

TÜRKİYE'NİN TARAF OLDUĞU İKİLİ VE ÇOK TARAFLI ANLAŞMALARDA YATIRIM KAVRAMI

Zeynep ÇALIŞKAN*

Giriş

İki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmalarının kapsamını belirlemede “yatırım” ve “yatırımcı” kavramlarının tanımı önemli rol oynamaktadır. Bu tanımlar, anlaşmanın uygulanacağı alanı belirtmekte ve özellikle anlaşmada yer alan yükümlülüklerin uygulanmasının kapsamını da tayin etmektedir. Çalışma konumuz olan “yatırım” kavramını Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Her ne kadar çalışma konumuz Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalardaki “yatırım” kavramı olsa da, konu ile ilgili son yıllardaki gelişmeleri göstermek amacıyla yeri geldiğinde diğer devletlerin imzalamış olduğu anlaşma örneklerine de yer verilmiştir.

Yabancı yatırımdan bahsedebilmemiz için üç temel unsurun varlığı gereklidir. Bu unsurlar; yatırımcı, kendi ülkesi dışında bulunan yatırımcının hukuki ilişki içinde bulunduğu ev sahibi devlet ve yatırımcının tabi olduğu kaynak devlettir¹. Yabancı yatırımlar değişik ayrımlara tabi tutulmakla birlikte, en çok yapılan doğrudan ve dolaylı yatırımlar ayrıdır. Çalışmamızda bu ayrım dikkate alınarak yatırım kavramı belirlenmiştir. Doğrudan yabancı yatırım, “maddi ve gayri maddi varlıkların bir ülkeden başka bir ülkeye, bu varlıkların sahibinin kısmen veya tamamen kontrolü altında, ev sahibi ülkenin refahı-

* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Doktora Öğrencisi, University of Exeter, LL.M.

¹ Bilgin TIRYAKIOĞLU, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Ankara, 2003, s. 9.

nı arttırmak amacıyla transferi olarak” tanımlanmaktadır². Dolaylı yatırımlar ise kısa vadeli sıcak para hareketleri olarak nitelendirilmektedir.

Bu çalışmamızda ilk olarak, iki taraflı yatırım anlaşmalarının uluslararası yatırım hukukundaki önemi ele alınmıştır. Daha sonra, iki taraflı yatırım anlaşmalarında yatırımın tanımı açıklanmıştır. Özellikle son on yıl içerisinde Türkiye’nin tarafı olduğu iki taraflı yatırım anlaşmaları ve diğer devletlerin imzaladıkları iki taraflı anlaşmaların bazıları incelenerek malvarlığı esas alınarak yapılan yatırım tanımı, totolojik unsur içeren yatırım tanımı ve kapalı liste yöntemiyle yatırımın tanımlanması trendleri açıklanmıştır. Çalışmamızda ayrıca, Türkiye’nin de taraf olduğu çok taraflı anlaşmalarda yatırım kavramının ne şekilde düzenlendiğinin üzerinde durularak, ICSID, Enerji Şartı ve MIGA anlaşmalarında yatırım tanımının nasıl düzenlendiği belirtilmiştir. Son kısımda ise ICSID tahkim yargılamasında yatırım kavramının değerlendirilmesi yapılmış olup, bu kapsamda *PSEG v Turkey* davası ve yatırım kavramı açısından önemli olan diğer davalarda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

I. İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Uluslararası Yatırım Hukukundaki Önemi

Yabancı yatırımları teşvik etmek ve korumak amacıyla yapılan iki taraflı yatırım anlaşmaları uluslararası yatırım hukukunun en önemli kaynaklarından biridir. Politik, tarihsel ve hukuki nedenlerin etkisiyle yabancı yatırımları tüm veçheleriyle düzenleyen çok taraflı bir yatırım anlaşmasının imzalanamamış olması ve buna rağmen devletlerin ekonomik ve politik nedenlerle yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin uluslararası yatırım hukukunda düzenleme yapma istekleri, iki taraflı yatırım anlaşmalarının imzalanmalarında önemli etkendir³.

Özellikle gelişmekte olan ülkelerin iki taraflı yatırım anlaşmaları yapmaya yönelmesinin bazı sebepleri vardır. İlk olarak, yatırım anlaşmaları belirli bir süre için yapıldığından süre sona erdiği zaman feshedilebilir. İkinci neden ise, iki akit devlet arasında yapıldığı için

² TİRYAKİOĞLU, (dn.1), 10.

³ TİRYAKİOĞLU, (dn.1), 163.

akit devletler açısından bağlayıcıdır. Üçüncü neden ise, ekonomik açıdan gelişmekte olan ülkeler bakımından yabancı yatırımın son derece önemli rol oynamasıdır. Dördüncü neden ise, gelişmekte olan ülkelerin uluslararası örgütlerde eskisine göre daha çok rol oynamalarının yanı sıra uluslararası hukukun gelişmiş ülkelerin gelişmekte olan ülkeleri yönetmek için bir araç olarak kullanıldığı düşüncesinin artık geride kalmış olmasıdır⁴.

Türkiye birçok ülkeyle iki taraflı yatırım anlaşması imzalamıştır. Ekonomik, sosyal ve siyasi sebeplerden dolayı bu anlaşmalar imzalanırken, anlaşmalara farklı hükümler konulabilmektedir. Fakat anlaşmalar incelendiğinde anlaşmalarda genelde benzer hükümlerin yer aldığı tespit edilmektedir. İki taraflı yatırım anlaşmaları, yatırımı teşvik etmek ve korumak amacıyla, çeşitli hükümler içermekte olup, başta adil ve eşit muamele, milli muamele, en çok gözetilen ulus kaydı ve kamulaştırmaya ilişkin düzenlemeler yabancı yatırımcıya hukuki güvenlik sağlamaktadır. Özellikle, iki taraflı yatırım anlaşmalarının uluslararası yatırım hukukunun en önemli kaynaklarından biri olmasında ve bu hukukun gelişimine katkı sağlamasında, bu anlaşmalarda yer alan yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında uyumsuzlukların çözümüne ilişkin düzenleme rol oynamaktadır. Zira bu düzenleme ile yabancı yatırımcı gerçek veya tüzel kişiler uluslararası hukukta süje (kişi) olarak kabul edilir duruma gelmiş ve yatırımı kabul eden ev sahibi devlete karşı dava açabilme imkanlarına sahip olmuşlardır⁵. Türkiye'nin de imzalamış olduğu iki taraflı yatırım anlaşmalarında da yabancı yatırımcının bu iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak Türkiye'ye karşı ICSID başta olmak üzere çeşitli tahkim kurumlarında uluslararası tahkim yoluna başvurabilme olanağının tanınması, bu anlaşmaların önemini arttırmaktadır.

II. İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yatırım Tanımı

Anlaşmalarda yer alan tanımlar maddesi birçok amaca hizmet eder. Bu madde, farklı ve zor politik konuları gündeme getirir ve taraflar

⁴ Rıfat ERTEN, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi içindeki Yeri ve Rolü*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2005, s. 157.

⁵ Elihu LAUTERPACHT, *International Law and Private Foreign Investment*, 4 Indiana Journal of Global Legal Studies, 259, 1997, s. 272.

arasında anlaşma öncesi ve anlaşmanın imzalanmasından sonra çeşitli tartışmalara ve problemlere konu olabilir. Zira taraflar ekonomik ve sosyal menfaatlerini anlaşmada yer alan tanımlar maddesini iyi kaleme alarak koruyabilmektedirler. Dolayısıyla, tanımlarla ilgili maddeyi sadece kelimelerin objektif anlamlarını formüle eden bir düzenleme olarak görmemek gerekir. Bu madde, anlaşmanın normatif kapsamını belirlemede önemli rol oynamaktadır. Çünkü anlaşmada yer alan diğer hükümlerin uygulanabilirlikleri ve uygulama kapsamını tanımlar belirlemektedir⁶. Diğer bir ifadeyle, yatırım kavramının tanımı o kadar önemlidir ki, yatırım anlaşmasında yer alan en çok gözetilen ulus kaydı, milli muamele ilkelerine ilişkin düzenlemelerin uygulanabilirlikleri ve uygulama kapsamı bu yatırım kavramı çerçevesinde olacaktır. Dolayısıyla, tanımlar ve çalışma konumuz olan “yatırım” tanımı her anlaşma açısından dikkatlice incelenmelidir⁷.

Genel olarak bakıldığında “yatırım” kavramı iki taraflı yatırım anlaşmalarında her türlü malvarlığını kapsayacak şekilde geniş ve sınırsız olarak tanımlanmıştır. Bunun nedeni öncelikle iki taraflı yatırım anlaşmaları, yatırımcı açısından kendini güvence altında hissetmesini sağlayan ve yatırımı koruma altına alan önemli bir kaynaktır. Diğer yandan, ev sahibi ülke açısından ise, iki taraflı yatırım anlaşmaları yabancı yatırımcının ev sahibi ülkeye yatırım yapmasını sağlayan ve dolayısıyla yatırımı teşvik eden uluslararası yatırım hukukunun en önemli kaynaklarından biridir.

Birçok iki taraflı yatırım anlaşmasında yatırımın standart bir tanımı yapılmıştır. Bu tanım genellikle yatırımcının her türlü malvarlığını kapsamaktadır. Ayrıca yine iki taraflı yatırım anlaşmalarının büyük çoğunluğunda bu tanıma ilave olarak bir de bu mal varlıklarının listesi örnek olarak yer alır. Belirtilmesi gerekli bir husus ise, çeşitli şekillerde yapılan yatırımların bazılarının ekonomik etkileri farklı olduğu gibi bazılarının da kalkınmaya olumsuz etkileri de olabilir. Dolayısıyla, devletler imzalayacakları iki taraflı yatırım anlaşmalarında her türlü yatırımı teşvik ve korumak istemeyebilirler. Bu nedenle bazı iki

⁶ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Trends in International Investment Agreements: An Overview, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, (Trends in International Investment Agreements)*, United Nations, New York and Geneva, 1999, s. 55.

⁷ UNCTAD, *Scope and Definition*, United Nations, New York and Geneva, 1999, s. 6.

tarafli yatırım anlaşmalarında da yatırım kavramı sınırlı olarak tanımlanmıştır⁸. Gerçekten, iki taraflı yatırım anlaşmaları incelendiğinde, iki taraflı yatırım anlaşmalarında malvarlığı esas alınarak yapılan yatırım tanımlamalarında bazı yatırımları koruma kapsamı dışında bırakmak için kapalı bir listeye yatırımların belirlendiği görülmektedir. Bazı ülkeler yaptıkları iki taraflı yatırım anlaşmasında yatırımın hangi malvarlıklarıyla sınırlandırılacağını kesin bir listeye belirlerler ve bu şekilde yatırım kavramını sınırlandırır.

1995'ten beri yapılan iki taraflı yatırım anlaşmalarının çoğunda, farklı yöntemler kullanılarak yatırım tanımı yapılmıştır. Bunları şu şekilde sınıflandırabiliriz; ilk yöntem geleneksel hale gelmiş olan malvarlığı esasına dayanan yatırım tanımıdır. İkinci yöntem ise totolojik "tautologica" yöntem olarak adlandırılan yatırımı kavramsallaştırmaktansa yatırımın özelliklerine dayanarak yatırım tanımı yapan bir yöntem çeşididir. Üçüncü yöntem kapalı liste yöntemi olarak adlandırılmaktadır. Dördüncü yöntem ise bazı malvarlıklarını ve işlemleri yatırım tanımının dışında tutmak için oluşturulan, yatırım tanımının kapsamını sınırlandırma yöntemidir⁹.

A. Malvarlığı Esas Alınarak Yapılan "Yatırım" Tanımı

Son 10 yıl içinde yapılan iki taraflı yatırım anlaşmalarının çoğunda malvarlığına dayanan geniş yatırım tanımları yer almıştır. Bu tanımların kapsamı genelde doğrudan yabancı yatırımı aşan boyutta olmaktadır. Yatırım tanımı her türlü malvarlığını içeren ve örnekleyen bir listeye beraber yapılır. Listeleme sınırlı bir işlem olmayıp sadece örnekleme amacıyla yapılmaktadır. Dolayısıyla, listedeki kategoriye girmeyen malvarlıkları da yatırım kavramı kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰. Bu liste genelde şu malvarlıklarını içerir;

- Taşınır, taşınmaz mallar ile intifa, ipotek gibi aynı haklar
- Hisse senetleri ve şirketlere diğer şekillerdeki katılımlar

⁸ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends In Investment Rule Making, (Bilateral Investment Treaties)* United Nations, New York and Geneva, 2007, s. 7.

⁹ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*, (dn. 8), 7.

¹⁰ UNCTAD, *Scope and Definition*, (dn. 7), 18.

- Para alacakları, ya da finansal değeri olan ve sözleşmeye dayanan diğer alacaklar
- Fikri ve sınaî mülkiyet hakları
- Hukuken veya sözleşme ile tanınan imtiyazlar¹¹.

Bu tür malvarlığını esas alan yatırım tanımlarına örnek olarak Türkiye ile Çin Halk Cumhuriyeti arasındaki 1994 tarihli iki taraflı yatırım anlaşmasının yatırım ile ilgili maddesi gösterilebilir. Buna göre; “Yatırım terimi, yatırımı kabul eden Akit tarafın kanun ve diğer mevzuatı dâhilinde yatırım olarak yapılan her çeşit malvarlığı olup, aşağıda belirtilenler de dâhil; hisse alacak hakkı, hizmet ve yatırım anlaşmalarından doğan hakları kapsar.

- i) ipotek, tedbir ve rehin gibi maddi ve gayri maddi haklar;
- ii) şirket, şirket hisseleri veya şirketten ya da onun malvarlığından doğan menfaatler;
- iii) yatırımla ilgili olup ekonomik değer taşıyan haklar ve para alacakları;
- iv) telif hakkı, patent, ticari marka, ticari ünvan, endüstriyel tasarım, ticari sırlar, “know-how” ve peştemaliye dâhil endüstriyel mülkiyet hakları;
- v) Hukuken veya sözleşme ile tanınan haklar ve doğal kaynakları araştırma, çıkarma veya kullanma ile ilgili imtiyaz ve kanuna uygun belgeler ve izinler;
- vi) Yeniden yatırımda kullanılan hâsılatlar ve yatırımlar ile ilgili kredi anlaşmalarından doğan anapara ve faiz ödemeleri”¹².

Malvarlığını esas alan yatırım tanımları farklılıklar gösterir. Örneğin Rusya’nın 1998 tarihinde Japonya ile yapmış olduğu iki taraflı yatırım anlaşmasında (*capital investment*) “sermaye yatırımı” terimi kullanılmıştır. “Sermaye yatırımı” kavramı her tür değerli şeyleri ifade eder. Özellikle;

- a) Taşınır ve taşınmaz mallara ilişkin hakları

¹¹ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*, (dn. 8), 8.

¹² Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG 01.05.1994-21921.

- b) Şirket hisseleri ve şirketten doğan menfaatler
- c) Yatırımla ilgili olup ekonomik değer taşıyan haklar ve para alacakları ya da finansal değeri olan her türlü sözleşmesel yükümlülük
- d) Telif hakkı, patent, ticari marka, ticari ünvan, endüstriyel tasarım, ticari sırlar, “know-how” ve peştemaliye dâhil endüstriyel mülkiyet hakları
- e) Doğal kaynakları araştırma ve kullanmaya ilişkin haklar dâhil, hukuken veya sözleşme ile tanınan imtiyazları; Yatırımın biçim değişiklikleri sermaye yatırımının doğasını etkileyemez”¹³.

Aslında ilk bakışta tarafların sermaye yatırımının tanımlamasını yaparak sermaye taahhüdü teşkil eden yatırımlar dışında iki taraflı yatırım anlaşmasının her türlü yatırıma uygulanmamasını istedikleri ortaya çıkıyor. Fakat bu terimin kullanılması yukarıda bahsi geçen istekten çok anlaşmanın hazırlanış safhasındaki problemlerin giderilmesine yöneliktir. Genellikle tüm malvarlığını esas alan yatırım tanımlarında olduğu gibi sermaye yatırımının tanımı da tüm değerli malvarlıklarını kapsayan ve genellikle malvarlığı esas alınarak yapılan yatırım tanımlarında yer alan beş kategoriden oluşan malvarlığı listesiyle beraber yapılır. Ayrıca her bir malvarlığının değeri olduğuna göre yukarıda verilen örnek klasik malvarlığı esasına dayanan yatırım kavramının bir çeşididir¹⁴.

Malvarlığına dayanan yatırım tanımının asıl amacı olabildiğince çok çeşitli ve değişik türdeki yatırımların korunmasını garanti etmektir. Fakat iki taraflı yatırım anlaşmaları incelendiğinde, önemli çoğunlukta yatırım kapsamına bazı sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Örneğin Yeni Zelanda ve Şili arasında yapılan 1999 tarihli iki taraflı yatırım anlaşması ve Türkiye ile Endonezya arasında yapılan 1998 tarihli iki taraflı yatırım anlaşmasındaki yatırım tanımı “**ev sahibi tarafın kanun ve nizamlarına uygun olmak kaydıyla** her türlü malvarlığını ve sınırlayıcı olmamakla beraber...”¹⁵ şeklindeki ifadeyle birlikte malvarlıklarını belirleyen bir listeyle beraber yapılmıştır.

¹³ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*, (dn. 8), 9.

¹⁴ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*, (dn. 8), 9.

¹⁵ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Endonezya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG 03.03. 1998-23275.

Ev sahibi ülkenin kanun ve nizamlarına uygunluğu şart olarak koymanın birçok amacı vardır. Öncelikle bu şart yabancı ve yerli yatırımcıların her ikisinin de ev sahibi ülkenin kanununa riayet etmek zorunda olduklarını, güvenli bir yatırım alanı oluşturarak kanıtlamaktadır. Ayrıca bu sınırlamayla belirtmek istenen yatırımın ev sahibi ülkenin ekonomik anlamda gelişim politikası ve kanunlarında yer alan diğer politikalarıyla uyumlu olmasıdır¹⁶. Son zamanlarda yapılan bazı iki taraflı yatırım anlaşmalarında, bir malvarlığının yatırım kavramı kapsamına girebilmesi için, malvarlığının anlaşmaya taraf yatırımcısı tarafından diğer tarafın ülkesine yapılmasını şart koşmaktadır. Bu duruma Türkiye ile İran arasında 2005 tarihinde yapılan yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin anlaşmanın birinci maddesinde yer alan yatırım tanımını örnek olarak gösterebiliriz. Bu maddeye göre “***bir Akit Taraf yatırımcısının diğer Akit tarafın ülkesinde bu ülkenin kanun*** ve nizamlarına uygun olarak yapacağı her türlü mal veya kıymetlere yaptığı yatırımlar”¹⁷ şeklinde bir sınırlandırma getirilmiştir.

Bunlara ilave olarak, benzeri şekilde bazı iki taraflı yatırım anlaşmalarında mal varlığı ya da kıymetle ev sahibi ülke arasındaki bağlantıyı, “yatırım konusu olan mal veya kıymetin ev sahibi ülkenin sınırları içinde” olmasını arayarak kurmuştur. Bu şekilde bir düzenleme 2004 tarihli Türkiye ile İtalya arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasında da kararlaştırılmıştır. Anlaşmanın birinci maddesinde “***bir akit taraf uyruğunda bulunan gerçek veya tüzel kişi tarafından diğer akit tarafın ülkesinde***, onun kanun ve nizamlarına uygun olarak yatırılmış her türlü mal varlığını ifade eder...”¹⁸ denilerek yatırım konusunun ev sahibi ülkenin sınırları içinde olacağı sınırlandırması getirilmiştir.

Eğer yatırım gayri maddi mal niteliğinde ise, mesela bir alacak ya da sözleşmeden doğan bir hak gibi, o zaman yatırımcının ev sahibi ülkenin sınırları içinde yatırımını yapıp yapmadığının tespiti pek kolay olmayacaktır. *SGS (Société Générale de Surveillance) tahkim* davaları az önce bahsi geçen zorluğu gözler önüne sermiştir¹⁹. Bu davalarda

¹⁶ UNCTAD, *Scope and Definition*, (dn. 7), 24.

¹⁷ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve İran Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG 25.02.2005- 25738.

¹⁸ Türkiye Cumhuriyeti ile İtalya Cumhuriyeti Arasında İmzalanan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG 02.03.2004-25390.

¹⁹ Emmanuel GAILLARD, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Con-

Pakistan ve Filipinler hükümetleri SGS şirketiyle bazı ülkelerden Pakistan ve Filipinlere ihraç edilecek ürünlerin sevkiyatı öncesi kontrol hizmeti vermesi için sözleşme yaparlar. SGS kendi ofisleri ya da iştirakleri vasıtasıyla sevkiyat öncesi kontrol yükümlüğünü kısmen yurtdışında yerine getirmiştir. Daha sonra ise adı geçen iki ülke İsviçre ile aralarında yaptıkları iki taraflı yatırım anlaşmasına göre yatırımın oluşmadığını çünkü iki taraflı yatırım anlaşmasında yatırımın kendi ülkelerinde olması gerektiği şartı bulunduğunu iddia etmişlerdir. Fakat hakem heyeti bu iddiayı geçerli bulmamıştır. Çünkü hakem heyeti Pakistan ve Filipinler ile SGS'nin arasındaki sözleşmeye göre SGS'nin hem Pakistan'da hem de Filipinlerde harcama yapmak durumunda olmasını yeterli görmüş ve bu harcamaları da yatırım olarak değerlendirmiştir.

B. Totolojik Unsur İçeren Yatırım Tanımı

Yatırım tanımı, hem yatırımın tüm değişik çeşitlerini içine alacak kadar geniş ve hem de aynı zamanda gelecekte ortaya çıkma ihtimali olan yeni yatırım çeşitlerini de kapsamına alabilmesi için esnek olmalıdır. Bazı ülkeler kendi aralarında yaptıkları iki taraflı yatırım anlaşmalarında belirtilen durumla başa çıkmak için yatırım tanımını totolojik unsur içeren şekilde yapmışlardır²⁰. Özellikle Amerika Birleşik Devletlerinin birçok iki taraflı yatırım anlaşmasında bu yola başvurulmuştur. Örneğin Türkiye ile Amerika arasında 1989 tarihinde yapılan iki taraflı yatırım anlaşmasında yatırımın tanımı totolojik unsur kullanılarak yapılmıştır. Bu tanımda yatırım "**her türlü yatırım**" olarak tanımlanmıştır. Anlaşmanın 1. maddesinin (c) bendinde yatırım "bir tarafın vatandaşları veya şirketlerince dolaylı veya dolaysız malik olunan veya kontrol edilen malvarlığı, özvarlık, borç, alacak, hizmet ve yatırım sözleşmeleri dâhil, diğer tarafın ülkesindeki **her türlü yatırımı** ifade eder..."²¹ şeklinde tanımlamıştır.

tract Claims – the SGS Cases Considered" , (Çevrimiçi), http://www.shearman.com/files/Publication/c9978a6f-766b-436a-9b15-746b307fffc3/Presentation/PublicationAttachment/4f0a45b7-23e9-49c4-b5e577958a316810/IA_Investment%20Treaty%20Arbitration_040308_10.pdf, 22.03.2009, s. 335.

²⁰ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*, (dn. 8), 10.

²¹ Türkiye Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Anlaşma, RG 13.08.1989-20251.

Totolojik yöntem geçtiğimiz on yıllık sürede pek de ülkeler arasında yaygın kullanılan bir yöntem değildi. Aslında özellikle geçtiğimiz on yılın ilk yarısında Amerika Birleşik Devletleri'ne has bir yöntemdi. Buna rağmen Amerika hem birçok serbest ticaret anlaşmasının yatırım kısmına ait görüşmelerde hem de 2005 tarihinde Uruguay ile yapmış olduğu iki taraflı yatırım anlaşmasında yine geniş fakat daha açık bir yatırım tanımı oluşturmuştur. Amerika'nın, kural koyuculukta bu derece bir değişim yoluna gitmesinin nedeni, yatırımın tanımının tahkim heyetinin yetkisini belirlemede kritik öneminin olduğu NAFTA'nın yatırımcının ev sahibi ülke ile arasındaki uyumsuzlukların çözümü ile ilgili olan 11. bölümünün içeriği ile alakalı deneyimlerinden kaynaklanmaktadır. Açıkçası yatırımın tanımını yapmada totolojik yöntemi kullanmak tahkim heyetine yatırımın bu tanıma girip girmediği noktasında hatırı sayılır bir takdir hakkı vermek anlamına gelmektedir²².

C. Kapalı Liste Yöntemiyle Yatırımın Tanımlanması

Yatırımın tanımının yapılmasında kullanılan üçüncü yöntem, yatırımın aşırı derecede geniş bir tanımının yapılmaması amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu yöntem kapalı liste yöntemi denilmektedir. Bu yöntem, geniş olarak yapılan yatırım tanımlamalarından farklı olarak kavramsal bir koruma kalkını oluşturmamaktadır. Fakat buna rağmen iki taraflı yatırım anlaşmasının kapsamında olan tüm maddi ve gayri maddi malvarlıklarını içeren hayli geniş bir liste ihtiva ettiğinden koruma alanı geniştir.

Geçtiğimiz on yılda bu tanım iki taraflı yatırım anlaşmalarında da kullanılmaya başlanmıştır. Kanada'nın 2005 tarihinde yapmış olduğu iki taraflı yatırım anlaşmasında bu şekilde yapılan yatırım tanımına yer verilmiştir. Bu tanımda yer alan liste belirli bazı türdeki malvarlıklarına iki taraflı yatırım anlaşmasının uygulanmasını önlemek için yapılmıştır. Bu yöntemi uygulayan ülkeler bir yandan oldukça geniş bir yatırım tanımına yer verirken bir yandan da yatırımı daha belirli hale getirmek için ek açıklamalara ve ilave bilgilere yer vermektedirler²³. Bu yöntem son zamanlarda yapılan iki taraflı yatırım anlaşma-

²² UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*, (dn. 8), 10.

²³ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*, (dn. 8), 11.

larında oldukça fazla uygulanan bir yöntemdir. Türkiye'nin tarafı olduğu hiçbir iki taraflı yatırım anlaşmasında kapalı liste yöntemiyle yapılmış bir yatırım tanımı bulunmamaktadır. Türkiye genel olarak bakıldığında daha çok malvarlığı esas alınarak yapılan yatırım tanımını benimsemiştir.

D. Yatırım Tanımının Kapsamını Sınırlandırma Yöntemleri

Son zamanlarda yapılan bazı iki taraflı yatırım anlaşmaları ister malvarlığı esasına dayanan yöntemi, ister kapalı liste yöntemiyle yatırım tanımını kullansınlar, bazı malvarlıklarını ya da işlemleri yatırım tanımının dışında tutmuşlardır. Aslında bu sınırlandırmalar anlaşmadan anlaşmaya değişiklik göstermektedir. Lâkin yatırım tanımının dışına çıkarılan malvarlıklarını iki ana gruba ayırmak mümkündür. İlk grup, ticari ya da ekonomik kazanç temin etmek amacıyla edinilmiş taşınmaz veya taşınır mallardır. İkinci grup, ev sahibi ülkede yabancı yatırımcı tarafından yapılan aynı menfaat sağlamayan finansal işlemlerdir.

1. Ticari Olmayan Amaçlar İçin Kullanılan Malvarlıkları

Pek de sık rastlanılmasa da bazı iki taraflı yatırım anlaşmalarında gerektiği gibi edinilmemiş ya da ticari veya ekonomik amaçla kullanılmayan maddi yada gayri maddi bütün gayrimenkul veya diğer mallar yatırım tanımının dışına çıkarılmıştır. Bu kapsama giren gayrimenkule verilebilecek en güzel örnek yazlık evdir²⁴. Türkiye ile Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti arasında 1997 tarihinde yapılan iki taraflı yatırım anlaşmasında yatırım "bir akit tarafın yatırımcısının **diğer akit taraf ülkesindeki yatırımları kapsamında olan** her türlü mal varlığını ifade eder" denilerek bu şekilde bir sınırlandırma yapılmıştır²⁵.

Malvarlıklarını yatırım tanımından çıkarmanın bir başka yolu da

²⁴ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*, (dn. 8), 11.

²⁵ Türkiye Cumhuriyeti ile Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG 13.06.1997-23018 (1. Mükerrer).

malvarlığının yatırım olarak kabul edilebilmesi için yatırımı oluşturan ayırt edici özelliklerden birisine sahip olmasının aranmasıdır. Örneğin; sermaye taahhüdü, diğer parasal kaynaklar, beklenen kâr veya riskin üstlenilmesi gibi yatırımın ayırt edici özellikleri malvarlığının yatırım kapsamında değerlendirilmesinde aranmaktadır²⁶. Bu yöntem aynı zamanda totolojik unsuru da bünyesinde barındırmakla beraber yatırımın tanımının nasıl yapılması gerektiği konusunda yolda göstermektedir. Bu yöntem ilk olarak OECD nezdinde görüşmeleri yapılan fakat başarı ile sonuçlanmayan Çok taraflı Yatırım Anlaşmasında (MAI) düşünüldü ama 2005 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri ile Uruguay arasında yapılan iki taraflı yatırım anlaşmasında kullanılmıştır²⁷.

2. Aynı Menfaat Sağlamayan Finansal İşlemler

Yatırım kavramından çıkarılmak istenen ikinci grup malvarlığı ise finansal işlemlerle ilgili olan ve yatırımcı tarafından ev sahibi ülke sınırları içinde yapılmış olan aynı kazanç sağlamayan menfaatlere ilişkin işlemlerdir. Finansal işlemlerden yatırım tanımının dışında tutulmak istenenler ilk olarak kısa vadeli borç senetleridir. Bazı iki taraflı yatırım anlaşmalarında mesela Amerika Birleşik Devletleri modeli iki taraflı yatırım anlaşmasında olduğu gibi kısa vadede tam olarak ne kastedildiği açıklanmamış ve bu terimin açıklanması uygulamaya bırakılmıştır. Diğer iki taraflı yatırım anlaşmalarında ise yatırım tanımının dışına çıkarılan borç belgelerinin vadelerinin 3 yıldan az olacağı belirtilmiştir. Yatırımcının sahibi olduğu bir başka kuruluşa borç verilmişse o zaman vadenin 3 seneden az olmayacağı kuralı burada uygulama alanı bulamaz. Bu istisna ile birlikte belirtilen kural Yunanistan ile Meksika arasındaki 2000 tarihinde yapılan iki taraflı yatırım anlaşmasının yatırım tanımında yer almıştır²⁸.

İki taraflı yatırım anlaşmalarında yatırım kapsamından çıkarılan işlemlerden bir diğeri ise, yatırım anlaşmasına taraf ülkenin vatandaşlarıyla diğer taraf ülkenin vatandaşları arasında mal satımı veya hizmet alımı için yapılan ticarî sözleşmelerden doğan para alacaklarıdır.

²⁶ UNCTAD, *Scope and Definition*, (dn. 7), 17.

²⁷ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*, (dn. 8), 11-12.

²⁸ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*, (dn. 8), 11-13.

Bu sınırlamanın yapıldığı yatırım anlaşmalarından birine örnek olarak 2005 tarihinde Amerika ile Uruguay arasında yapılan iki taraflı yatırım anlaşması verilebilir²⁹.

Yatırım tanımının kapsamından çıkarılan sonuncu grup işlemler ise, devlet borçları şeklinde ortaya çıkan yükümlülüklerdir. Değınilen sınırlandırmanın iki taraflı yatırım anlaşmalarında belirtilmesinin nedeni, hükümetlerin devlet borçları gibi uluslararası yükümlülüklerinin iki taraflı bir yatırım anlaşmasında yer almasını istememeleridir³⁰.

E. Değerlendirme

Genel olarak tüm iki taraflı yatırım anlaşmaları incelendiğinde ortaya iki temel eğilim çıkıyor. Birincisi, malvarlığı esasına dayanan, geleneksel ve geniş yatırım tanımı ki bu yöntem iki taraflı yatırım anlaşmalarının büyük çoğunluğu tarafından benimsenen bir yöntemdir. İkincisi ise daha dar ve sınırlamalara yer veren yatırım tanımıdır ki bu yöntemde her geçen gün daha çok sayıda iki taraflı yatırım anlaşmasında büyük bir hassasiyetle uygulanmaktadır.

Türkiye'nin tarafı olduğu hiçbir iki taraflı yatırım anlaşmasında yukarıda bahsi geçen bazı türdeki finansal işlemlerin yatırım kavramının tanımından çıkarılması yoluyla gerçekleştirilen sınırlandırmaya rastlanmamaktadır. Türkiye yaptığı iki taraflı yatırım anlaşmalarının hemen hemen hepsinde daha çok klasik malvarlığını esas alan ve olabildiğince geniş her türlü yatırımı kapsayabilecek türden yatırım tanımlarına yer vermiştir.

III. Türkiye'nin de Tarafı Olduğu Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı

Günümüzde dolaylı ve doğrudan yabancı sermaye yatırımları, uluslararası ticari ve ekonomik aktivitelerin büyük bir kısmını oluşturmaktadır. Özellikle yabancı sermaye bakımından ev sahibi devletin eko-

²⁹ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*, (dn. 8), 13.

³⁰ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*, (dn. 8), 13.

nomik, politik ve hukuki istikrarı kendi içinde sağlaması yabancı yatırımcı bakımından çok büyük önem arz etmektedir. Çünkü yapılacak olan yatırım uzun vadeli ve kalıcı olacağından ev sahibi ülkenin her bakımdan istikrarlı olması gereklidir. Fakat özellikle 2. Dünya savaşından sonra gelişmekte olan ülkeler yabancı yatırımcıyı kendilerinden uzaklaştıran istikrarsızlıklar ile bu yatırımcıların getireceği sermayeye duyulan ihtiyaç arasında kalmışlardır. Bu nedenle, Dünya Bankasının bünyesinde hazırlanan çok taraflı anlaşmalar sayesinde bu durum ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır³¹.

Fakat yatırımı tüm veçheleri ile düzenleyen çok taraflı bir yatırım anlaşması daha henüz imzalanmamıştır. Bununla beraber, yatırımı çeşitli veçheleriyle düzenleyen çok taraflı anlaşmalar uluslararası yatırım hukukunda bulunmaktadır. Çalışma konumuzla ilgili olarak Türkiye'nin de taraf olduğu ICSID Konvansiyonu, Enerji Şartı Anlaşması ve MIGA Anlaşmasında kullanılan yatırım tanımı ve bu tanımın kapsamı detaylı olarak aşağıda anlatılacaktır. Fakat belirtilmesi önemli bir husus ise, Türkiye sadece aşağıda belirtilen çok taraflı anlaşmalara taraf değildir. Türkiye ayrıca OECD ve Dünya Ticaret Örgütü üyesi olarak bu örgütler bünyesinde yer alan ve yatırımların bazı veçheleri ile ilgili çok taraflı anlaşmaları da imzalamıştır³². Bu anlaşmaların ortak noktası ise, yatırım alanındaki yasal düzenlemelerin liberalleşmesi ve yatırımların korunmasına ilişkin düzenlemelerin şeffaf olmasına ilişkin anlaşmaya taraf olan ülkelere yükümlülükler yüklemesidir. Türkiye ayrıca, İslam Konferansı Teşkilatına Üye Ülkeler Arasında Yatırımların Teşviki, Korunması ve Garanti Edilmesi anlaşmasına da taraftır³³. Adından anlaşılacağı üzere, bu anlaşma İslam Konferansı Teşkilatına üye ülkeler arasında geçerli olmak üzere imzalanmış olup, içerik açısından Türkiye'nin imzalamış olduğu iki taraflı yatırım anlaşmalarına benzerlik teşkil etmektedir.

A. ICSID Konvansiyonu'nda Yatırım Kavramı

Çok taraflı yatırım anlaşmalarından, Türkiye'nin de taraf olduğu ve yatırım uyumsuzluklarının çözümüne ilişkin olan, "Devletlerle Diğer

³¹ Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlığın Çözüm Yolları*, İstanbul, 2005, s. 413-414.

³² UNCTAD, *Trends in International Investment Agreements*, (dn. 6), 41.

³³ RG 28.03.1988-19768.

Devlet Vatandaşı Kişiler Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Haline Dair (Washington) Anlaşması” (ICSID), son yıllarda yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümünde ICSID tahkimine başvuruların artması ile uluslararası yatırım hukukunda önemli bir anlaşma olarak kabul edilmektedir. Türkiye, ICSID Konvansiyonu’nu 1988 yılında onaylayarak iç hukukuna intikal ettirmiştir³⁴. ICSID Konvansiyonu sadece devletler ile diğer devlet vatandaşı gerçek veya tüzel kişiler arasındaki yatırım uyuşmazlıklarını kapsamaktadır³⁵. Diğer bir deyişle tarafların ICSID tahkimine başvurabilmeleri için aralarında bir yatırım uyuşmazlığı olması gereklidir. Bu sebeple de Konvansiyondaki yatırım tanımı çok büyük önem arz eder. Fakat önemli olmasına rağmen Konvansiyonun 25/1. maddesinde yatırımın tanımı yapılmamıştır. Bunun nedeni ise Konvansiyon uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü kolaylaştırmak için yapıldığından yatırımı sınırlandıracak bir tanımdan kaçınılmıştır. Ayrıca bu şekilde gelecekte oluşabilecek tüm muhtemel yatırım türlerini de kapsayabilecektir. Konvansiyonun hazırlık çalışmalarında yatırımla ilgili diğer tanım unsurları çıkarılmıştır. 25/1. maddede sadece yatırım kavramı bırakılmıştır ve bu şekilde de yatırımdan kaynaklanmayan uyuşmazlıklar konvansiyonun kapsamı dışında bırakılmıştır. Eğer yatırımın tanımı Konvansiyonda verilmiş olsaydı tarafların aralarındaki anlaşmaya rağmen merkezin yetkisi konusunda geniş çapta tartışmalar çıkabilirdi³⁶.

Konvansiyon yatırımı tanımlamadığından daha sonraki tarihli iki taraflı yatırım anlaşmaları esas alınarak “yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlık” tan ne anlaşılacağı ortaya çıkabilir. Yatırım uyuşmazlığı; a) Devletlerle diğer devlet vatandaşı yabancı gerçek veya tüzel kişiler arasındaki yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, b) Bir tarafın yabancı yatırımlarla alâkalı makamının yatırımcıya sağladığı herhangi bir yatırım izninin yorumundan veya uygulamasından kaynaklanan uyuşmazlıklar, c) Bir yatırım ile alâkalı olarak ve sözleşme ile verilen ya da o yatırıma özel yaratılan bir hakkın çığnendiği iddiasından doğan uyuşmazlıklardır³⁷.

³⁴ RG 06.12.1988-19830.

³⁵ Ergin NOMER, Nuray EKŞİ, Günseli ÖZTEKİN GELGEL, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I, İstanbul, 2008, s. 106.

³⁶ İlhan YILMAZ, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID –Yargılama Yetkisi–* İstanbul, 2004, s.147.

³⁷ ŞANLI, (dn. 31), 418.

Yukarıdaki paragrafta da belirtildiği gibi yatırımın tanımı devletlerin aralarında imzaladıkları iki taraflı yatırım anlaşmalarıyla yapılabilir. Ancak Konvansiyonun 41. maddesine göre ICSID hakem heyeti, hem Merkezin yetkisini hem de kendi görevini belirlerken, bahsi geçen yetki şartlarını kendisi tespit edecektir. Buna ilaveten, taraflar aralarında yatırım konusunda anlaşmış bile olsalar Genel Sekreterin Konvansiyonun 36/3. maddesinde sözü geçen tahkim talebini eğer söz konusu uyuşmazlık açıkça Konvansiyonun kapsamı dışında ise reddetme hakkı vardır. Eğer uyuşmazlığın ticari karakteri ağırlıktaysa o zaman taraflar aralarında anlaşmış olsalar dahi bir yatırımdan söz edilemez. Örnek; 1999 yılında ICSID Genel Sekreteri içeriği mal satışı olan bir tedarik sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık için yapılan bir tahkim başvurusunu reddetmiştir. Genel sekreter gerekçe olarak işlemin açıkça bir yatırımı oluşturmadığını bu nedenle de uyuşmazlığın merkezin yetkisinin dışında olduğunu vurgulamıştır. Diğer bir örnekte *Alcoa v Jamaica* davasında hakem heyeti İcra direktörlerinin verdikleri rapora dayanarak bir işlemin yatırım olma özelliğini tayin etmede tarafların anlaşmalarının belli bir ağırlığı olduğunu fakat nihai olmadığını belirtmiştir³⁸.

B. Enerji Şartı Anlaşmasında Yatırım Kavramı

Enerji Şartı Anlaşması ile Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolü 1994 senesinin Aralık ayında imzalanmış ve 1998 senesi Nisan ayında da yürürlüğe girmiştir³⁹. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti adına 17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon'da imzalanan Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi, Enerji Şartı Antlaşması ve ekini teşkil eden kararlar ile Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolü'nün onaylanması 4519 sayılı Kanunla 1.2.2000 tarihinde kabul edilmiştir⁴⁰. Enerji Şartı anlaşmasının asıl amacı, enerji güvenliğini sağlamak olup bunu yaparken dayandığı prensipler ise, liberal ve rekabetçi piyasa ekonomisi ve sürdürülebilir kalkınma prensipleridir. Enerji

³⁸ *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Jamaica*, ICSID Case No. ARB/74/2; YILMAZ, (dn. 36), 149.

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

⁴⁰ RG 06.02.2000-23956.

Şartı Anlaşmasının önemi de bu noktadan kaynaklanmaktadır. Zira bu anlaşma bahsi geçen prensipleri bünyesinde barındırarak enerji güvenliğini sağlamayı hedefleyen yasal olarak bağlayıcılığı olan çok taraflı bir anlaşmadır⁴¹.

Bu anlaşmanın belki de en önemli yenilikçi yanı enerji yatırımlarını koruma amaçlı yapılan birçok iki taraflı yatırım anlaşmasının tam olarak gerçekleştirmediğini gerçekleştirmiş olmasıdır. Diğer bir deyişle bu alanda yabancı yatırımları gerçek manada koruyan milletlerarası bir anlaşma olma özelliğini göstermektedir. Bu yüzden de enerji işbirliğini uluslararası anlamda sağlayan ve enerji alanında milletlerarası hukukta tek olma özelliğine sahip olan bir anlaşmadır. Ayrıca bu anlaşma, enerji sektöründeki yabancı yatırımcının yatırımından veya ticaretten kaynaklanan riskleri öngörerek ve yabancı yatırımların korunması hakkında tüm anlaşmaya taraf ülkeleri bağlayıcı kurallar getirerek enerji ile ilgili yabancı yatırım alanında hukukun üstünlüğünü güçlendirmeyi hedeflemiştir⁴².

Enerji Şartı Anlaşmasıyla getirilen korumanın kapsamını anlamak için dikkate alınması gerekli husus ise yatırım tanımının anlaşmada ne şekilde yapıldığıdır. Anlaşma sadece enerji sektörünü düzenlediği için, bu sektöre ilişkin bazı özellikler yatırım tanımında yer almaktadır. Yatırım Enerji Şartı Anlaşmasının 1(6). maddesinde yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan veya kontrolü elinde bulundurulmuş her tür aktif malvarlığı olarak tanımlanmıştır. Bu tanım aşağıdaki hususları içerir;

- Maddi ve gayri maddi, taşınabilir ve taşınmaz mülkiyeti
- Şirket hissesi, hisse senedi veya bir şirkette sahip olunan her türlü hisse
- Tahvil ve diğer şirket borçları
- Bir yatırım anlaşmasına dayanan paraya ve bir fiili edime yönelik talep edilebilecek ekonomik haklar

⁴¹ Domenico Dİ PİETRO, Çev. Muzaffer Eroğlu, "Enerji Şartı Anlaşması Genel Değerlendirme", *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı*, Ed. Nuray Ekşi, Turgut Kalpsüz, Müslüm Yılmaz, İstanbul, 2008, s. 151-152.

⁴² Dİ PİETRO, (dn. 41), 152.

- Fikri ve sınâî haklar
- Kar ve benzeri gelirler
- Kanun, bir anlaşma veya finans tarafından sağlanmış haklar.

Anlaşmada yapılan yatırım tanımının en önemli hususlarından biri yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan veya yatırımcının kontrolü altında olan malvarlıklarını kapsamasıdır. Bu duruma holding tarafından malik olunan malvarlığı örnek verilebilir. Burada geçen kontrol terimi yabancı yatırımların korunması konusunun en tartışmalı ögesidir. Fakat anlaşma kontrol teriminin ortak bir tanımını içererek bu tartışmayı sona erdirmeyi amaçlamıştır. Anlaşma kontrol terimiyle, gerek hisse sahipliğini gerekse şirket üzerinde son derece önemli etki yaratabilme gücünü yatırımın tanımına sokmaktadır. Yatırım tanımına bakıldığında görülen diğer önemli nokta ise tanımın enerji sektörüyle alakalı herhangi bir ekonomik aktiviteyle “ilişkili” her türlü yatırımı kapsayacak kadar geniş olmasıdır⁴³.

“İlişkili” terimiyle ifade edilmek istenen sadece enerji sektöründeki kuruluşlar değil ayrıca enerji alanında görülen ekonomik aktivite ile alakalı her türlü yatırımı kapsamaktadır. Bunların ilkinde örnek olarak rafineri, ikincisine örnek ise rafineri ile ilgili destek ve idari aktivitelerle ilişkili diğer binalar verilebilir. Ayrıca anlaşmada sıkça geçen çok önemli bir terimde enerji sektöründeki aktivitelerdir. Anlaşma 1(5). maddesinde arama, çıkarma, rafine etme, üretme, depolama, kara yolu üzerinden taşıma, iletme, dağıtım, ticaret, pazarlama veya enerji ürünlerinin satışı şeklinde enerji sektöründeki etkinlikleri tanımlamıştır. Nükleer enerji, doğal gaz, petrol, petrol ürünleri ve elektrik enerjisi de Enerji Şartı Anlaşması tarafından yatırım tanımının kapsamına alınan gerçek enerji ürünleri ve kaynaklarıdır⁴⁴.

Son yıllarda Enerji Şartı Anlaşması çerçevesinde yatırım alanında tahkim davalarının artış gösterdiği göz önünde bulundurulduğunda, bu anlaşmanın uyumsuzluk çözümüne ilişkin maddesinin de kısaca incelenmesi gerekliliği hâsıl olmuştur. Enerji Şartı Anlaşmasında da iki

⁴³ Emmanuel GAILLARD, *Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty, Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, Ed. Clarisse RIBERIO, 2006, s. 64-65; Dİ PIETRO, (dn. 41), 154-155.

⁴⁴ Dİ PIETRO, (dn. 41), 155.

tarafli yatırım anlaşmalarında olduğu gibi iki çeşit uyuşmazlık çözüm yöntemi düzenlenmiştir. Birincisi iki devlet arasındaki uyuşmazlıklar için diğeri ise ev sahibi ülke ile yabancı yatırımcı arasında çıkabilecek uyuşmazlıklar için düzenlenmiştir. Anlaşmanın 26. maddesinde ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceği düzenlenmiştir. Bu çözüm yöntemi iki taraflı yatırım anlaşmalarıyla benzerlik göstermektedir. 26. maddenin uygulama alanı “ev sahibi ülkenin anlaşmanın üçüncü bölümündeki yükümlülüklerinden birini ihlal ettiğinin iddia edildiği” durumları kapsamaktadır. Bu nedenle Enerji Şartı Anlaşması, anlaşmada yer alan yatırımların teşviki ve korunması konulu hükümleri dışındaki uyuşmazlıklara uygulanmaz.

Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin 26. maddede düzenlenen uyuşmazlık çözüm metodu iki aşamalıdır. İlk olarak üç aylık bir danışma süresi verilerek uyuşmazlığın dostça çözümlenmesi hedeflenmiştir. Daha sonra eğer bu süreçte anlaşılamazsa o zaman yatırımcının önünde üç seçenek vardır. Birincisi ev sahibi ülkedeki iç hukuk yoluna veya idari kurula başvurabilir ya da daha önceden üzerinde ortak karara varılmış bir uyuşmazlık çözüm yoluna başvurabilir veya uluslararası tahkim başlatabilir⁴⁵. Uluslararası tahkim açısından yatırımcıya üç farklı tahkim yolundan birisini seçme hakkı tanınmıştır. Bu durumlar; 1. ICSID Konvansiyona göre ICSID Tahkim yargılamasına başvurmak, 2. UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre ad hoc tahkime veya 3. Stockholm Ticaret Odası Tahkimine başvurmaktır⁴⁶.

C. MIGA (Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Anlaşması) Anlaşmasında Yatırım Kavramı

1960’lı yıllarda özellikle kamulaştırma gibi ticari olmayan riskler yüzünden yabancı yatırımcı geliştirmekte olan ülkelere yatırım yapmaya çekinir hale gelmişti. Bu nedenle de geliştirmekte olan ülkelere yabancı yatırımı teşvik etmek ve bu tür riskleri garanti etmek amacıyla Dün-

⁴⁵ Gillian TURNER, *Investment Protection Through Arbitration: The Dispute Resolution Provisions of the Energy Charter Treaty*, International Arbitration Law Review, 1998, s. 167.

⁴⁶ TURNER, (dn. 45), 168.

ya Bankası öncülüğünde, Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA) anlaşması yapılmıştır. MIGA 11.10.1985 tarihinde çok taraflı bir anlaşma ile kurulup, 1988 senesinden itibaren de faaliyetini sürdürmektedir⁴⁷. Türkiye, 27.5.1988 tarihli ve 3453 sayılı Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanunun ile MIGA'ya taraf olmuştur⁴⁸.

MIGA'nın ana hedefi, yabancı yatırımcıyı ortaya çıkabilecek olan transfer zorlukları, istikrarsızlık, millileştirme ve yatırım akdinin bozulması sonucunda karşılaşılabileceği ticari olmayan risklere karşı mükerrer ve ortak sigortalar dâhil olarak özellikle dört riskten birine ya da birden fazlasına karşı korumaktır. Bu riskler; döviz transferi, kamulaştırma ve benzeri önlemler, sözleşme ihlalleri ile savaş ve iç kargaşa halleridir. MIGA, yabancı yatırımcının yatırımını geliştirmekte olan ülkelere yapmasını teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Bu sebeple de, yatırım fırsatları hakkında inceleme ve araştırmalar yapar. Bu araştırma ve incelemelerin sonuçları da yayınlanır. Ayrıca MIGA, geliştirmekte olan ülkelerdeki yabancı sermayeye dönük yatırım fırsatlarını milletlerarası iş dünyasına yaptığı çeşitli toplantılarla tanıtır⁴⁹.

Bir yabancı yatırımın MIGA tarafından garanti altına alınabilmesi için yatırımın “uygun yatırım” (eligible investment) özelliğinde olması gerekir. MIGA anlaşmasında yatırım kavramının tanımı yapılmamıştır. Sadece nelerin uygun yatırımın kapsamına gireceği esnek olarak belirtilmiştir. Madde 12/a'da “Uygun yatırımlar, bu tür bir yatırımda sermaye sahipleri tarafından açılan veya garanti edilen orta ve uzun vadeli kredilerde dâhil olmak üzere sermaye yatırımını ve Kurul tarafından belirlenecek doğrudan yatırım biçimlerini kapsayacaktır.” şeklinde belirtilmiştir. Buna göre MIGA sermaye yatırımları, doğrudan yatırım biçimleri ve son olarak da orta ve uzun vadeli kredileri garanti edebilecektir.

İlk olarak sermaye yatırımları kavramının içine nelerin girdiğinin açıklanması gerekmektedir. Buna göre; ev sahibi devlette, yabancı yatırımcının maliki olduğu şirketleşmemiş bir şubenin ya da diğer bir kuruluşun malvarlığı değerleri üzerindeki mülkiyet hakları, ev sahi-

⁴⁷ TİRYAKIOĞLU, (dn.1), 154.

⁴⁸ RG 06.12.1988-20011.

⁴⁹ TİRYAKIOĞLU, (dn.1), 155.

bi ülkedeki herhangi bir joint venture türü ortaklığın kârlarına veya tasfiye paylarına ortak olma hakkı, ev sahibi ülkede kurulmuş bir şirket ya da diğer bir tüzel kişiliğin payları, portföy yatırımları, yatırımcı tarafından garanti kapsamındaki girişime sağlanan orta veya uzun vadeli krediler bu kapsamda değerlendirilir⁵⁰.

Ayrıca bu kapsamda MIGA tarafından garanti edilebilecek doğrudan yatırımın kapsamını belirtmeden önce bu yatırımların neler olduğunu belirleme yetkisinin Kurulda bulunduğuun altının çizilmesi gereklidir. Buna göre Kurul, franchising, lisans, hizmet ve yönetim, üretim ya da kâr paylaşımı, anahtar teslim, leasing sözleşmeleri, gibi yeni ortaya çıkan yatırım türlerini de uygun yatırım olarak kabul edebilir. Yatırım para veya ona benzer yatırım araçlarıyla yapılabileceği gibi ayrıca makine, hizmet ya da teknolojik katkı sağlama yoluyla da yapılabilir. Yalnız yatırımın en az üç yıllık bir periyodu kapsamaması ve yatırım projelerinden elde edilen üretim, kâr veya gelirlere dayanarak geri ödemelerin yapılması gereklidir. Sözleşmenin 12/b bendi Kurulun ileride başka yatırım çeşitlerini de garanti kapsamına alabileceğini düzenlemiştir. Yalnız Kurul özel çoğunluk kararıyla buna karar verebilir. Fakat a bendinde sayılmış olan krediler dışındakiler eğer MIGA tarafından garanti sağlanmışsa ya da sağlanacak yatırımlar ile alâkalı ise uygun yatırım olarak kabul edilebilir⁵¹ (MIGA Madde 12/b).

Yatırımcı tarafından yapılan garanti tescili talebine ilişkin başvuru MIGA tarafından kabul edildikten sonra yapılan yabancı yatırımlar MIGA tarafından garanti altına alınır (m. 12/c). Buna göre sadece yeni olan yatırımlar garanti kapsamındadır denilebilir. Unutulmaması gereken önemli bir şartta yatırımın MIGA'ya üye gelişmekte olan bir devlette yapılması gereğidir. Aksi halde MIGA yatırımı garanti altına almaz. Ayrıca eğer yatırımın yapıldığı gelişmekte olan ülkenin hükümeti MIGA'nın garantisini onaylamazsa yine garantiden söz edilemez. Ancak hükümetin MIGA'nın verdiği garantiyi onaylamasından sonra garanti verilebilir (m. 15). Yatırım ev sahibi ülkenin gelişimine katkı sağlıyorsa ve bu da MIGA tarafından tespit edildiyse bu tespitten sonra garanti verilebilir (m. 12/d).

⁵⁰ ERTEN, (dn.4), 190.

⁵¹ ERTEN, (dn.4), 190.

MIGA bir yatırımı garanti altına alırken, yatırımın ekonomik açıdan sağlamlığı, ev sahibi ülkenin ekonomik gelişimine ne kadar katkı sağlayacağı, ev sahibi ülkenin kanunlarına ve mevzuatına ne kadar uygun olduğu gibi unsurları inceler. Ayrıca ev sahibi devletteki yatırım şartlarını da araştırır. Mesela yatırıma hukuki açıdan koruma sağlanıp sağlanmadığını araştırabilir. Bunlara ek olarak MIGA ile garanti edilen yabancı yatırımın tabi olacağı muamele ve ona ev sahibi devlet tarafından sağlanacak hukuki koruma konusunda yatırımın yapılacağı ev sahibi devlet ile arasında bir sözleşmede yapılabilir⁵².

Üzerinde önemle durulması gereken başka bir hususta uyuşmazlıkların çözümü meselesidir. Garanti sözleşmesine göre eğer MIGA ile yabancı yatırımcı arasında herhangi bir uyuşmazlık meydana gelirse, bahsi geçen uyuşmazlığın nihai olarak tahkime götürülmesi düzenlenmiştir. Genel olarak ICSID tahkimine başvurulur. Hakemler, uyuşmazlığı çözerlerken garanti sözleşmesi, MIGA sözleşmesi ve de uyuşmazlığın çözümüne ilişkin genel hukuk ilkeleriyle bağlıdırlar⁵³.

IV. ICSID Tahkim Yargılamasında Yatırım Kavramının Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak

Yatırımdan anlaşılan sadece yabancı yatırımcının ev sahibi ülkeye iştirakleri vasıtasıyla yaptığı yatırımlar değildir. Birçok aktivite yatırım kapsamındadır⁵⁴. Örneğin yukarıda açıklandığı üzere bir çok iki taraflı yatırım anlaşmasında malvarlığı esasına dayalı geniş yatırım tanımı yapılmakta ve dolaylı (portföy) yatırımlarda yatırım kapsamına girmektedir. Ayrıca yatırım sadece satım bürosu oluşturularak da yapılabilir. Bunun örneği NAFTA bölüm 11'e dayanan *S.D. Myers v Canada*⁵⁵ davasında görülmüştür. Bu davada Kanada'da ABD menşeli bir atık yönetimi firması tarafından atık kontrolü hizmetinin ABD'ye ihracı için bir büro kuruluyor ve bunu Hakem heyeti Kana-

⁵² TİRYAKIOĞLU, (dn.1), 155-156.

⁵³ TİRYAKIOĞLU, (dn.1), 158-159.

⁵⁴ Nuray EKŞİ, *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası*, İstanbul, 2009, s. 43-44.

⁵⁵ S.D. Myers v Government of Canada, (Çevrimiçi), <http://www.state.gov/s/l/c3746.htm>, 02.04.2009.

da'ya ABD'li bir firma tarafından yapılmış bir yatırım olarak kabul ediyor. Hakem heyeti satım bürosunun kurulmasını ve tarafların aralarında pazarlama için belirli bir süre kararlaştırmalarını yatırımın oluşması için yeterli saymıştır. Ayrıca ICSID Merkez ticaretten elde edilen pazar payını malvarlıklarının esas alındığı yatırımların bir parçası olarak saymaktadır. Bu da satım bürosunun işletilmesinin de yatırım olarak addedilmesiyle uyumaktadır. Bunlara ilaveten, senetler ve diğer banka yatırım araçları, kredi sözleşmeleri, inşaat sözleşmeleri ve hatta hukuk firması kurmak bile bir yatırım olarak göz önüne alınabilir⁵⁶.

Yatırım tanımının kapsamı hakkında yukarıda belirtilen örneklerin daha ayrıntılı olarak anlaşılabilmesi için ICSID hakem heyetlerince verilen bazı dava örneklerini daha yakından incelemek gereklidir. ICSID Merkezde iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak ilk görülen dava *AAPL v Sri Lanka*⁵⁷'dir. ICSID Merkezde yatırım kavramının tartışıldığı diğer davalar ise aşağıda incelenecektir.

İki taraflı yatırım anlaşmalarında yatırım kavramı ICSID tahkim yargılamasında belirleyici rol üstlenir. Çünkü öncelikle ICSID Merkezine başvurulabilmesi için taraflar arasında yatırımdan kaynaklanan bir uyuşmazlık olması gereklidir. Bu nedenle de iki taraflı yatırım anlaşmasında tarafların aralarında kararlaştırdıkları yatırım kavramı ICSID başvurusunda hayati önem taşır. Zira ICSID'e üye başka devlet vatandaşı yatırımcı ile âkit ev sahibi ülke arasında iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan yatırım tanımına girmeyen bir yatırım uyuşmazlığı için taraflar ICSID Merkezine başvuramazlar⁵⁸. Bu nedenle, yabancı yatırımcıların ev sahibi devlete karşı sadece iki taraflı yatırım anlaşmalarına dayanarak ayrıca başka bir yazılı anlaşmaya gerek kalmadan ICSID tahkimine başvurabilmeleri için yatırım kavramının çok önemli bir rolü vardır.

Diğer bir önemli husus ise taraflar arasında ICSID merkeze getirilen bir uyuşmazlık eğer tarafların aralarındaki iki taraflı yatırım anlaş-

⁵⁶ UNCTAD, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review, (Investor-State Disputes)* UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York and Geneva, 2005, s. 16.

⁵⁷ Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, June 27, 1990.

⁵⁸ ŞANLI, (dn. 31), 416.

masına dayanmıyorsa o zaman bu anlaşmadaki yatırım tanımını dikkate alınmayacaktır. Fakat burada uyuşmazlık konusu olan işlemin iki taraflı yatırım anlaşmasındaki yatırım tanımına girmediğinden dolayı ICSID Merkezinin yetkisi doğrudan reddedilemeyecektir. Çünkü ICSID hakem mahkemesi uyuşmazlığın ICSID Konvansiyonu anlamında bir yatırım uyuşmazlığı olup olmadığını tarafların aralarında ki anlaşma ile birlikte yorumlayarak belirleyecektir. Ayrıca devletlerin aralarında yaptıkları iki taraflı yatırım anlaşmasından kaynaklanan ve bu anlaşmada devletlerin ICSID tahkimine onay verdikleri her uyuşmazlıkta ICSID Konvansiyonuna göre bir yatırım uyuşmazlığı olmayabilir. Örneğin yatırım başvurusu reddedilmişse bu duruma ait bir uyuşmazlık yatırımdan kaynaklanamaz çünkü henüz yatırım yapılmamıştır⁵⁹. Bu nedenle de bu uyuşmazlık iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında olmasına rağmen, Konvansiyon açısından bakıldığında Merkezin konu bakımından yetkisi dışında kalmaktadır⁶⁰. Taraflar bu durumda iki taraflı anlaşmaya dayanarak uyuşmazlığın bir yatırım uyuşmazlığı olduğunu ileri süremeyeceklerdir. Çünkü uyuşmazlık konusu Konvansiyonun tanımına göre yatırım kapsamına girmemektedir. Bu durumlarda diğer bir ifadeyle uyuşmazlık herhangi bir yatırımdan kaynaklanmadığı hallerde uyuşmazlık ICSID Ek Mechanizma Kuralları çerçevesinde tahkimle çözümlenebilir.

Bu yüzden Merkezin eline gelen tahkim davalarında iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanan hallerde, merkezin yetkisini konu bakımından belirleyebilmek için yatırım anlaşması ile konvansiyon hükümleri beraber göz önüne alınmalıdır. Eğer bunlardan birine göre yatırımdan kaynaklanan bir uyuşmazlık yoksa o zaman merkezin yetkisi reddedilmelidir. Önemle belirtmek gerekir ki, iki taraflı bir yatırım anlaşmasında tanımlanan yatırım kapsamına girmeyen bir yatırım mevzu bahisse, bu durumda ev sahibi devletin zaten ICSID merkezine yetki vermediği açıkça anlaşılmaktadır. Zaten tarafların aralarında yaptıkları iki taraflı yatırım anlaşmasındaki yatırım tanımı bir anlamda tarafların hangi yatırımlar için merkeze başvuru yetkisi verdiğini belli etmektedir. Buna göre eğer anlaşma kapsamında bir

⁵⁹ YILMAZ, (dn. 36), 156.

⁶⁰ Antonio R. Parra, "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment", 12 ICSID Rev.-FILJ 296 (1997), s. 325-329.

yatırım yoksa o zaman tarafların merkeze başvuru için onayı da olmadığı sonucuna ulaşılır⁶¹.

B. PSEG v Turkey Davası

ICSID hakem mahkemelerinin inceledikleri birçok davada hem Konvansiyon hem de iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki yatırım tanımları hakkında çok önemli tespitlerde bulunulmuştur. Örneğin, *PSEG v. Turkey* davasında hakem heyeti, Türkiye ile Amerika Birleşik devletleri arasında yapılan iki taraflı yatırım anlaşmasınca verilen yetkiye ilişkin kararında, yabancı yatırımcının yap-işlet-devret (YİD) modeliyle imtiyaz sözleşmesiyle inşa edeceği elektrik projesi ile alâkalı bir yatırımın var olup olmadığını incelemiştir⁶². Konya Ilgın'da Enerji Bakanlığı ile Yabancı yatırımcılar arasında YİD modeliyle bir elektrik santralının kurulması ve işletilmesi için bir imtiyaz sözleşmesi yapılmıştır. Hem sözleşme yapılmadan önce hem de sözleşme yapıldıktan sonra taraflar arasında santralin kapasitesinin artırımına ilişkin çeşitli görüşmeler olmuştur. Türkiye, Danıştay'ın incelemesinden geçerek imzalanmış bir imtiyaz sözleşmesi yapılmasına rağmen bu anlaşmada önem arz eden ticari konularda henüz bir anlaşmaya varılmadığı için ortada yapılmış olan resmi bir anlaşma olmadığını ileri sürmektedir⁶³. Diğer taraf ise, kapasite artırımı ve bunun gibi diğer önem arz eden konularda karşılıklı müzakereler devam ettiği halde sözleşmenin tam ve hukuka uygun şekilde yapıldığını ve yürürlüğe girdiğini iddia etmiştir.

Bu sözleşmenin imza safhasından sonra YİD ve enerji projelerinde uygulanacak olan mevzuatlar açısından Türk hukukunda çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Belirtilmesi gerekli olan husus ise kamu imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmelerine çevrilmeleriyle bu alanda ulusal veya uluslararası tahkime gidebilme yolunun açılmış olmasıdır. Özellikle bu değişikliğin ardından davacılar revizyon talep etme haklarına dayanarak Enerji Bakanlığına başvuruda bulunmuş-

⁶¹ YILMAZ, (dn. 36), 156.

⁶² PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation , and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/05, Decision on Jurisdiction, June 04, 2004.

⁶³ YILMAZ, (dn. 36), 162.

lar ve sözleşmenin özel hukuk sözleşmesine dönüşümünü ya da Danıştay'dan önceki taslaktaki uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesiyle ilgili maddenin sözleşmeye ilave edilmesini talep etmişlerdir. Bunun üzerine Bakanlıkta imzalanmış olan sözleşmenin bazı hükümlerinde değişiklikler yapılmasını talep etmiştir. Sonradan kabul edilen Elektrik Piyasası Kanunuyla bahsi geçen projeler için verilmiş olan Hazine garantilerinin süresi bir seneye indirilmiştir. Aslen Anayasa mahkemesinin bu hükmü iptal etmesine rağmen hükümette bu hakkın yeniden hayata geçirilmesi için hiçbir çabada bulunmamıştır⁶⁴.

Tüm bu gelişmeler doğrultusunda, davacılar Türkiye ile ABD arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak Türkiye'nin aleyhine olarak Merkezde tahkim davası açtılar. Türkiye'nin cevabı ise Merkezin yetkisine itiraz etmek olmuştur. Bu itirazın gerekçesi ise Konvansiyon ve yatırım anlaşmasına göre bir yatırım söz konusu olmadığı gibi ayrıca buna bağlı olarak da bir yatırım uyuşmazlığı da mevcut değildir. Bu nedenden dolayı da Merkezin bu davayı görmek için gereken yetkisi yoktur⁶⁵. Türkiye hem projenin hem de imtiyaz sözleşmesinin yatırım olmadığını iddia etmiştir. Söz konusu olan proje henüz gerçekleşmemiş olmakla beraber, sadece proje üzerine yapılmış bazı harcamalar vardır. Bu sebeple henüz bir yatırım mevcut değildir. Projenin görüşme aşamasında kaldığını, imtiyaz sözleşmesinin ise esaslı ticari konuları üzerinde bir mutabakata varılmadığı için hukuken kurulmadığını, bu nedenlerden ötürü de yatırımın söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Türkiye'nin iddiasına göre iki tarafında sözleşme ile bağlı olma iradesi mevcut olmadığı için sözleşmenin geçerliliği ve bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Yatırımcı limited şirket proje için kurulmuş olan bir proje şirkettir. Bu şirketin mameleki olarak davacılar tarafından iddia edilen fizibilite çalışması, revize edilmiş maden planı, maden hakları devir sözleşmesi, diğer izin ve ruhsatlar yatırımı meydana getirebilmek için yapılan hazırlık çalışmalarının birer parçalarıdır⁶⁶.

⁶⁴ YILMAZ, (dn. 36), 163.

⁶⁵ Barry APPLETON, "The Latest Developments in International Investment Law and Investor-State Arbitration", Appleton's International Investment Law & Arbitration News, Vol. 1 No: 1 January 2005, s. 7.

⁶⁶ Karar, paragraf 67-73.

Davacılar ise, Konvansiyonda yatırım tanımının yapılmamış olduğunu kabul etmekle beraber, Türkiye ile ABD arasında yapılan iki taraflı yatırım anlaşmasının I/1/c maddesinde yer alan “hizmet ve yatırım sözleşmeleri, ifayı talep hakkı ve gayri maddi mal” şeklindeki tanımın imtiyaz sözleşmelerini de kapsadığını iddia etmişlerdir. Ayrıca Danıştay’ca onaylanmış ve sözleşmenin taraflarınca imzalanmış bir sözleşme Türk hukukuna göre bağlayıcı ve geçerlidir iddiasında bulunmuşlardır. Ayrıca ilave sözleşmelerin ya da düzenlemelerin sonradan yapılacak olmasının imtiyaz sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyeceği tezini ileri sürmüşlerdir. Şunu unutmamak gerekir ki tüm izinleri ve ruhsatları alınarak hukuken geçerli bir şekilde kurulmuş olan proje şirketi de bir yatırımı teşkil etmektedir. Önemli olan başka bir husus da fizibilite raporu, revize edilmiş maden planı, maden hakları devir sözleşmesi, diğer izinler ve ruhsatlar da dâhil olmak üzere şirketin tüm mameleki de iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında yatırım teşkil etmektedir. Proje belki tek başına bir yatırım olmasa da bu kapsamda onu gerçekleştirmek için yapılan sözleşmeler ve haklar anlaşmaya göre yatırım tanımı kapsamındadır⁶⁷.

Hakem mahkemesi ilk önce ortada bir imtiyaz sözleşmesi olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme hukuken geçerli bir imtiyaz sözleşmesinin olduğuna karar vermiştir. Danıştay tarafından onanan ve tarafların imzası bulunan bir sözleşme hukuken geçerlilik kazanmıştır. Fakat esas sorun sözleşme esaslı unsurlarını içermekte midir? Hakem heyetine göre bu tür sözleşmeler karmaşık yapıda ve uzun döneme yayılmışlardır, bu nedenle de ileride bazı şartlarının değiştirilebilecek olması ya da sözleşmelerin ileride yeniden tartışılacak olması imzalanmış olan sözleşmeyle tarafların bağlı olmayacağı anlamına gelmez. Ayrıca heyete göre sözleşme fizibilite çalışmalarında üzerinde anlaşılan hükümleri ve esaslı ticari hükümleri de kapsamaktadır. Heyet imtiyaz sözleşmesinin Türk idare hukuku açısından geçerli ve bağlayıcı olduğuna karar vermiştir⁶⁸.

Hakem heyeti imtiyaz sözleşmesinin hükümlerini tek tek inceleyerek bazı saptamalarda bulunmuştur. Öncelikle tarafların iradeleri sadece çerçeve bir sözleşme yapmak yönünde olsaydı bunu niyet mektubu ya

⁶⁷ Karar, paragraf 74-78.

⁶⁸ Karar, paragraf 103-104.

da başka bir formda da yapabilirlerdi. Bir sözleşme halinde imzalayarak onay için arz etmezlerdi. Sonuç olarak geçerli bir imtiyaz sözleşmesi vardır. Tabii geçerli bir imtiyaz sözleşmesi var olduğu için bu sözleşme kapsamında yapılan yatırımlarda yatırım tanımına girmektedir. Tüm bu nedenlerle de heyet yetkili olduğuna karar vermiştir. Hakem heyeti yukarıda belirtilen sebepler nedeniyle Türkiye'nin ortada bir yatırım olmaması nedeniyle hakem heyetinin ve Merkezin yetkisine yapmış olduğu itirazı reddetmiştir. Türkiye yabancı yatırımcıların yapmış oldukları faaliyetleri henüz gerçekleşmemiş bir yatırımın hazırlık çalışmaları olarak nitelendirmiştir. Bu yüzden de yatırımın hali hazırda gerçekleşmemiş olduğunu heyete beyan etmiştir. Bu savını ispatlamak için daha evvelki tarihlerde verilmiş olan *Mihaly v Sri Lanka*⁶⁹ kararına atıf yapmıştır⁷⁰.

Bahsi geçen davada yatırım ya da imtiyaz sözleşmesinin imzalanmasından önceki dönemde yabancı yatırımcının yatırıma hazırlık için yapmış olduğu çeşitli harcamaların yatırım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmıştır. Ayrıca buna bağlı olarak da heyetin yetkili olup olmayacağı incelenmiştir⁷¹.

Sri Lanka ile yabancı yatırımcı, Sri Lanka da YİD sistemiyle kurulacak olan bir enerji santrali için görüşmelere başlamışlardır. Bu görüşmeler sonucunda önce bir iyi niyet mektubu daha sonra bir anlaşma mektubu ve son olarak da anlaşma mektubunun süresini uzatmak için bir uzatma mektubu imzalamışlardır. Bu mektupların hepsinde taraflar açısından bağlayıcı olmadığına ilişkin hükümler mevcut olmakla beraber içeriklerinin de ileride imzalanacak olan sözleşmelere tabi olacağı yine bu mektuplarda belirtilmiştir⁷². Görüşmeler anlaşma yapılmadan sonuca ulaşmadığından Sri Lanka müzakereleri sona erdirmiştir. Mihaly, da Sri Lanka'nın ABD ile yaptığı iki taraflı yatırım anlaşmasına aykırı davrandığı gerekçesiyle ICSID Merkeze dava

⁶⁹ Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/00/2), Award, March 15, 2002; "Individual Concurring Opinion By Mr. David Suratgar", (Çevrimiçi), http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC607_En&caseId=C189, 30.03.2009, s. 161-165.

⁷⁰ Karar, paragraf 68, 73.

⁷¹ YILMAZ, (dn. 36), 165.

⁷² Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/00/2), s. 162.

açarak yaptığı harcamaların yatırım olduğunu ve kendisine geri ödemesini talep etmiştir. Sri Lanka da bunun üzerine bu harcamaların ne ICSID Konvansiyonuna göre ne de yatırım anlaşmasına göre yatırım teşkil etmediğini bu nedenle de merkezin yetkili olmadığını iddia ederek itirazda bulunmuştur⁷³.

Hakem heyetine göre bu üç mektupta taraflar arasındaki görüşmeleri ve sözleşme imzalanması için münhasırlığı içermelerine rağmen akdi borç doğurmamıştır. Bununla beraber münhasırlık hiçbir zaman sözleşmeye dönüşmemiş ve taraflar arasında hiçbir zaman bir YİD sözleşmesi imzalanmamıştır⁷⁴. Sözü geçen mektuplar açıkça göstermektedir ki taraflar yapılan harcamaları yatırım olarak kabul etmemektedirler. Hatta bu iradelerini de mektuplarda ifade etmişlerdir. Bu nedenle de yapılan harcamaların niteliği kesinlikle yatırım değildir. Eğer taraflar aralarında sözleşme yapsalardı veya bu harcamaları yatırım olarak kabul etselerdi o zaman bu harcamalarında yatırım olarak adlandırılması gerekirdi. Ayrıca davada Sri Lanka sözleşme imzalanıncaya kadar diğer tarafla aralarında sözleşmesel bir ilişki olmadığını ve bu nedenle de bir yatırımın yapılmış olamayacağını çeşitli belgelerle ispatlamıştır. Hakem heyeti tarafların aralarında akdettikleri yatırım anlaşmasının yatırımın tanımını yapan maddesinden de yatırım öncesindeki harcamaların yatırım tanımına sokulamayacağını ve yine aynı maddenin tarafların bu giderlerin niteliği hakkındaki ortak iradelerine değer verdiği sonucuna varmıştır⁷⁵. Hakem heyetinin kararı ise tüm bunların sonucunda sözleşme öncesinde yapılan tüm masrafların hem Konvansiyona göre hem de iki taraflı anlaşmaya göre yatırım tanımına girmediğine bu sebeple de konu bakımından yetkisizliğe karar vermiştir.

PSEG v Turkey davasıyla *Mihaly v Sri Lanka* davası arasındaki fark PSEG davasında sözleşmenin imzalanmış olmasıdır. Hakem heyeti, PSEG davasında sözleşme imzalandıktan sonra geliştirme harcamaları yapıldığı için bu masrafların yatırım tanımına girdiğine ayrıca eğer tarafların iradeleri bağlayıcı olmayan bir çerçeve metni yapmak olsaydı bunu da *Mihaly* davasında olduğu gibi niyet mektubu şeklinde düzenleyebilirlerdi şeklinde karar vermiştir⁷⁶.

⁷³ YILMAZ, (dn. 36), 166.

⁷⁴ Karar, paragraf 36-47.

⁷⁵ Karar, paragraf 59-60.

⁷⁶ Karar, paragraf 81 ve 103.

C. Diğer ICSID Davaları

*AMT v Zaire*⁷⁷ davasında AMT, Zaire kanunlarına göre kurulmuş olan SINZA adlı bir şirketin % 94 adet hissesine sahip bir ABD şirkettir. AMT, Zaire ordusu tarafından iki kez basılmış ve yağmalanmıştır. Bunun üzerine ABD, Zaire ile aralarında yaptıkları iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak Zaire aleyhine ICSID Merkeze tahkim için başvurmuştur. Fakat Zaire'ye göre AMT'nin durumu, SINZA adlı şirkette bir hissedarlıktır ve ABD'nin doğrudan yatırımı değildir. Bu nedenle de Zaire, uyuşmazlığın Zaire yerel mahkemelerinde görülmesini ve ayrıca ICSID tahkiminin bu konuda yetkili olmadığını iddia etmiştir. Hakem mahkemesi ise ABD ile Zaire arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasında kararlaştırılan yatırım tanımını dikkate alarak ve ICSID Konvansiyonundaki yatırım tanımı da göz önünde bulundurarak karar vermiştir. Buna göre, tarafların arasındaki iki taraflı anlaşma da yapılan yatırım tanımı "hisse dâhil, dolaylı ya da doğrudan sahiplenilen her türlü yatırımı" kapsamından dolayı, AMT'nin bir yatırım olduğuna ve merkezin yetkili olduğuna karar vermiştir⁷⁸.

Yukarıda bahsi geçen davayla çok benzer yönleri bulunan bir diğer davada ICSID hakem mahkemesinin tespitleri önemlidir. *Enron v Argentine*⁷⁹ davasında, Arjantin'de gaz dağıtım şirketinin özelleştirilmesiyle ilgili şirketin iştirak şirketleri aracılığıyla toplam % 35,263'ünün hissedarı olan davacılar ile davalı Arjantin arasında özelleştirmeye ilgili işlemler sırasında damga vergisi, faiz ve cezalarla ilgili uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. Davacılar, ABD ile Arjantin arasındaki iki taraflı anlaşmaya dayanarak ICSID Merkeze konuyla ilgili dava açmışlardır. Buna karşılık Arjantin, dava konusu olan Arjantin şirketine davacının dolaylı yatırımcı olarak bulunduğunu, azınlık hisseye sahip olduğunu ve şirketin kontrolünün yatırımcıya ait olmadığını gerekçe göstererek, sadece hisseleri doğrudan etkileyen (kamulaştırma gibi) işlemlerin dava edilmesi gerektiğini iddia etmiştir⁸⁰. Davacılar davayı (Hisselerin ikili yatırım anlaşması çerçevesin-

⁷⁷ American Manufacturing and Trading Inc. v the Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award of 21 February 1997, YCA Vol. XXII (1997) s. 60.

⁷⁸ Christoph SCHREUER, "Shareholder Protection in International Law", 23 Mayıs 2005, (Çevrimiçi), http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_2.pdf, 03.04.09, s. 7.

⁷⁹ Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, January 14, 2004.

⁸⁰ Enron. v. Argentine, s. 3-4.

de yatırım olması nedeniyle) kendi adlarına açtıklarını, şirket adına açmadıklarını belirtmişlerdir. Hakem heyeti, gerek ilgili iki taraflı yatırım anlaşmasındaki yatırım tanımını, gerekse Konvansiyondaki yatırım tanımını göz önüne alarak yabancı yatırımcı yatırımını azınlık hisse olarak yapsa da bunun yatırım kapsamına girdiğini ve bu hakların söz konusu anlaşmalarla korunduğu sonucuna varmıştır⁸¹.

*Fedax v Venezuela*⁸² davasında Fedax, kendisine ciro yoluyla geçen bonoların Venezüella hükümeti tarafından ödenmediği iddiasıyla, Hollanda ve Venezüella arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak ICSID tahkimine başvurmuştur⁸³. Venezüella devleti de, bonoların ne ikili yatırım anlaşmasına ne de Konvansiyona göre yatırım teşkil etmediğini bu yüzden de merkezin uyuşmazlığın çözümünde yetkili olmadığını belirtmiştir. Hakem heyeti ise, iki taraflı yatırım anlaşması bakımından, bonolar kredi aracı olduğundan anlaşmada yer alan “her türlü değer” ve “para talebi” şeklinde belirtilen yatırım tanımına girmekte olduğuna ve bu yüzden de heyetin yetkili olduğuna karar vermiştir⁸⁴.

*CSOB v Slovakia*⁸⁵ davasında ise ödünçün yatırım teşkil edip etmediği tartışılmıştır. Taraflar aralarında yaptıkları borçların konsolidasyonu sözleşmesinde iki taraflı yatırım anlaşmasına ve anlaşmada yer alan ICSID tahkim klotuna atıf yaparak Merkezi yetkili kılmışlardır. Davacı *CSOB*'a göre kendisi tarafından Slovak tahsil şirketine verilmiş olan ödünç bir yatırım olup bu nedenle de merkez yetkilidir. Slovakya'nın iddiası ise, uyuşmazlığın konsolidasyon sözleşmesinin yanında yapılan ödünç sözleşmesinden dolayı olarak kaynaklandığı ve ödünçün bir yatırım olmadığı yönündedir⁸⁶.

Hakem heyeti, konsolidasyon sözleşmesinin amacının *CSOB*'nin hem Çek Cumhuriyetinde hem de Slovak Cumhuriyetindeki ticari faaliyetlerine devam etme ve bunları geliştirme olduğuna kanaat getirmiştir.

⁸¹ Enron. v. Argentine, s. 10.

⁸² Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, March 9, 1998.

⁸³ UNCTAD, *Dispute Settlement; International Centre for Settlement of Investment Disputes; 2.5. Requirements Ratione Materiae, (Ratione Materiae)*, New York and Geneva, 2003, s. 22-23.

⁸⁴ YILMAZ, (dn. 36), 158-159.

⁸⁵ Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 14 ICSID Review-FILJ 251 (1999).

⁸⁶ YILMAZ, (dn. 36), 159.

Ayrıca CSOB'nin faaliyetleri Slovakya'da çeşitli anlaşmalar yapmayı ya da kaynak aktarımını da kapsadığından ICSID Konvansiyonu anlamında yatırım olarak değerlendirmiştir. Buna ilave olarak heyet, söz konusu ödücün Slovakya'nın bankacılık faaliyetlerinin gelişimiyle çok yakın ilişkili olduğuna karar vermiştir. Tüm bu gerekçelerle de ödücün hem Konvansiyon hem de iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında bir yatırım olduğuna hükmetmiştir⁸⁷.

*Salini v Morocco*⁸⁸ davasında ise inşaat sözleşmesinin yatırımın tanımını kapsamına girip girmediği incelenmiştir. İki İtalyan inşaat şirketi olan *Salini* ve *Italstrade* ile Fas hükümetince finanse edilen (*Société Nationale des Autoroutes du Maroc*) ADM şirketi arasında otoyol inşası için sözleşme yapılmıştır. İtalyan firmaları gecikmeler ve teknik aksaklıklar ile ilgili çekinmelerini ilgili Fas bakanlığına bildirmişlerdir. Fakat bunlar giderilmeyince İtalya ile Fas arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanarak ICSID tahkimine dava açmışlardır. Fas hükümeti iki nedenle ICSID Merkezin yetkisine itiraz etmiştir. Birinci sebep, inşaat sözleşmeleri iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan yatırımın kapsamında değildir. İkincisi ise, ICSID Konvansiyonuna göre de inşaat sözleşmeleri yatırım tanımının içinde yer almaz. Bunlara ilave olarak Fas, ihlâl iddialarının ikili taraflı yatırım anlaşmasına değil de inşaat sözleşmesine dayandığını bu nedenle de yerel mahkemelerin yetkili olduğunu iddia etmiştir. Buna gerekçe olarak da İtalya Fas yatırım anlaşmasında yer alan yatırımın ev sahibi devletin nizam ve kurallarına uygun olarak yapılması hükmünü göstermiştir.

Hakem heyeti ise, yatırımın yerel hukuka uygun yapılması kuralının yatırımın tamamının iç hukuka göre yapılması olarak algılamının son derece yanlış olduğunu, bu hükmün yatırımın hukuki olmasını sağlamaya yönelik olduğunu belirtmiştir. Ayrıca inşaat sözleşmesi davacılara “ekonomik değeri olan sözleşmesel bir edimi” talep etme hakkı vermekle beraber, buna ilaveten davacıların sözleşmesel ekonomik bir hakkında sahibi olduklarını ifade etmiştir. Tüm bunlar ışığın-

⁸⁷ UNCTAD, *Ratione Materiae*, (dn. 83), 23-24.

⁸⁸ *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, Editorial Staff of International Legal Materials, “Developments in International Law”, International Law in Brief, The American Society of International Law, 22 Nisan 2003, (Çevrimiçi), <http://www.asil.org/ilib0607.cfm>, 03.04.09.

da hakem heyeti hem iki taraflı yatırım anlaşması hem de Konvansiyon anlamında inşaat sözleşmesini yatırım olarak tespit etmiştir. Heyet, ICSID Konvansiyonu anlamında yatırım tanımını tespit ederken doktrin ve ICSID hakem heyetlerinin kullandığı genel kriterlere başvurmuştur. Bunlar; para harcanması veya parasal katılım, belirli bir süreye yayılmış edim, risk unsuru ve ev sahibi devletin ekonomisine katkıdır. Sonuçta Hakem Heyeti otoyol inşa akdini gerek konvansiyondaki gerekse ikili yatırım anlaşmasındaki yatırım tanımına girdiğine karar vermiştir⁸⁹.

Sonuç

İster iki taraflı isterse de çok taraflı olsun yatırım anlaşmalarındaki yatırım tanımı, bu anlaşmaların uygulama konusunun kapsamını belirlemektedir. Dolayısıyla, yatırım kavramının tanımı, anlaşmalarda yer alan kuralların uygulanabilirliklerini ve uygulama kapsamalarını tayin etmektedir. Son yıllarda yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin gidilen tahkim yargılaması uygulamalarında, özellikle davalı tarafın tahkim yargılamasına ilişkin yetki itirazı olarak, uyuşmazlık konusunun anlaşmada yer alan yatırım tanımı kapsamında değerlendirilemeyeceği itirazında bulunması önemli bir husustur. Zira bu gibi itirazları engellemek için yatırım anlaşmalarını kaleme alan kişilerin yatırımları tanımlarken dikkatli davranmaları gerektiği ve ülkelerin sosyal, siyasi ve ekonomik çıkarları çerçevesinde yatırım tanımını belirli ve açık bir ifade ile yapmalarının yerinde olacağı kanısındayız.

Ülkelerin farklı yatırım politikaları nedeniyle, yatırım tanımı da farklı şekillerde iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer almaktadır. Genel olarak bütün ikili yatırım anlaşmaları incelendiğinde ortaya iki ana trend çıkıyor. İlki malvarlığı esasına dayanan oldukça geniş bir kapsamda tanımlanan yatırım kavramı ki Türkiye'nin yaptığı hemen hemen bütün iki taraflı yatırım anlaşmalarında bu yöntemle yatırım tanımlanmıştır. Diğeri ise daha dar ve sınırlamalara yer veren yatırım tanımıdır. Türkiye'nin yapmış olduğu ikili yatırım anlaşmalarında bu tarzda bir yatırım tanımına rastlanmamakla beraber diğer ülkelerin

⁸⁹ Lucy Reed, Jan Paulsson, Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, 2004, s. 15; YILMAZ, (dn. 36), 160-161.

özellikle son yıllarda yaptıkları ikili anlaşmalarda daha çok dar ve sınırlandırılmalı yatırım tanımını tercih ettikleri görülmektedir.

Türkiye'nin taraf olduğu çok taraflı yatırım anlaşmalarından Enerji Şartı Anlaşmasında, MIGA'da ya da ICSID'de olsun yatırım tanımının kapsamı geniştir. Enerji Şartı anlaşmasındaki yatırım tanımının içeriği enerji sektörünü ve bu sektörle ilişkili herhangi bir ekonomik faaliyeti kapsayacak kadar geniştir. ICSID'in yatırımın tanımını yapan 25. maddesinde yatırım tanımlanmamış sadece uyumsuzluğun yatırımdan kaynaklanması şartı getirilerek yatırım tanımı devletlerin aralarında yaptıkları iki taraflı yatırım anlaşmalarına bırakılmıştır. MIGA'da ise yine uygun yatırım terimi kullanılarak nelerin bu tanıma gireceği esnek olarak belirtilmiştir. Kanaatimizce genel olarak çok taraflı anlaşmalarda yatırım tanımının geniş tutulmasının en önemli nedeni gelecekte ortaya çıkabilecek tüm yatırımları kapsamlarına alarak daha uzun vadede taraflara çözüm sağlayabilmektir.

Özellikle ICSID tahkiminde yatırım tanımının kapsamı belirleyicidir. Çünkü ICSID tahkimine başvurulabilmesi için öncelikle tarafların aralarında bir yatırım uyumsuzluğu olması gereklidir. Eğer ev sahibi âkit devlet ile başka bir âkit devlet vatandaşı yabancı yatırımcı arasında çıkan uyumsuzluk, iki taraflı yatırım anlaşmasındaki yatırım tanımının kapsamında yer alan bir yatırımdan kaynaklanmıyorsa, ICSID hakem kurulu kendisinin yetkisiz olduğunu belirterek uyumsuzluğu çözmeyi reddedebilir. Hem bu konunun açıklanması hem de uygulamada ICSID hakem heyetlerinin iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki yatırım tanımını nasıl değerlendirdiklerinin anlaşılması açısından *PSEG v. Türkiye* davası başta olmak üzere çeşitli önemli davalar üzerinde durulmuştur.