

YABANCI YATIRIMLARIN TEŞVİKİ AMACIYLA YAPILAN YENİ YASAL DÜZENLEMELER

Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL*

Giriş

Küreselleşme olgusu Türkiye'nin Dünya ile olan siyasal ve ekonomik ilişkilerinin yeniden düzenlenmesi zorunluluğunu doğurmuştur. Bu zorunluluk doğal olarak iç hukukun da yeniden yapılandırılmasını gündeme getirmiştir.

Çağdaş dünyada ekonomik gelişme ve yeniden yapılanma; hukuksal ve siyasal istikrar ve güvenilirlik esaslarıyla birlikte değerlendirilmektedir. Yeter derecede saydam olmayan, karmaşık ve ağır işleyen bir bürokrasi, istikrarsızlık ve güven vermeyen bir hukuk düzeni ile birleştiği zaman, o ülkenin ekonomik küreselleşmeden pay alma olgusunu olumsuz etkilediği yıllar içindeki deneyimlerle ortaya çıkmıştır.

Demokratik, insan haklarına dayalı ve hukukun üstünlüğünü esas alan bir hukuk düzeni, yalnız kişi haklarının teminatı olmayıp, aynı zamanda ülkenin uluslararası siyaset ve ekonomik ilişkilerinde, güvenilir bir ülke olmanın da teminatıdır.

Tarihsel süreç içinde doğrudan uluslararası yatırımlara bakış açısının küreselleşmenin de etkisi ile değiştiğini görüyoruz. Yabancı yatırımlara karşı olan güvensizlik ve bu konudaki tereddütler tamamen ortadan kalkmıştır denilemez. Ancak karşı görüşlerin daha sınırlı ve ölçülü boyutta kaldığını görüyoruz. Bütün gelişmekte olan ülkelerde kredi sağlama olayı itibarını yitirirken doğrudan yatırım beklentisi ön

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı.

plana çıkmaktadır.Sermaye yetersizliği çeken ülkeler ülkelerine doğrudan yatırımları çekmek için elverişli şartlar hazırlama yoluna girmişlerdir.

Yatırımcıların eğitilmiş işgücüne sahip, kurumsal altyapıları daha sağlam, sermayeyi ticari olmayan risklere karşı koruyan ülkeleri tercih ettikleri artık bilinen bir gerçektir.Hukuk ve yargı düzeninde güvenilirliğin yanında siyasi ve ekonomik istikrar, liberal dış ticaret, istikrarlı mali piyasa, vergi sistemi, pazar hacmi yatırımcının aradığı şartların önemlileridir.

Türkiye, uzun süreden beri uluslararası ekonomide adı geçen bir ülke olma çabası içinde olmuştur.Yabancı yatırımları ülkemize çekmek amacı ile 1954 yılında 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu (YSTK) ile ilk adım atılmıştır.Oldukça liberal bir yasa olan YSTK olumsuz eleştirilere rağmen o tarihte görevini yerine getirmiştir.Yasanın bazı maddelerinin kısıtlayıcı yorumlara müsait olması ve her çeşit yatırımı değil "teşebbüs" niteliğindeki yatırımları öngörmesi ve yabancı sermaye kavramı içine girecek olan değerlerin geniş tutulmuş olması, yıllar içinde istenilen yabancı yatırımın ülkeye çekmekte başarılı olamamıştır.

1980'li yıllardan sonra liberal ekonomiye geçiş ile birlikte mali mevzuatta değişiklik yapılırken daha çok sermaye çekmek amacı ile Yasa, Yabancı Sermaye Çerçeve Kararnamesi ve Tebliğlerle genişletilmiştir.Bu gün geldiğimiz noktada, doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının teşvik edilmesi ekonomik kalkınmamızda, ve istihdam dahil sosyal sorunların çözümünde motor gücü olarak değerlendirilmektedir.

Yabancı yatırımları ülkemize çekmek temel politika olarak kabul edilince mevzuatımızda yabancıların yatırım yapmalarına engel olan bütün hükümler teker teker ele alınarak sınırlamaların kaldırılması yoluna gidilmektedir.Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu 50 yıllık bir uygulamadan sonra yürürlükten kaldırılmış, yerine 5.6.2003 tarihinde Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu kabul edilmiştir.¹ Ayrıca yabancıların taşınmaz mal edinmeleri ve diğer aynı haklardan yararlanmalarını sağlamak için bu konudaki yasal sınırlamalar kaldırılmış, bazı konulara açıklık getirilmiştir.

¹ Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu No: 4875-Kabul Tarihi: 5.6.2003 RG.17.6.2003-25141.

Yabancı yatırımların ticari olmayan risklere karşı korunması amacıyla Türkiye yaklaşık on yıldır çeşitli ülkelerle yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması konusunda iki taraflı sözleşmeler imzalamaktadır. Ayrıca Dünya Bankasının bu amaçla hazırladığı çok taraflı iki anlaşmayı da onaylamıştır. Bu gelişmeler, Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi olgusunu gündeme getirmiştir. Bu amaçla Türkiye 1991 yılında Birleşmiş Milletlerin Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Newyork Sözleşmesini ve Milletlerarası Ticari Tahkim Konusunda Avrupa Konvansiyonu'nu onaylayarak yabancı yatırımcılara güven vermek istemiştir.

Yabancı yatırımların daha önceki yıllara nazaran azalması Türkiye'yi yeni arayışlara sevk etmiştir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların Danıştay'ın yargı yetkisi içinde olmasının enerji sektöründeki yabancı yatırımları engellediği iddialarına cevap vermek üzere Anayasa'nın ilgili maddesinde ve Danıştay Kanunu'nda değişiklik yapılarak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözülmesi yolu açılmıştır. Türkiye'nin 2001 yılında yaptığı diğer bir hukuksal teşvik tedbiri, Uluslararası Tahkim Kanunu'nun kabulü olmuştur.

Yukarıda anılan hukuksal gelişmeler globalleşen ekonominin Türkiye açısından önünü açmak amacıyla yapılmıştır. Bu gelişme dünyadaki küresel değişimin kaçınılmaz sonucu olarak değerlendirilmelidir., ancak bu çok önemli değişimin ülkemize yabancı yatırımların çekilmesinde ne derece etkili olacağı belli değildir.

Bu gün geldiğimiz noktada istenilen düzey henüz yakalanamamıştır. 2003 yılı itibariyle kabul edilen Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve yabancıların taşınmaz mal edinmeleri önündeki engellerin kaldırılarak yabancılara taşınmazlar üzerinde mülkiyet ve diğer aynı haklara sahip olabilmelerinin yolunun açılmasının ülkemize yabancı yatırımların çekilmesine etkili olacağı düşünülmektedir. Bu çalışmanın amacı; Türkiye'ye yabancı sermaye girişinin hızlandırılması için son bir yıl içinde yapılmış olan hukuksal değişikliklerin açıklanmasıdır.

I. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu

Doğrudan sermaye yatırımlarının, ekonominin büyümesi ve büyüme hızının arttırılmasında ve ulusal ekonominin yeni global ekonomiye entegrasyonunda anahtar görevi göreceği kabul edilmektedir.

Türkiye'ye 2001 yılında izin verilen yabancı sermaye tutarı, 2000 yılına nazaran %10.5 oranında azalmıştır.² Son üç yılda izin verilen yabancı sermayenin sektörel dağılımı içinde imalat ve hizmetler sektörü ağırlıklı yere sahiptir. Tarım ve madencilik izinlerinde önemli bir gelişme olmamıştır. Gelişme özellikle bankacılık, finansal hizmetler, haberleşme, otel ve pansiyon işletmeciliğinde görülmektedir.³

Bütün dünyada doğrudan yabancı yatırımlar ağırlıklı olarak gelişmiş ülkelerde yapılmaktadır.⁴ Uluslararası sermaye yatırımları, portföy yatırımları ve doğrudan sermaye yatırımları olarak gerçekleşmektedir.

Portföy yatırımlar; kısa vadeli sıcak para hareketleri olarak nitelendirilmektedir. Bu yatırımlar kriz dönemlerinde ani sermaye çıkışına neden oldukları için gelişmekte olan ülkeler açısından olumsuz etkileri nedeniyle özellikle tercih edilmeyen yatırımlardır.

Doğrudan sermaye yatırımları: genel olarak uzun süreli ticari çıkar elde etme amaçlı, şirket yönetimlerinde uzun vadede söz sahibi olmaya yeterli düzeyde hisse alımı ile gerçekleşen yatırımlar olarak tanımlanmaktadır.⁵

Doğrudan yatırımların en çok uygulanan hukuksal şekli şirket evlilikleri ve özelleştirme dir.⁶

² Bkz. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü 2001 Raporu, s.1

³ Türkiye'de yerli sermaye son 10 yılda yurtdışı yatırımı tercih etmiştir. 2000 yılında Türk şirketleri yurt dışına 1 milyar \$ üzerinde yatırım yapmıştır. Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü, 2001 Raporu.

⁴ *Uluslararası Doğrudan Yatırımlar ve Türkiye Raporu*, İSO Yayını, 2002.

⁵ Tanımlar için bkz. a.g.e.

⁶ Orta ve Doğu Avrupa'da yapılan doğrudan yatırımların çoğu özelleştirme yolu ile yapılmıştır. 1995 yılına kadar Türkiye'de Doğrudan yatırımın %5'i özelleştirme kaynaklı iken, yalnız 2000 yılında Bulgaristan'daki yatırımların %50'si özelleştirme dir. Bu konuda bkz. a.g.e. 19.

Kırk dokuz yıl yürürlükte kalan ve yabancı Sermaye Çerçeve Kararname si ve Tebliğlerle kapsamı genişletilmiş olan Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, 17.6.2003'den beri yürürlükte değildir.⁷Yabancı sermaye ile ilgili bütün eserlerde liberal hükümler taşıdığı, kârların ve ana sermayenin transferi garantisinin de güvence altına alınmış olduğu belirtilen YSTK'nunu yürürlükten kaldıran DYYK ne gibi yenilikler getirmektedir.Acaba yeni Yasa yabancı yatırımları çekmekte yeterli olacak mıdır?.İş çevrelerinin ve siyasilerin beklentilerine cevap verecek midir?.

1- Yasanın Amacı

Yasa, amaç maddesinde bu yasanın çıkarılma amacını, doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesi olarak açıklanmaktadır.Bu amaçla, yeni hukuksal düzenleme ve tespit edilecek politikalarla doğrudan yabancı yatırımların arttırılmasına ilişkin esasların düzenlediği belirtilmektedir.

2- Öngörülen Temel Değişiklik

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu iki temel değişiklikten yola çıkmaktadır.Bunlar;

- a- Doğrudan yabancı yatırımların gerçekleşmesinde önceki yasanın kabul etmiş olduğu **izin** ve **onay** sistemi yerine, **bilgilendirme** sistemi getirilmiştir⁸.Bu çok önemli bir değişikliktir.
- b- Yatırım veyatırımcı tanımlarının kapsamı genişletilmiş, uluslararası standartların kabul ettiği tanımlara uyulmuştur.

⁷ (dn. 1).

⁸ Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği'ne göre (m.5); Kanun kapsamına giren şirket ve şubeler sermayelerine ve faaliyetlerine, ödemelere, hisse devirlerine ilişkin bilgileri Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'ne bildirmekle yükümlüdürler.(RG.20.8.2003-25205)

3- Yabancı Yatırımcı

Yasa'ya göre; Türkiye'de doğrudan yatırım yapan,

- a- Yabancı ülke vatandaşı gerçek kişiler,
- b- Yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları
- c- Yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler ve uluslararası kuruluşlar yabancı yatırımcı olarak kabul edilmiştir.(m.2/a)

Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu ve Çerçeve Kararname'sine göre, yabancı yatırımcı daha dar kapsamda tutulmuştu. Buna göre, "Yurt dışında yerleşik kişi ve kuruluşlar" deyimini ile "yabancı ülkelerin vatandaşlığını haiz olan gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkenin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler" ifade edilmişti. Bu durumda eski hukuk vatandaş-yabancı kriterini kabul etmiş bulunuyordu. Yeni Yasa, bu iki gruba yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını da eklemiştir. Uygulama Yönetmeliği'ne göre; yurt dışında ikamet ettiğini çalışma veya ikamet izni ile belgeleyen Türk vatandaşları Kanunun uygulanması bakımından yabancı yatırımcı sayılırlar(m.10)

4- Doğrudan Yabancı Yatırım Değerleri

Yasa'ya göre yabancı yatırım olarak kabul edilecek değerler şunlardır:

- a- Yurt dışından getirilen;
 - Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nca alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye,
 - Şirket menkul değerleri,
 - Makine ve Techizat
 - Fikri ve Sanayi mülkiyet hakları
- b- Yurt içinden Sağlanan;
 - Yeniden yatırımda kullanılan kar, hasılat,para alacağı veya mali değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar,

- Doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar aracılığıyla,
- Yeni şirket kurmayı veya şube açmayı veya,
- Menkul kıymet borsalarında en az % 10 hisse oranı yada aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut şirkete ortak olmayı veya menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimini ifade eder (m. 2/b). Portföy yatırımları doğrudan yabancı yatırım değerleri olarak kabul edilmemiştir.

5- Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Esaslar

Doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin esaslar Yasa'da sekiz başlık altında toplanmıştır.(m.3).

a- Yatırım Serbestisi ve Milli Muamele (m.3/a)

Hükme göre; *Yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de doğrudan yatırım yapılması serbesttir.* Bu esas, Yeni Yasa'yı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'ndan ayıran en önemli kuraldır. Önceki Yasanın aradığı şartların oluşup oluşmadığının incelenmesi ve buna göre karar verilmesi esasını ortadan kaldırarak izin ve onay sisteminden, serbesti esasına geçilmesi ile yabancı yatırımların önü açılmak istenmiştir.

Bilindiği gibi önceki sisteme göre, doğrudan yabancı yatırıma izin verilmesi için Hazine Müsteşarlığı'nın yatırımın a) ülkenin ekonomik gelişmesine yararlı olması, b) Türk teşebbüslerine açık olan bir alanda faaliyet göstermesi, c) Ülke çapında tekel teşkil edecek faaliyetlerde bulunan kuruluşlarda çoğunluk hissesine sahip olmaması olarak belirlenmiş olan üç şarta ilave olarak iki önemli şart daha aranmaktaydı. Bunlar; Türkiye'de yatırım yapmak veya ticari faaliyette bulunmak isteyen dışarıda yerleşik kişilerin Türk Ticaret Kanunu'na göre anonim veya limited ortaklık kurmaları ve 50 bin ABD doları tutarında yabancı sermaye getirmeleri şartlarıdır.⁹

⁹ Uygulama Yönetmeliği'ne göre(m.9); yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketler, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen şirketler ile Borçlar Kanunu'nda düzenlenen adi şirketlerdir(RG.20.8.2003-25205).

Bu günkü ihtiyaçlar karşısında (a) ve (b) de yazılı olan şartların esasen var oluşu öngörülmüştür.(c) bendinde yazılı olan “tekel teşkil edecek faaliyette bulunan kuruluşlarda çoğunluk hissesine sahip olabilmeme” konusundaki şart da bilinçli olarak kaldırılmıştır.Bu durumda ülkemizde tekel teşkil eden faaliyette bulunan kuruluşların tamamına yabancı bir kuruluş doğrudan yatırım yaparak sahip olabilecektir.

Doğrudan yatırım için alt sınır olan 50 bin ABD doları kuralı da gereksiz bir sınır olarak görülmüş, daha az sermayenin de yasadan yararlanması öngörülmüştür.¹⁰

Yasa'nın m.3/a, 1'de öngörülen yabancı yatırımlara getirilen yatırım serbestisinin bir sınırının bulunduğunu belirtmek gerekir.Bu sınır, *uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleriyle aksi bir hükmün bulunması* şarttır.Diğer bir ifade ile uluslararası anlaşma ile doğrudan yabancı yatırım için belirli bir şart aranmışsa ya da özel bir kanun ile doğrudan yabancı yatırım için belirli şartlar aranmışsa bu şartların saklı tutulması gerekecektir.Örneğin, Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye ve Limanlarla Karasuları Dahilinde İcrayı Sanat ve Ticaret Hakkında Kanun'un 1. ve 2. maddesi, Türk Ticaret Kanunu m.823, Turizmi Teşvik Kanunu Yat İşletmeciliğiyle ilgili maddeleri, Sivil Havacılık Kanunu m.49, Maden Kanunu m.6, Petrol Kanunu'nun ilgili maddeleri gibi yasalar yabancı yatırımlarla ilgili özel şartlar taşımaktadır.

Yasa'nın m.3/a bendinde getirilmiş olan ikinci esas, eşit muamele esasıdır.Buna göre, *“Yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabidirler”*.

Bunun yeni bir hüküm olmadığı kanısındayız.Çünkü YSTK'da10. maddesinde, yabancı sermayeli teşebbüslerin aynı alanda çalışan yerli sermaye ve teşebbüslere tanınan haklar, muafiyet ve kolaylıklardan yararlanacağı kabul edilmiştir.

¹⁰ Yasa'da (m.3/a) doğrudan yabancı yatırımlara izin ve onay şartı olmadan serbestçe yatırım olanağı tanınırken, buna genel hükümler açısından bir sınır getirilmiştir.Bu sınır “Uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümlerinin aksini öngörmesi” şartıdır.

b- Kamulaştırma ve Devletleştirme(m.3/b)

Yabancı yatırımların kamulaştırılması ve devletleştirilmesi Anayasa'nın 46 ve 47. maddeleri ile güvence altına alınmıştır. Bu özel bir yenilik arz etmemektedir.

c- Transfer Serbestisi(m.3/c)

Yabancı yatırımların Türkiye'deki faaliyetlerinden doğan net kâr, temettü, satış, tasfiye ve tazminat bedelleri, lisans, yönetim ve benzeri anlaşmalardan doğan alacakları, dış kredi, ana para, faiz ödemeleri bankalar veya özel finans kurumları aracılığıyla yurt dışına serbestçe transfer edilebilir. Aslında bu değerlerin yurt dışına transferi konusunda YSTK ve daha sonra kabul edilen Çerçeve Kararnamesi ile garanti altına alınmış bulunuyordu. Yeni hüküm, özel finans kurumlarını da ekleyerek transfer kolaylığı getirmiştir.

d-Taşınmaz Edinme (m.3/d)

DYYK, yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmelerini serbest bırakmıştır.

Hükme göre, yatırım yapan şirketler taşınmaz mallar üzerinde mülkiyet ve sair ayni hak edinme hakkına sahip olacaklardır. Bu hüküm yabancı şirketlere açıkça bu hakları tanımakla bu konuda doktrinde var olan tereddütleri de ortadan kaldırmıştır. Aslında YSTK 10. maddesi ile yabancı yatırımcıların, yerli yatırımcıların sahip olduğu hak, muafiyet ve imtiyazlar sahip olacağını vurgulamaktaydı. Eşit hakların taşınmazlar üzerinde ayni hakları da kapsayıp kapsamadığı konusundaki tereddütler uygulamada olumlu şekilde çözülmekteydi. Yeni yasanın konuyu açıkça düzenlemesi yerinde bir hüküm olarak değerlendirilebilir.

Altıncı uyum paketi olarak da adlandırılan 4916 sayı ve 3.7.2003 tarihli Yasa 19. maddesi ile Tapu Kanununun 35. maddesini değiştirmiştir. Yeni 35. madde birinci fıkrada yabancıların taşınmaz edinmesi konusunda ana kural olarak; "karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamala-

ra uyulmak kaydıyla, yabancı gerçek kişilerle yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin Türkiye’de taşınmaz edinebileceklerini kabul etmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrası da (m.35/4) bu kişiler lehine, taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesir edilmesini tanımış ve bu halde karşılıklılık şartının aranmayacağı kabul edilmiştir.

Bu durumda DYYK, taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmelerini serbest bırakırken, Tapu Kanunu m.35’in yeni şeklinden farklı olarak bütün yabancı şirketlerin değil “*yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri şirketleri*” nazara almıştır. Taşınmazın Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgede olması aranan tek şarttır. Doğrudan yabancı yatırım yapan şirketlerin taşınmaz mülkiyeti için “*karşılıklı olmak*” şartı da aranmamıştır. Doğrudan yabancı yatırımları teşvik amacı, bu yaklaşımın gerekçesini oluşturmaktadır.

e-Uyuşmazlıkların Çözümü(m.3/e)

Doğrudan yabancı yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde yargı yetkisi ve uygulanacak hukuk konusunda hukuk sistemimizdeki bazı engeller ve adaletin sağlanmasındaki gecikmeler, yabancı yatırımcıların Türkiye’ye yatırım yapmakta isteksiz olmalarının önemli nedenlerinden biri olarak gösterilmektedir. Hukuk ve yargı sisteminin hakkın elde edilmesinde tereddüt doğurmaması için reform çalışmaları kapsamında, yeni yasal düzenlemelerin kabulü yoluna gidilmiştir.

DYYK, yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanında, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma olanağı tanımıştır. Uyuşmazlıkların tahkim ya da diğer çözüm yolları ile çözümü kuşkusuz tarafların anlaşması ve ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşmasına bağlı olacaktır.

Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için milli veya milletlerarası tahkim yolu öteden beri hukukumuzun kabul ettiği bir yargı yolu idi. Yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yolunun açılması oldukça

yenidir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü Danıştay'ın yargı yetkisi içinde bulunuyordu. Bu hukuk düzeninin yabancı yatırımcıları enerji yatırımlarına yönelmelerine engel oluşturduğu iddiası ile Anayasa'nın ve Danıştay Kanunu'nun ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak uluslararası tahkim yolu açılmıştır.¹¹

f- Yabancı Personel Çalıştırma (m.3/g)

Bu Kanun kapsamında kurulan şirket şube ve kuruluşlarda yabancı uyruklu personelin çalıştırılması konusunda çalışma izinleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na verilecektir. Yabancı sermayeli şirket ve kuruluşların hangilerinin bu kapsama gireceği, izin verilecek kilit personelin tanımı ve çalışma izinlerine ilişkin özel nitelikteki diğer esasların ve usullerin çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği kabul edilmiştir. Yönetmelik 29.8.2003 tarihinde kabul edilmiştir. Yönetmelik, özellik arzeden doğrudan yabancı yatırımlarda (şirket, şube, irtibat bürosu) istihdam edilecek yabancı uyruklu kilit personele uygulanmak üzere kabul edilmiştir. Yönetmelik, hangi yatırımların "özellik arzeden doğrudan yabancı yatırım,, sayılacağını ve hangi personelin "kilit personel,, sayılacağını açıkça belirtmiştir.¹² Kilit personel dışında kalan yabancı personel ile özellik arzetmeyen doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilecek yabancı personelin çalışma izinleri Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkındaki Kanunun Uygulama Yönetmeliği'ne göre verilir.

¹¹ 4446 sayılı ve 13.8.1999 tarihli Anayasa'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun.RG.14.8.1999-23786; 4501 Sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun.RG.22.1.2000-23941. Bu konuda bkz. Nomer - Ekşi - Öztekin Gelgel, Milletlerarası Tahkim, İst.2003,88 vd. Akıncı Z. Milletlerarası Tahkim, İst.2003.

¹² Anılan yönetmelik RG 29.8.2003-25214 tarihinde çıkartılmıştır. Yönetmeliğin, doğrudan yabancı yatırımların özellik arzeden ve özellik arzetmeyen biçiminde bir ayırımdan hareket ettiği anlaşılmaktadır. "Özellik arzeden doğrudan yabancı yatırımlar" ve m.4/a ya göre, yabancı ortakların toplam sermaye payları ihracat tutarı, cirosu, istihdam ettiği personel sayısı gibi unsurların nazara alınmasıyla belirlenecektir.

Yabancıların çalışma izinleri ile ilgili olarak 27.2.2003 tarih ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Türkiye’de çalışmalarına izin verilecek yabancıları çeşitli özelliklerine göre kategorilere ayırarak izinleri düzenleyen yasa, yabancı sermayeli kuruluşlarda çalışacak personel ile ilgili hükümler getirmiştir. 4875 sayılı DYYK, yukarıda anılan 4817 sayılı Yasa’nın 14. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin uygulanmayacağını ve m.13/1’inde hangi durumlarda uygulanmayacağını hazırlanacak yönetmelikle belirtilmesi gerektiğini bildirmektedir.

6- Diğer Hususlar

Nakit dışı sermayenin tespiti: 4875 sayılı DYK. nakit dışı sermayenin tespiti için 3/f maddesinde özel hüküm getirmiştir. Buna göre, nakit dışı sermayenin değer tespiti Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılacaktır. Yabancı ülkelerde kurulu şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılması halinde, menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslararası kuruluşların değerlendirilmeleri esas alınacaktır.

İrtibat Bürosu Açma: Yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlerin Türkiye’de ticari faaliyette bulunmamak kaydı ile irtibat bürosu açma izni vardır. Bu izinler Hazine Müsteşarlığı tarafından verilecektir. Yabancı şirketlere irtibat bürosu açma izni önceki mevzuata da tanınmış bulunuyordu.

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, 18.1.1954 tarih ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu yürürlükten kaldırılırken, eski kanun kapsamında kurulmuş olan şirketleri kazanılmış hakları saklı kalmak kaydı ile yeni kanuna tabi tutmuştur. (m.5/a ve c)

II. Yabancıların Taşınmazlar Üzerinde Aynı Hak Edinmelerine İlişkin Yeni Düzenlemeler

1- Genel Kural: 19.7.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4916 sayılı Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun (6.Uyum Paketi olarak adlandırılmaktadır) çeşitli konularda düzenlemeler yaparken, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin

Türkiye’de taşınmaz mallar üzerinde mülkiyet ve diğer aynı haklara sahip olabilmelerine imkan tanıyan hükümleriyle dikkati çekmektedir. Yabancı sermaye girişini hızlandırmak amacıyla ülkedeki taşınmazların yabancılara satışı önündeki Anayasa’ya aykırı olmamak kaydı ile yasal engelleri kaldırmak yoluna gidilmiştir. 4916 sayılı yasa ile 2644 sayılı ve 1934 tarihli Tapu Kanunu’nun 35. maddesi değişikliğe uğramıştır. Bu şekilde Cumhuriyet dönemi boyunca uygulanmakta olan sistem terk edilerek tarım arazileri de dahil olarak bütün topraklar belli şartlara tabi olarak yabancılara açılmıştır. Köy Kanunu m.87 ile köylerde yabancı gerçek ve tüzel kişilerin arazi ve emlak almalarını yasaklayan hüküm de ilga edilmiştir.

Yeni 35. madde; birinci cümlesinde, *Karşılıklı olmak ve Kanuni sınırlara uymak şartıyla* yabancı gerçek kişilerle yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip şirketlerin Türkiye’de taşınmaz edinme hakları olduğunu genel kural olarak kabul etmiştir. Bu durumda yabancıların taşınmaz edinme hakkı eski hükümde olduğu gibi iki ana şarta bağlanmıştır. Bunlar; *karşılıklı muamele* ve *kanuni sınırlara uymaktır*. Bu konuda bir değişiklik yoktur.

Karşılıklılık ilkesi; yabancı devletin kendi vatandaşlarına veya tüzel kişiliğe sahip yabancı ticaret şirketlerine taşınmaz edinme konusunda tanıdığı hakların Türk vatandaşı gerçek kişilere ve tüzel kişiliğe sahip Türk şirketlerine tanınması olarak tanımlanmaktadır. Başka bir ifade ile, ilgili devletin kendi vatandaşlarına veya yabancı şirketlere hukuk yoluyla tanıdığı taşınmaz edinme hakkının Türk vatandaşı gerçek kişi ve şirketlere de tanınması aranmaktadır.

Maddenin karşılıklı olmak ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda getirdiği açıklama yeterli değildir. İfade çeşitli yorumlara açıktır. Kanımızca tanımda gerçek kişiler ile ticaret şirketleri için iki ayrı ölçüt kullanılmaktadır. İlk olarak, yabancı devletin kendi vatandaşlarına taşınmaz edinme konusunda tanıdığı hakların Türk vatandaşlarına tanınması esastır. İkinci olarak, yabancı devletin yabancı ülkelerde kurulan ve tüzel kişilik kazanmış ticaret şirketlerine tanıdığı hakların Türk ticaret şirketlerine de tanınması aranmaktadır. Maddenin ifadesi tam olarak böyle bir açıklık taşımamakla birlikte, mantıklı bir yorumun böyle olması gerektiği düşüncededeyiz.

Bu durumda Türkiye’de taşınmaz edinmek isteyen yabancı gerçek ki-

şi ya da ticaret şirketi, bağlı bulunduğu devletin hukuk düzeninin kendi vatandaşlarına ya da yabancı şirketlere tanıdığı hakların Türk vatandaşlarına ve ticaret şirketlerine de tanımış olup olmadığı incelenecektir.

Bir ülke mevzuatının kendi vatandaşına tanıdığı hakların aynısının yabancılara da tanınması şartı, Türkiye açısından koruyucu ve savunulabilir bir karşılıklı muameledir. Ancak bazı ülke hukuklarının azınlıklara belirli bölgelerde taşınmaz edinme hakkı tanımadığı göz önünde tutulduğunda fazla bir genişlik taşımayacağı sonucuna varılabilir. Örneğin, Yunan hukukunda vatandaş olmakla beraber Helen ırkından olmayanlara sınır bölgelerinde ve sahil şeridinde taşınmaz edinme hakkı tanınmamaktadır. Kendi vatandaşına taşınmaz edinme hakkını sınırlayan devlet vatandaşlarına aynı sınırlamaların uygulanması gerekecektir.

Yabancı şirketler açısından ise durum; yabancı devletin taşınmaz ediniminde yabancı ülkelerde kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine tanıdığı hakların Türk ticaret şirketlerine tanınması biçiminde olacaktır. Bir ülke bu konuda yabancı şirketlere tanıdığı hakların ölçüsünde Türk şirketlerine de hak tanımış olmalıdır.

Madde de kastedilen karşılıklılığın kanuni, ama aynı zamanda fiili karşılıklılık olduğunu düşünüyoruz. Kanuni olan, mevzuatta tanınmış olan karşılıklılıktır. Madde açıkça Türk vatandaşı gerçek kişi ve şirketlerden bahsettiğine göre, fiili durumu da nazara almıştır diyebiliriz.

Türk hukukunda karşılıklılık konusunda yerleşik uygulama, kanuni ve fiili karşılıklılığın aranması biçiminde olmuştur. Hatta bir Türk vatandaşının başvurusunda karşılaştığı engellerin aynısının o devlet vatandaşları için de aranacağı ifade edilmiştir.

4916 sayılı Yasa 19. maddesi ile Tapu Kanunu'nun 35. maddesini değiştirmeden önce, mevzuatımızda üç istisna dışında yabancı şirketlere taşınmaz edinme hakkı tanınmamıştı. Bu istisnalardan birincisi Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun 10. maddesindeki "... yerli sermaye ve teşebbüslere tanınan haklar, muafiyetler ve kolaylıklardan aynı alanda çalışan yabancı sermaye ve teşebbüslerde aynı şartlar altında istifade eder." diyen hükmüdür. Bu hükmün taşınmaz edin-

mevi de kapsayıp kapsamadığı tartışmalı olmasına rağmen uygulama mümkün olduğu şeklinde gelişmiştir.¹³

Diğer iki istisna, Turizmi Teşvik Kanunu ve Petrol Kanunu'na göre yatırım yapan şirketler hakkındadır.

Yeni düzenleme yabancı şirketlere açıkça taşınmaz edinmez hakkı tanıırken, bunu iki şarta bağlamıştır. Bu şart "karşılıklılık olmak" ve "kanuni sınırlamalara uymak" şartlarıdır. Ayrıca, yabancı şirketin o ülkenin yasalarına göre kurulmuş olması ve o yasalara göre, tüzel kişiliği sahip olmasıdır. Yabancı ülke hukukuna göre kurulmuş ve tüzel kişilik kazanmış olan şirketler o devletin tabiiyetini taşıyacak ve karşılıklılık şartının var olup olmadığı bu ülkeye göre değerlendirilecektir.

Sonuç olarak yeni düzenlemede, karşılıklılık şartının gerçekleşmesi açısından önceki 35. maddeye TBMM'sinin yorum yoluyla getirdiği "kanuni ve fiili karşılıklılık" esasından vazgeçilmiş, yalnız "kanuni karşılıklılık" yeterli görülmüştür.

2- 30 Hektardan Fazla Olan Taşınmazlarda Durum

4916 Sayılı Yasa 19. maddesi ile Tapu Kanunu'nun 35. maddesini değiştirirken, üçüncü fıkrada: Yabancı gerçek kişi ile yabancı ülkelerde o ülkenin yasalarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip şirketlerin 30 hektardan fazla taşınmaz edinmelerini Bakanlar Kurulu'nun iznine tabi tutmuştur. Bu durumda 30 hektardan az miktarda taşınmaz edinmeleri kanuni sınırlamalar uymak ve karşılıklı olmak kaydı ile herhangi bir izne tabi olmadığı halde, 30 hektardan fazlası için Bakanlar Kurulu'nun izni gerekli olacaktır. Bu şart kanuni miras yoluyla intikal eden taşınmazlar için uygulanmayacak, ölüme bağlı tasarruf yoluyla intikal eden taşınmazlar için izin uygulanacaktır. Bakanlar Kurulu tarafından, izin verilmezse, fazla miktar tasfiye edilerek bedele çevri-
lecektir.

¹³ Bkz. Çelikel/Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, 2003.

3- Sınırlı Ayni Hak Tesisi

4916 Sayılı Yasa 19. maddesi ile Tapu Kanunu'nun 35/4 maddesinde yabancı gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde o ülke yasalarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilmesini kabul etmiştir. Aynı fıkroda bu halde karşılıklılık şartının aranmayacağı hükmü de yer almaktadır.

Bu fıkra eski 35. madde nazara alındığında oldukça liberal bir hükümdür. Önceki 35. maddede yabancıların taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak iktisabı konusunda bir hüküm olmaması nedeniyle konu tartışmalı iken, yeni metin buna imkan tanımış, ayrıca bu konuda karşılıklılık şartının da aranmayacağını kabul etmiştir. Yabancı şirketlerin istisnalar dışında taşınmaz edinebilmesine olanak yokken, yeni metinde yabancı şirketlere bu hak tanınırken genel kural olan karşılıklılık şartının da aranmaması yabancı sermaye yatırımlarının teşviki amacına uygun olmakla beraber, düzenlemenin yerindeliği üzerinde düşünmek gerektiği kanısındayız.

4- Kamu Yararı ve Ülke Güvenliği

Madde, son fıkrasında genel bir sınırlama getirmenin gerekli olduğu düşüncesiyle "kamu yararı ve ülke güvenliği bakımında, 35. maddenin bütün fıkralarının uygulanmayacağı yerleri belirlemeye Bakanlar Kurulu'na yetki vermiştir.

Sonuç

Türkiye ülkeye doğrudan yabancı sermaye girişini teşvik etmek amacıyla son altı ay içinde bazı yasal değişiklikler yapmıştır. Bu değişiklikler doğrudan yabancı yatırımların önünde maddi ve usuli olarak var olduğu belirtilen engellerin kaldırılmasına yöneliktir.

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu bu amacı taşımaktadır. Yasa ile, yabancı yatırımlar için elli yıldan beri uygulanan izin ve onay sistemi terk edilerek, yatırımcılara serbestçe yatırım olanağı tanınmıştır.

Ayrıca Tapu Kanunu'nun 35. maddesi değiştirilerek, yabancı gerçek kişi ve şirketlere Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde mülkiyet ve diğer

aynı haklar açısından var olan yasaklar kaldırılarak ülkeye yabancı sermaye akımı sağlanmak istenmiştir.

Tapu Kanunu'nun m.35'in yeni şekli ile yabancı şirketlerin taşınmazlar üzerinde mülkiyet ve sınırlı ayni hak iktisaplarını da serbest bırakmıştır. Hatta daha ileri giderek sınırlı ayni hak iktisabı konusunda genel kural olan "karşılıklı olmak" şartını da aramamıştır.

Köy Kanunu'nun, köylerde yabancı gerçek ve tüzel kişilerin "arazi ve emlak almaları memnudur" diyen 87. maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri de dahil olmak üzere, her çeşit uyuşmazlıkların çözümünde ulusal yargının yanında uluslararası tahkim yolunun da yasayla açılmış olması ile yabancı yatırımcıların bu konuda ki eleştirilerine cevap verilmiştir.

Bütün bu değişiklikler Cumhuriyet Dönemi'nin siyasal, hukuksal ve ekonomik sisteminin büyük ölçüde değiştirilmesini ifade etmektedir. Bu hızlı liberal değişim, küreselleşmenin kaçınılmaz sonucu olarak değerlendirilebilir. Ancak ekonomik yarar beklentisinin, olayın diğer ulusal ve uluslararası sonuçlarıyla birlikte nazara alınmalıdır. Bunu zaman gösterecektir.