmayan” olayları da kapsayacak biçimde kaleme alınmıştır.

Yatırım antlaşmalarının sağladığı hukuki korumadan faydalanabilmek için sadece yatırım kavramının unsurlarının karşılanması yeterli değildir. Bunun yanında gerçek veya tüzel kişiler, yatırımcı sıfatının varlığına ilişkin yatırım antlaşmalarında öngörülen şartları şahıslarında gerçekleştirdikleri müddetçe, bu antlaşmaların hukuki korumasından istifade edebileceklerdir.

Enerji Şartı Antlaşmasındaki yatırımcı tanımı gerçek kişiler bakımından ele alındığında, Antlaşmanın diğer yatırım antlaşmalarında kullanılan klasik ölçütlerden birden fazlasına müracaat ettiği görülmektedir. Ne var ki Antlaşma, bu ölçütlerin bir arada bulunması zorunluluğunu

getirmemektedir. Bir diğ er ifadeyle Antlaşmada, bahse konu ölçütlere alternatifli olarak yer verilmiş ve bu suretle Antlaşmanın koruma kapsamı genişletilmiştir. Bir gerçek kişinin Antlaşmaya taraf devletlerden birinin yatırımcısı olarak kabul edilebilmesi için; söz konusu devletin vatandaşı olması veya söz konusu devlette daimi ikamet hakkına sahip olması gereklidir. Antlaşmada tüzel kişiler bakımından ise taraf devletin hukukuna uygun olarak, o devlette “örgütlenen” şirket veya diğ er organizasyonlar, o devletin yatırımcısı olarak kabul edilmiştir. Örgütlenme yeri kıstasının, yatırımcının faaliyetlerini yürüttüğü yer ile fiili idare merkezi yeri arasında bir yerde konuşlandırıldığı ifade edilebilir. Bir diğ er ifadeyle örgütlenme yeri, yatırımcının ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak faaliyette bulunduğu herhangi bir yer şeklinde düşük bir eşikte algılanmamalı, ne var ki bu eşğin çıtası fiili idare merkezi seviyesine de yükseltilmemelidir.

Enerji Şartı Antlaşmasında sadece Antlaşmanın sağladığı hukuki korumadan faydalanabilecek yatırımcıların sayılmasıyla yetinilmemiş, aynı zamanda Antlaşma kapsamı dışında bırakılan yatırımcılara da yer verilmiştir. Antlaşmanın 17. maddesinde düzenlenen bahse konu yatırımcıların, posta kutusu şirketleri ile siyasi veya ekonomik kısıtlama uygulanan devletlerin yatırımcıları bakımından ele alınması mümkündür. Posta kutusu şirketleri, taraf devletlerden birinde örgütlenmekle birlikte, bu devlette esaslı bir işletme faaliyeti bulunmayan ve gerçekte üçüncü devlet tabiiyetindeki kişilerce kontrol edilen tüzel kişiler olarak tanımlanmaktadır. İşte Antlaşmanın 17(1) maddesi, belirtilen şartlar altında, bir posta kutusu yatırımcısının Antlaşmanın III No’lu Bölümünde öngörülen yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin haklardan mahrum bırakılabilmesi hususunu düzenlemektedir. Enerji Şartı Antlaşmasının 17(2) maddesinde de, ev sahibi devletlere bazı şartlar altında, üçüncü bir devletin yatırımcısı tarafından gerçekleştirilen yatırımlar bakımından, Antlaşmanın III No’lu bölümünde sağlanan avantajları reddetme imkânı verilmiştir. Maddeye göre avantajların reddi imkânının kullanılabilmesi için öncelikle bu imkânı kullanan Antlaşma tarafı devlet tarafından, yatırım faaliyetinin üçüncü bir devletin yatırımcısı tarafından gerçekleştirildiği ispat

edilmelidir. Bu şartın haricinde Antlaşma tarafı devlet, kendisi ile bahse konu üçüncü devlet arasında diplomatik bir ilişki bulunmadığını veya bu devlete yönelik ticari kısıtlamalar uyguladığını da ispat etmek durumundadır.

Yatırımların korunmasına ilişkin temel kurallar, Enerji Şartı Antlaşmasının “Yatırımların Teşviki ve Korunması” başlıklı III No’lu Bölümünde düzenlenmiştir. Bölüm kapsamında; enerji sektöründe gerçekleştirilen yatırımların korunması bağlamında temel koruma standartlarına yer verilmiştir. Antlaşmada “Genel Davranış/Koruma Standartları” üst başlığı altında sıralanan bu ilkelerin; “koruma ve güvenlik”, “âdil ve hakkaniyete uygun muamelede bulunma” ve “ayrımcılık yasağı” başlıkları altında özetlenmesi mümkündür.

Koruma ve güvenlik ilkesi Enerji Şartı Antlaşmasının 10(1) maddesinde yer verilen genel işlem şartlarından biridir. Antlaşma metninde söz konusu ilkeye, “en muntazam biçimde koruma ve güvenlik” ibareleri kullanılmak suretiyle yer verilmiştir. Bu ilke, sadece yatırım ve yatırımcıya yönelmiş fiziksel şiddet eylemlerine değil, yatırımcının iktisadi, hukuki ve idari güvenliğini tehdit eden ev sahibi devlet davranışlarına karşı da koruma vazifesi üstlenmelidir. Enerji yatırımı kavramının tanımı bakımından da, koruma ve güvenlik ilkesinin geniş kapsamlı yorumlanması gerektiği beyan edilebilir. Zira enerji yatırımı kavramı gayri maddi mal varlığı değerlerini de ihtiva edecek bir çerçevede tanımlanmıştır. Bu noktada koruma ve güvenlik ilkesinin sadece fiziksel şiddet eylemlerine karşı koruma bahşettiği kabul edilecek olursa, gayri maddi mal varlığı değerlerinin ne şekilde fiziksel şiddete maruz kalacağı sorusunu cevaplayabilmek kolay olmayacaktır. Diğer taraftan ev sahibi devletler ile yatırımcılar arasındaki menfaat dengesinin temini bakımından, koruma ve güvenlik ilkesi kapsamında var olan ev sahibi devlet sorumluluğunun kusursuz sorumluluk değil, “özen sorumluluğu” kapsamında değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Âdil ve hakkaniyete uygun muamelede bulunma yükümlülüğü Enerji Şartı Antlaşmasının 10(1) maddesi kapsamında yatırımların korunmasına ilişkin kabul edilen temel ilkelerden birini teşkil etmektedir. İlkeye yönelik,

diğer yatırım antlaşmalarına ilişkin tahkim yargılamalarında kabul edilen değerlendirme kriterleri Enerji Şartı Antlaşması bakımından da geçerlidir. Bu kapsamda; ev sahibi devlet eylemlerinin bir neticesi olarak yatırımcının yatırım sürecinin başlangıcında sahip olduğu haklı beklentilerinin boşa çıkarılması, ev sahibi devletin yatırımcıya karşı keyfi tavır benimsemesi, ev sahibi devlet tarafından âdil yargılanma hakkına ve usul kurallarına riayet edilmemesi ve ev sahibi devlet tarafından iyi niyet prensibine uygun hareket edilmemesi âdil ve hakkaniyete uygun muamele ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır.

Enerji Şartı Antlaşmasının benimsediği bir diğer koruma standardı ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılara karşı ayrımcı davranmama yükümlülüğüdür. Enerji Şartı Antlaşmasında ev sahibi devletin ayrımcı nitelikli davranışlarının engellenmesi amacıyla kabul edilen bu standart altında milli muamele ve en çok gözetilen ulus kayıtlarına yer verilmiştir. Antlaşmanın 10(7) maddesine göre; her bir taraf devlet, kendi yatırımcıları, diğer taraf devlet yatırımcıları veya üçüncü bir devlet yatırımcılardan hangisine daha avantajlı haklar sunuyor ise, kendi ülkesinde yatırım yapan taraf devlet yatırımcılarına da asgari seviyede bu hakları tanımak durumundadır.

Ev sahibi devletin, yabancı yatırımlara yönelik olarak, benzer nitelikteki yerli yatırımlardan daha düşük koruma seviyesi bahşetmeyeceğine ilişkin taahhütte bulunması, milli muamele kaydı olarak isimlendirilmektedir. Milli muamele kaydı, ev sahibi devletleri hukuki düzenlemeler veya idari kararlar marifetiyle yabancı ve yerli yatırımcılar arasında bir ayrıma gitmekten men etmeyi ve bu suretle yabancı yatırımların korunmasına hizmet etmeyi amaçlamaktadır. Enerji Şartı Antlaşmasında münhasıran milli muamele kaydının kavramsal içeriğine değinilmiş, ne var ki bu kaydın unsurlarına yönelik bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ötesinde Antlaşmada, diğer ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarının aksine, “benzer nitelikli yatırımlar” ibaresine dahi yer verilmemiştir. Buna karşın hakem heyetlerinin kararlarında ve doktrin görüşlerinde Enerji Şartı Antlaşması kapsamındaki uyuşmazlıklarda da benzerlik değerlendirmesi yapılması gerekliliğinin ortaya

konmuş, bu sayede bahse konu ibarenin Antlaşma metninde geçmiyor olmasından kaynaklanan belirsizlik durumu giderilmiştir.

Ayrımcı davranmama ilkesi kapsamında incelenen bir diğer koruma standardı en çok gözetilen ulus kaydıdır. En çok gözetilen ulus kaydının gündeme gelebileceği en temel hâl, ev sahibi devletin üçüncü devletlerle akdettiği yatırım antlaşmalarıdır. Tabiiyetinde bulunduğu devlet ile ev sahibi devlet arasında yatırım antlaşması akdedilen yabancı yatırımcı, ev sahibi devletin üçüncü devletle akdettiği bir başka yatırım antlaşmasındaki hükümlerin kendisi bakımından geçerli olmasını talep etmek suretiyle bu kayda başvurabilecektir. En çok gözetilen ulus kaydının uygulanma kabiliyetini haiz olabilmesi için ev sahibi devlet davranışlarının yöneldiği ihtilaf konuları arasında da ayniyet bulunmalıdır. Bu noktadaki temel tartışmayı, en çok gözetilen ulus kaydının, uyuşmazlık çözüm hükümleri bakımından uygulanabilir olup olmadığı hususu oluşturmaktadır. En çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanı belirlenirken evvela taraf devletlerin ilgili yatırım antlaşmasına yansıttıkları iradeye öncelik verilmelidir. Bir diğer ifadeyle ilgili yatırım antlaşmasında açıkça beyan edilmediği sürece, kural olarak kaydın uyuşmazlık çözüm hükümlerini içermediği tespit edilmeli, ne var ki öncelikle yerel mahkemeye müracaat yükümlülüğü ve bekleme süresi ise bu kuraldan müstesna tutulmalıdır. Bu tespitten hareketle, Antlaşmada en çok gözetilen ulus kaydının son derece yalın biçimde kaleme alındığı görülmektedir. Yani söz konusu madde metninden Antlaşmaya taraf olan devletlerin kaydın kapsamını uyuşmazlık çözüm hükümlerini içerecek biçimde belirlediklerini ifade edebilmek mümkün değildir. O hâlde yukarıda zikredilen kuralın Enerji Şartı Antlaşması bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Enerji yatırımlarına ilişkin uyuşmazlıkların önemli bir kısmı kamulaştırma ve devletleştirme uygulamalarından kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede, Enerji Şartı Antlaşmasında taraf devletlerden birinin alanında yatırım yapan diğer taraf devlet yatırımcısına ait yatırımının kamulaştırılmayacağı, devletleştirilemeyeceği, kamulaştırma veya devletleştirmeye eş etkili sonuçlar doğuran tedbir yahut tedbirlere maruz

bırakılamayacağı hükme bağlanmıştır. Enerji Şartı Antlaşmasında da doğrudan ve dolaylı kamulaştırma şeklinde bir ayrıma yer verilmemiştir. Ancak Antlaşmanın 13(1) maddesiyle taraf devletlerin, kamulaştırmaya “eş etkili sonuç doğuran tedbirler” almaktan men edilmiş olması, Antlaşmanın dolaylı kamulaştırma sonucunu doğuran işlemleri de yasakladığı neticesine ulaşabilmek için yeterlidir. Diğer taraftan bir enerji yatırımının kamulaştırıldığından bahsedebilmek için öncelikle ev sahibi devlet tasarrufunun yatırımcıyı yatırımı kullanma kapasitesinden veya yatırımdan elde etmeyi beklediği menfaatten esaslı biçimde mahrum bırakması gereklidir. Ev sahibi devlet tasarrufunun süreklilik arz etmesi, kamulaştırmanın varlığı için aranan bir diğer unsur oluşturmaktadır. Bunun yanında enerji yatırımlarının ev sahibi devlet tarafından kamulaştırılması; kamu yararı amacıyla, ayrımcılık gütmeden, usul kurallarına uygun olarak ve derhâl, yeterli ve etkili bir tazminat ödenerek gerçekleştirilmiş ise hukuka uygun kabul edilebilecektir.

KAYNAKLAR

- ALTINTAŞ M. Ayhan, “Uluslararası Yatırımların Korunması Temel Uyuşmazlıklar ve Tahkim Kurulları”, Dünya ve Uluslararası Hukukun Gerçekleri ve Türkiye’deki Egemenlik ve Uluslararası Tahkim Tartışmaları Üzerine, **Hazine Dergisi**, S. 10, ss. 1-40, Nisan 1998.
- ALTIPARMAK Kerem, ““Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, C. 45, S. 1-4, ss. 219-250, 1996.
- ARAT Tuğrul, Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 269, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.
- AYDOĞMUŞ Yasemin, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Y. 29, S. 1-2, ss. 21-84, 2009.
- AYGÜL Musa, **Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.
- BAKLACI Pınar, “Uluslararası Yatırımlarda “Dolaylı Kamulaştırma” ve Düzenleyici Yetkiler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Y. 28, S. 1-2, ss. 1-25, 2008.
- BAMBERGER Craig, LİNEHAN Jan, WALDE Thomas, “**The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase**”, Energy Law in Europe National, EU and International Regulation (Ed. Martha Roggenkamp), Oxford University Press, New York 2000.
- BANIFATEMI Yas, “**The Emerging Jurisprudence On The Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration**”, Investment Treaty Law: Current Issues III (Ed. Andrea Bjorklund/Ian Laird/Sergey Ripinsky), British Institute of International and Comparative Law, pp. 241-273, 2009.

- BISHOP R. Doak/Crawford James/Reisman William Michael, **Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary**, Kluwer Law International, Hague 2005.
- BOZKURT Enver, DOST Süleyman, **Devletlerin Yabancı Yatırımcıların Mülkiyet Hakkına Müdahalesine İlişkin Olarak ICSID Tahkim Uygulamasında Ortaya Çıkan Genel Prensipler ve Sonuçları**, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. I, No. I, ss. 1-18, 2005.
- CAMERON Peter D, **International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability**, Oxford University Press, New York 2010.
- CEYLAN Ali, KORKMAZ Turhan, **Borsada Uygulamalı Portföy Yönetimi**, 3. Baskı, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, 1998.
- CHALAMISH Efraim, “**An Oasis in the Desert: The Emergence of Israeli Investment Treaties in the Global Economy**”, Loyola International and Comparative Law Review, Vol. 32, pp. 123-208, 2010.
- CHEN John-Ren, **Foreign Direct Investment, International Financial Flows and Geography**, Foreign Direct Investment (Ed. Chen John-Ren), St. Martin’s Press, New York 2000.
- COLLINS David, “**Applying the Full Protection and Security Standard of Protection to Digital Investments**”, Journal of World Investment and Trade, Vol. 12. No. 2, pp. 225-243, 2011.
- COOP Graham, “**The Energy Charter Treaty: More Than A MIT**”, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty (Ed. Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 3-21, New York 2006.
- ÇAL Sedat, “Enerji Şartı Sözleşmesi ve Yatırım Tahkimi”, **II. Uluslararası Tahkim Sempozyumu**, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss. 1-16, 14 Şubat 2009, s. 2, 3.
- ÇAL Sedat, Enerjide Tersine Reform veya Quo Vadis?, **Cumhuriyet Enerji Dergisi**, ss. 6-7, 2008.

- ÇALIŞKAN Yusuf, **The Development of International Investment Law: Lessons From the OECD MAI Negotiations and Their Application to a Possible Multilateral Agreement on Investment**, Boca Raton, Florida, USA 2008.
- ÇELİKEL Aysel, GELGEL Günseli Öztekin, **Yabancılar Hukuku**, Yenilenmiş 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.
- ÇETENAK Emin Hüseyin, **Yabancı Portföy Yatırımlarının Hisse Senedi Getirileri Üzerine Etkisi: İMKB Üzerine Bir Uygulama**, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Adana 2006.
- DOĞAN Vahit, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, Yenilenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- DOLZER Rudolf, SCHREUER Christoph, **Principles of International Investment Law**, Oxford University Press, New York 2008.
- DOLZER Rudolf, STEVENS Margrete; **Bilateral Investment Treaties, Kluwer Law International**, Martinus Nijhoff Publishers, Hague 1995.
- DOMANSKI Grzegorz, Swiatkovski Marek, **“Application of Most Favoured Nation Clause to Jurisdiction Provisions in Light of the Award in Austrian Airlines v. Slovakia”**, Czech Yearbook of International Law, pp. 73-92, 2011.
- DOST Süleyman, “Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya Ilgın Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID)”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 81, S. 3, ss. 1071-1088, 2007.
- DPT, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000.
- DÜZENLİ Celal, **Doğrudan Yabancı Yatırımların Gelişmekte Olan Ülke Ekonomilerine Etkileri: Serbest Bölgeler Açısından Bir Analiz**, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2006.

- EKİNCİ Alper, **Çin Yabancı Sermaye Türkiye**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- EMEK Uğur, **Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü**, Devlet Planlama Teşkilatı, Haziran 1999.
- ENERGY CHARTER SECRETARIAT, **The Energy Charter Treaty A Reader's Guide**, Brussels 2004 (Reader's Guide).
- ENERGY CHARTER SECRETARIAT, **The Energy Charter Treaty and Related Documents A Legal Framework For International Energy Cooperation**, Brussels 2004 (Related Documents).
- ENERGY CHARTER SECRETARIAT, **Expropriation Regime under the Energy Charter Treaty**, Brussels 2012.
- ENERJİ VE TABİİ KAYNAKLAR BAKANLIĞI, **Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı 2010-2014 Stratejik Planı**, Ankara 2010.
- ENERJİ VE TABİİ KAYNAKLAR BAKANLIĞI, **Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Bağlı ve İlgili Kuruluşlarının Amaç ve Faaliyetleri (Mavi Kitap)**, Ankara 2011.
- ERÇAKAR M. Emin, Karagöl Erdal Tanas, "Türkiye'de Doğrudan Yabancı Yatırımlar", **Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, SETA Analiz Dergisi**, S. 33, ss. 4-32, Ocak 2011.
- ERKAN Mustafa, **Mitigating Political Risks for Transnational Energy Projects through Contractual Mechanisms, University of Exeter**, Thesis for the Degree of Doctor of Philosophy in Law, January 2009.
- ERTEN Rifat, **Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005.
- EUROPEAN CENTRAL BANK, **European Union Balance of Payments/International Investment Position Statistical Methods**, Frankfurt 2007.

- FIETTA Stephen, **“Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?”**, International Arbitration Law Review, Issue 4, Sweet and Maxwell, pp. 131-138, 2005.
- FRIEDLAND Paul D., **“The Scope of Most Favoured Nation Treatment under the Energy Charter Treaty”**, Investment Protection and The Energy Charter Treaty (Ed. Graham Coop/Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 101-155, New York 2008.
- GAILLARD Emmanuel, **“Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause”**, New York Law Journal, International Arbitration Law, Vol. 233, No. 105, pp. 1-3, June 2, 2005.
- GAILLARD Emmanuel, **“Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims-The SGS Cases Considered”**, International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law (Ed. Todd Weiler), Cameron May Ltd, pp. 325-346, London 2005.
- GAILLARD Emmanuel, **“Investments and Investors Covered By The Energy Charter Treaty”**, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty (Ed. Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 54-73, New York 2006.
- GÖKYAYLA Cemile Demir/Süral Ceyda, **“4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler”**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD), C. 6, No. 2, ss. 131-167, 2004.
- GÖRMEZÖZ Kızbes Kılıç, **Türkiye’ye Doğrudan Gelen Yabancı Sermaye Yatırımlarının İstihdam Üzerindeki Etkileri**, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, Ankara 2007.
- HALEY George T., **“Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment in Emerging Markets”**, Marketing Intelligence & Planning 18/5, pp. 273-280, 2000.

- HAMIDA Walid Ben, **“The Mihaly v. Sri Lanka Case: Some Thoughts Relating to the Status of Pre-Investment Expenditures”**, International Investment Law And Arbitration: Leading Cases From The ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties And Customary International Law (Ed. Todd Weiler), Cameron May Ltd, pp. 47-76, London 2005.
- HOBBER Kaj, **“Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty”**, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 1, No. 1, pp. 153-190, 2010.
- HUNTER Martin/Barbuk Alexei, **“Reflections on the Definition of an “Investment””**, In Liber Amicorum in Honor of Robert Briner, ICCA-International Council for Commercial Arbitration, pp. 381-399, 2008.
- ICSID, ICSID Convention, Regulations and Rules, Report of the Executive Directors on the Convention, ICSID/15, April 2006.
- IMF, Balance of Payments and International Investment Position Manual, Sixth Edition, Washington D.C. 2009.
- İMKB, Sermaye Piyasası ve Borsa Temel Bilgiler Kılavuzu, 21. Basım, Ekim 2011.
- JAGUSCH Stephen/Sinclair Anthony, **“Investment Dispute Resolution and the Energy Charter Treaty Part II. Denial of Advantages under Article 17(1)”**, Investment Protection and The Energy Charter Treaty (Ed. Graham Coop/Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 17-45, New York 2008.
- JAGUSCH Stephen/Sinclair Anthony, **“The Limits of Protection for Investments and Investors under the Energy Charter Treaty”**, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty (Ed. Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 73-103, New York 2006.
- JONES Jonathan, WREN Colin, **Foreign Direct Investment and the Regional Economy**, Ashgate Publishing Group, Hampshire 2006.

KESKİN Bayram, **Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2006.

KHATIDZE George, **Investment under the Energy Charter Treaty: Protecting the Foreign Energy Investment by means of the Energy Charter Treaty Provisions**, VDM Verlag Dr. Müller GmbH & Co KG, Saarbrücken 2010.

KILAVUZ Ali Kemal, “Enerji Şartı Antlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)**, C. XIII, S. 1-2, ss. 179-215, 2009.

KNILL April M., **“Does Foreign Portfolio Investment Reach Small Listed Firms?”**, European Financial Management, Blackwell Publishing Ltd, 2010.

LAIRD Ian, **“A Community of Destiny-The Barcelona Traction Case and Development of Shareholder Rights to Bring Investment Claims”**, International Investment Law And Arbitration: Leading Cases From The ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties And Customary International Law (Ed. Todd Weiler), Cameron May Ltd, pp. 77-96, London 2005.

LIBERTI Lahra, **“Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Overview”**, OECD Working Papers on International Investment, No. 2010/01, OECD Publishing, pp. 3-36, 2010.

MALIK Mahnaz, **“Definition of Investment in International Investment Agreements”**, International Institute for Sustainable Development, Foreign Investment for Sustainable Development Program, Best Practice Advisory Bulletins, pp. 1-18, August 2009.

MCLACHLAN Campbell, SHORE Laurence, WEINIGER Matthew, **International Investment Arbitration Substantive Principles**, Oxford University Press, New York 2010.

- MISTELIS Loukas A., BALTAG Crina Mihaela, “**Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty**”, Penn State Law Review, Vol. 113, No. 4, pp. 1301-1321, 2009.
- MOLE Nuala, HARBY Catharina, Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, **İnsan Hakları Kitapçıkları**, No. 3, Directorate General of Human Rights Council of Europe, 2001.
- MOOSA Imad A., **Foreign Direct Investment: Theory, Evidence and Practice**, Palgrave Macmillan, New York 2002.
- MORTENSON Julian Davis, “**The Meaning of “Investment”**: ICSID’s **Travaux and the Domain of International Investment Law**”, Harvard International Law Journal (HILJ), Vol. 51, No. 1, pp. 257-318, Winter 2010.
- NEWCOMBE Andrew, PARADELL Lluís, **Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment**, Wolters Kluwer Law & Business, Kluwer Law International, 2009.
- OECD, Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, Fourth Edition, 2008.
- OECD, Most-Favoured-Nation Treatment In International Investment Law, Working Papers On International Investment, No. 2004/2, September 2004.
- OECD, National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises, Including Adhering Country Exceptions to National Treatment, 2010.
- ORMANOĞLU Burhan, Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim, Devlet Bütçe Uzmanlığı **Araştırma Raporu**, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, Ankara 2004.
- ÖZYAKIŞIR Deniz, “**Çok Tarafli Yatırım Antlaşması (MAI): Teorik/Eleştirel Bir Değerlendirme**”, Stratejik Öngörü, S. 11, ss. 75-83, 2007.

- PARK William W., “**Tax Arbitration and Investor Protection**”, Investment Protection and The Energy Charter Treaty, (Ed. Graham Coop/Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 115-155, New York 2008.
- PARRA Antonio R., “**Investments and Investors Covered by the ECT and other Investment Protection Treaties-Introduction**”, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty (Ed. Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 51-54, New York 2006.
- PERERA A. Rohan, “**Current Trends In International Investment Agreements-New Legal Challenges for Developing Countries**”, Commemorative Essays in International Law, Asian-African Legal Consultative Organization, pp. 113-123, 2007.
- RODRIGUEZ Alejandro Faya, “**The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?**”, Journal of International Arbitration (JIA), Vol. 25(1), Kluwer Law International, pp. 89-102, The Netherlands 2008.
- SALACUSE Jeswald W., “**The Energy Charter Treaty and Bilateral Investment Treaty Regimes**”, The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade (Ed. Thomas W. Walde), Kluwer Law International, pp. 321-348, London 1996.
- SALACUSE Jeswald W., The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, New York 2010.
- SCHILL Stephan W., “**Multilateralizing Investment Treaties Through Most-Favored-Nation Clauses**”, Berkeley Journal of International Law (BJIL), Vol. 27, No. 2, pp. 496-569, 2009.
- SCHREUER Christoph H., “**Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice**”, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 6, No. 3, Geneva 2005.

- SCHREUER Christoph H., “**Selected Standarts of Treatment Available under the Energy Charter Treaty, Part I. Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standarts**”, Investment Protection and The Energy Charter Treaty (Ed. Graham Coop/Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 63-100, New York 2008.
- SCHREUER Christoph H., “**The Concept of Expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties**”, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty (Ed. Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 108-159, New York 2006.
- SCHREUER Christoph H., “**The Dynamic Evolution of the ICSID System**”, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Taking Stock after 40 Years, Nomos Verlagsgesellschaft, (Ed. Rainer Hofmann/Christian J. Tams), pp. 15-30, Baden 2007.
- SCHREUER Christoph H., The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, Cambridge 2001.
- SCHREUER Christoph, “**What is a Legal Dispute?**”, International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner (Ed. Buffard Isabelle/Crawford James/Pellet Alain/Wittich Stephan), Martinus Nijhoff Publishers, pp. 959-980, 2008.
- SHEPPARD Audley, “**The Distinction Between Lawful and Unlawful Expropriation**”, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty (Ed. Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 169-199, New York 2006.
- SLATER Matthew D., “**The Energy Charter Treaty: A Brief Introduction to Its Scope and Initial Arbitral Awards**”, Alternative Dispute Resolution in the Energy Sector, (Ed. Association for International Arbitration), Maklu Publishers, pp. 15-54, 2009.

- SOHNKE M. Bartram/Gunter Dufey, “**International Portfolio Investment: Theory, Evidence, and Institutional Framework**”, Financial Markets Institutions & Instruments, Vol. 10, No. 3, pp. 85-155, New York 2001
- SORNARAJAH M., The International Law On Foreign Investment, Cambridge University Press, Third Edition, Cambridge 2011.
- ŞAHİN Serkan, **İMKB’de Yükselen Piyasa ve Düşen Piyasa Dönemlerinde Durumsal İlişki Analizi**, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş 2006.
- TANRIVER Süha, “**Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD), S. 53, ss. 191-215, 2004.
- TCMB, Uluslararası Yatırım Pozisyonu Raporu, Aralık 2009
- TEKİNALP Gülören, “**Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı**”, İÜHF 50.Yıl Armağanı Cumhuriyet Döneminde Hukuk, Vedat Kitapçılık, ss. 551-579, 1973.
- TEKİNALP Gülören, TEKİNALP Ünal, Avrupa Birliği Hukuku, Beta Yayınevi, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2000.
- TİRYAKİOĞLU Bilgin, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2003.
- TİRYAKİOĞLU Bilgin, “**Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi**”, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları 1(2), ss. 169-184, 2007.
- TİRYAKİOĞLU Bilgin, “**Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler, Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye**”, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, ss. 165-181, 2001.
- TRUSCOTT Peter, “**The Interface Between Commercial and Political Risk: Issues of Regulation, Governance and Security in Western**

and Emerging Markets", Whitehall Papers, Vol. 67, Issue. 1, pp. 23-37, 2006.

TURANLI Hüsnu, **Doğrudan Yabancı Yatırımların Hukuki Çerçevesi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2008.

ULAŞ Dilber, **"AB'ye Yönelen Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve Çok Uluslu İşletmelerin Üretim Yeri Seçim Kararları"**, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi (AAÇD), C. 8, No. 2, ss. 77-95, Bahar 2008.

ULAŞ Dilber, **"Çokuluslu Şirketlerin Ortak Girişim Stratejisini Kullanma ve Sonlandırma Nedenleri"**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), C. 59, S. 2, ss. 151-178, 2004.

UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends In Investment Rulemaking, New York/Geneva, 2007 (Bilateral Investment Treaties).

UNCTAD, Dispute Settlement, "International Centre for Settlement of Investment Disputes 2.5. Requirements Ratione Materiae", United Nations, New York/Geneva, 2003.

UNCTAD, Fair And Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations, New York/Geneva 1999.

UNCTAD, Intellectual Property Provisions in International Investment Arrangements, IIA Monitor No. 1, International Investment Agreements, United Nations, New York/Geneva, 2007 (Intellectual Property).

UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking, United Nations, New York/Geneva 2007 (Investor-State Dispute Settlement).

- WALDE Thomas W., **“Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues”**, 1 Transnational Dispute Management, 2004.
- WALDE Thomas W.. HAMİDA Walid Ben, **“The Arbitrability of “Pre-Investment” (Investment Admission) Disputes under the ECT”**, Investment Protection and The Energy Charter Treaty (Ed. Graham Coop/Clarisse Ribeiro), JurisNet LLC, pp. 174-190, New York 2008.
- WALDE Thomas, International Investment Under the 1994 Energy Charter Treaty, 1996.
- WETTERFORS Jonas, **“The First Investor-State Arbitration Award Under The 1994 Energy Charter Treaty, Nykomb Synergetics Technology Holding AB, Sweden (“Nykomb”) vs. The Republic of Latvia, A Case Comment”**, 2(1) Transnational Dispute Management, pp.1-15, 2005.
- WORLD BANK, World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, Part IV, Expropriation and Unilateral Alterations or Termination of Contracts, 1992.
- YANNACA-SMALL Catherine, International Investment Law: Understanding Concepts And Tracking Innovations Companion Volume to International Investment Perspectives, OECD Publishing, 2008.
- YAVAN Nuri, **Türkiye’de Doğrudan Yabancı Yatırımların Lokasyon Seçimi Üzerine Uygulamalı Bir Araştırma**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Coğrafya Anabilim Dalı Beşeri ve İktisadi Coğrafya Bilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2006.

İNTERNET KAYNAKLARI

ANDERSON Scot, **Expropriation, Nationalisation and Risk Management, Touch Briefings**, 2008. (<http://www.touchbriefings.com/pdf/3046/anderson.pdf>).

ASEAN, The Association of Southeast Asian Nations (http://www.aseansec.org/about_ASEAN.html).

CAMBRIDGE Online, (<http://dictionary.cambridge.org>).

COMESA, The Common Market for Eastern and Southern Africa (<http://about.comesa.int>).

ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA, (<http://www.britannica.com>).

ENERGY CHARTER TREATY, (<http://www.encharter.org>).

ERGÜN Çağdaş Evrim, **Enerji Alanında Tahkim Kararlarının Hukuki Analizi ve Güncel Sonuçları**, Dünya Enerji Konseyi Türk Milli Komitesi, Ankara, 24 Kasım 2006 (http://www.dektmk.org.tr/pdf/enerji_kongresi_10/cagdas.pdf).

I.C.J, Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, Case Concerning The Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited (Second Phase), 1970 (<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5389.pdf>).

ITALAW, (<http://italaw.com>).

NAFTA, North American Free Trade Agreement (<http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=343&mtpilD=120>).

OECD, Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI) (<http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>).

OKSAY Suna, **Çokuluslu Şirketler Teorileri Çerçevesinde Yabancı Sermaye Yatırımlarının İncelenerek Değerlendirilmesi** (<http://www.econturk.org/Turkiyeekonomisi/oksay3.pdf>).

ORAK Cem Çağatay, 4501 Sayılı Kanun Kapsamında Yabancılık Unsuru,
(<http://www.cakmak.av.tr/pdf/4501.pdf>)

OXFORD ENGLISH DICTIONARY, (<http://oxforddictionaries.com>).

TÜRK DİL KURUMU, Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü / Tecim, Maliye,
Sayışmanlık ve Güvence Terimleri Sözlüğü, 1972
(<http://tdkterim.gov.tr/bts>).

UNCTAD, Promotion of Investment Into Infrastructure A Survey of
Investment Promotion Agencies, 2008
(http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20082_en.pdf).

UNITED NATIONS, UN General Assembly Resolution 1803 (XVII) of 14
December 1962, “Permanent Sovereignty Over Natural Resources”
(<http://www2.ohchr.org/english/law/resources.htm>).

WHITE & CASE, ICSID Arbitration Award for Leading Czech Bank, White &
Case Obtains Record-Setting, Press Releases, Washington DC,
Prague, April 1, 2005 (<http://www.whitecase.com>).

WIKIPEDIA, (<http://tr.wikipedia.org/wiki/Petrokimya>).

YARGITAY, (<http://www.yargitay.gov.tr>).

ÖZET

YILMAZ, Alper Çağrı. Enerji Yatırımları ve Uluslararası Koruma Standartları, Doktora Tezi, Ankara, 2012.

Çalışmamızın konusunu, “Uluslararası Yatırım Hukukunda Enerji Yatırımlarının Korunması” oluşturmaktadır. Uluslararası hukukta yatırımların teşviki ve korunması konusu ağırlıklı olarak ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında düzenlenmiştir. Tarihsel süreç içinde bazı faaliyet sahalarının yerel ve küresel ekonomi üzerinde artan etkisi, münhasıran bu alanlara yönelik uluslararası düzenlemeler yapılmasının yolunu açmıştır. Bahsi geçen alanlar arasında enerji sektörüne ilişkin yatırımlar başat rol oynamaktadır. Bu çerçevede serbest bir enerji piyasasının tesisi ve enerji arz güvenliğinin temini için hukuki zemin oluşturulması temel amacı çerçevesinde, enerji sektöründeki işbirliğinin geliştirilmesine yönelik atılan en önemli uluslararası adım, 1994 yılında akdedilen Enerji Şartı Antlaşmasıdır.

Enerji yatırımlarının korunması bağlamında, uluslararası yatırım hukukunda yatırım ve yatırımcı kavramlarına yüklenen anlamın tahlil edilmesi özel önem taşımaktadır. Bu kavramların izahı hem Enerji Şartı Antlaşmasının uygulama alanının belirlenmesi hem de hakem heyetlerinin yargılama yetkisinin tespiti bakımından gereklidir. Zira yatırım uyuşmazlıklarının çözümü aşamasında, hakem heyetleri öncelikle somut ihtilaflarda yatırım ve yatırımcının mevcudiyeti konusunu incelemekte ve buna göre yargılama yetkilerinin bulunup bulunmadığı konusunda hüküm tesis etmektedir.

Enerji Şartı Antlaşmasında yabancı yatırımcının ev sahibi devlette maruz kalabileceği politik risklere karşı korunabilmesi amacıyla, ev sahibi devletin yatırımcı ve yatırıma yönelik üstlenmesi gereken bazı temel koruma standartlarına yer verilmiştir. Bu standartlar altında; haksız kamulaştırmanın önlenmesi, koruma ve güvenlik, âdil ve hakkaniyete uygun muamele ve ayrımcılık yapmama ilkeleri yer almaktadır. Antlaşmada milli muamele ve en

çok gözetilen ulus kayıtları ise ayrımcılık yapmama ilkesi kapsamında ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

1. Enerji Yatırımı
2. Enerji Yatırımcısı
3. Enerji Şartı Antlaşması
4. Enerji Yatırımlarının Korunması
5. Kamulaştırma

ABSTRACT

YILMAZ, Alper Çağrı. Energy Investments and International Standards of Protection, Doctorate Dissertation, Ankara, 2012.

The subject of this study is “The Protection of Energy Investments in International Investment Law”. The issue of promotion and protection of investments are mainly regulated in bilateral and multilateral investment treaties in international law. In historical process, the increasing impact of some activity areas upon domestic and global economy, pave the way for making international regulations on these areas. The energy investments have a great significance among the above mentioned activities. In this context, within the scope of constituting a legal structure for a liberal energy market and energy supply security, the Energy Charter Treaty, signed in 1994, is the most important step to promote the coordination on energy Sector at an international level.

The analysis of the concept of investment and investor in international investment law has a special meaning within the context of energy investment protection. It is essential to explain these concepts for both determining the execution area of Energy Charter Treaty and establishing the jurisdiction of the arbitration tribunals. Because, the arbitration tribunals primarily investigate the presence of investment and investor at investment disputes, then in accordance with this decision they decide upon their Jurisdiction.

In order to protect the foreign investor against any political risk factor at home/capital importing state, the Energy Charter Treaty has established some basic treatment standards which the home states are obliged to comply with. Under the head of these standards; the prevention of illegal expropriation, fair and equitable treatment, protection and security and anti-discrimination principles have taken place. National treatment and most

favoured nation treatment clauses are handled in the scope of anti-discrimination principle at the Energy Charter Treaty.

Key Words:

1. Energy Investment
2. Energy Investor
3. Energy Charter Treaty
4. The Protection of Energy Investments
5. Expropriation