

**RUS, ÇİN VE TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DOĞRUDAN YATIRIM-
LARDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ**

Farruhbek MUMINOV

DOKTORA TEZİ

Özel Hukuk Programı

Danışman: Doç. Dr. Mesut AYGÜN

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Mayıs 2020

ÖZET

RUS, ÇİN VE TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DOĞRUDAN YATIRIMLAR- DAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Farruhbek MUMINOV

Özel Hukuk Anabilim

Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 25 Haziran 2020

Danışman: Doç. Dr. Mesut AYGÜN

Günümüzde ev sahibi ülkede bulunan yabancı yatırımların korunmasına ilişkin asgari standartlar (milli muamele, en çok gözetilen ulus kaydı, sermaye transferi, kamulaştırmaya karşı koruyucu hükümler ve uyuşmazlık çözüm yolları) oluşmuş durumdadır. Yabancı yatırımlara ilişkin asgari standartların içeriği ve uygulama alanı ülkeden ülkeye farklılık arz etmekle birlikte bahse konu standartların amacı müşterektir. Bu anlamda yabancı yatırımlara ilişkin asgari standartların getirilmesindeki amaç, ev sahibi ülkede tutarlı, öngörülebilir, şeffaf ve eşit koşullar sağlayan yatırım ortamı oluşturma arzusudur.

Tez çalışmasının amacı çerçevesinde; Rusya, Çin ve Türkiye yatırım mevzuatında doğrudan yabancı yatırımların korunmasına ilişkin temel hükümlerinin uluslararası standartlarla uyumlu olup olmadığını değerlendirilmesiyle birlikte, bahse konu ülkelerin milletlerarası tahkime rıza göstermesi bakımından kapsam ve farklılıkların ortaya konulmasıdır.

Anahtar Sözcükler: Milli muamele, En çok gözedilen ulus kaydı, Kamulaştırmaya karşı koruyucu hükümler, Rusya, Çin ve Türkiye yatırım mevzuatı

ABSTRACT

RESOLUTION OF DISPUTES ARISING FROM FOREIGN DIRECT INVESTMENT IN TURKISH, RUSSIAN AND CHINESE LAW

Farruhbek MUMINOV

Department of Private Law
Anadolu Univesity, Graduate School of Social Sciences

Supervisor: Dr. Mesut AYGÜN

Today, minimum standards (national treatment, the most favored nation clause, capital transfer, protective measures against expropriation and dispute resolution) have been established regarding the protection of foreign investments in the host country. Although the content and application area of the minimum standards for foreign investments differ from country to country, the purpose of these standards is common. In this sense, the aim of establishing minimum standards regarding foreign investments is the desire to create favorable investment environment that provides consistent, predictable, transparent and equal conditions in the host country.

For the purpose of the thesis; the evaluation of the main provisions relating to the protection of foreign direct investment in China, Russia and Turkey investment legislations, whether it is compatible with international standards, the scope and differences of these countries's investment legislations in terms of consent to international arbitration.

Keywords: National treatment, Most favored nation clause, Protective measures against expropriation, China, Russia and Turkey investment legislations

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmanın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan “bilimsel intihal tespit programı”yla tarandığını ve hiçbir şekilde “intihal içermediğini” beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

(İmzo)

Farruhbek Muminov

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iii
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	xii
1. GİRİŞ.....	XII
DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLAR	5
1. DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARIN ANA UNSURLARI	5
1.1. Yatırım Kavramı	6
1.1.1. Genel olarak.....	6
1.1.2 İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında düzenlenen yatırım kavramı.....	8
1.1.3 Uluslararası tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda yatırım kavramı	11
1.1.3.1. Katkı	13
1.1.3.2. Süre	14
1.1.3.3. Risk.....	16
1.1.3.4. Ev sahibi ülke ekonomisine katkı	17
1.2. Yatırımcı Kavramı.....	18
1.2.1. Genel olarak.....	18
1.2.2. Gerçek kişi olarak yatırımcının vatandaşlığı	19
1.2.3. Şirketlerin tabiiyeti	21
1.2.4. Yatırımcı olarak devlet (Devlet mülkiyetli şirketler).....	23
1.2.5. Yabancı kontrolünde bulunan şirketlerin durumu	27
1.2.6. Yabancı hissedarların durumu	29
1.3. Devletler	32
1.3.1. Ev sahibi devlet.....	33

1.3.2. Kaynak devlet	34
2. MİLLETLERARASI YATIRIM HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİ ...	38
2.1. Milli Muamele Kaydı.....	38
2.1.1. Genel olarak.....	38
2.1.2. Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar ışığında.....	39
2.2. En Çok Gözetilen Ulus Kaydı.....	41
2.2.1. Genel olarak.....	41
2.2.2. En çok gözetilen ulus kaydının yatırımcı lehine genişletilmesi	42
2.2.3. En çok gözetilen ulus kaydının yatırımcı aleyhine kısıtlanması	43
2.3. Adil ve Eşit Muamele Kaydı	44
2.3.1. İstikrarlılık, tutarlılık ve öngörülebilirlik.....	45
2.3.2. Şeffaflık	46
2.3.3. Yatırımcının yasal beklentileri.....	47
2.4. Kamulaştırmaya İlişkin Koruyucu Hükümler	49
2.4.1. Doğrudan kamulaştırma	49
2.4.2. Dolaylı kamulaştırma.....	50
2.5. Sermaye Transferi	52
2.6. Şemsiye Hükümleri.....	55
2.7. Uyuşmazlık Çözüm Yolları.....	57
3. DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI	59
HUKUKUN KAYNAKLARI.....	59
3.1. Çok Taraflı Yatırım Anlaşmaları.....	59
3.2. Bölgesel Anlaşmalar	60
3.3. İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları.....	61
3.4. Ev Sahibi Ülke Yatırım Mevzuatı	63
4. MİLLETLERARASI YATIRIM ANLAŞMALARININ	65
YORUMLANMASI	65

4.1. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Kapsamında Yatırım Anlaşmalarının Yorumlanması.....	65
4.2. Tamamlayıcı Yorum Araçları	66
4.2.1. İki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmaları.....	66
4.2.2. Uluslararası tahkim yargılaması neticesinde verilen kararları.....	67
4.2.3. Doktrin	68
DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARA İLİŞKİN KURUMSAL YAPI VE ULUSAL MEVZUAT	70
1. RUSYA FEDERASYONU’NUN DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARA İLİŞKİN POLİTİKASI, İLGİLİ KURUMLARI VE ULUSAL YATIRIM MEVZUATI	70
1.1. Rusya’nın yatırım politikaları.....	71
1.2. Rusya’nın DTÖ’ye Katılım Süreci ve Bunun Yabancı Yatırımlarla İlgili Yasal Düzenlemeler Üzerindeki Etkileri.....	72
1.3. Rusya mevzuatında doğrudan yabancı yatırımların hukuki çerçevesi	75
1.3.1. Genel düzenlemeler	75
1.3.2. Özel düzenlemeler	76
1.4. Doğrudan Yabancı Yatırımlarla İlgili Kurumlar.....	78
1.4.1. Ekonomi Bakanlığı.....	78
1.4.2. Yatırım Ajansı	79
1.5. Doğrudan Yabancı Yatırımların Kabulü	81
1.5.1. Yatırımın ön kabulü ve milli muamele.....	82
1.5.2. Yatırım yapıldıktan sonra milli muamele kaydı	83
1.6. Rusya Yatırım Mevzuatının Milletlerarası Yatırım Hukukunun Temel İlkeleriyle Uyumu	86
1.6.1. Rusya yatırım mevzuatında düzenlenen milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı	86
1.6.2. Rusya yatırım mevzuatında düzenlenen kamulaştırmaya ilişkin hükümler	87

2. ÇİN'İN YABANCI YATIRIMLARA İLİŞKİN POLİTİKASI, İLGİLİ KURUMLARI VE ULUSAL YATIRIM MEVZUATI.....	89
2.1. Çin'in Yatırım Politikaları.....	90
2.2. Çin'in Dünya Ticaret Örgütü'ne Katılım Sürecinin Ulusal Yatırım Mevzuatının Gelişimindeki Rolü	92
2.3. Yabancı Yatırımlara İlişkin Kurumlar	94
2.3.1. Ticaret Bakanlığı.....	94
2.3.2. Diğer kurumlar.....	95
2.4. Doğrudan Yabancı Yatırımların Hukuki Çerçevesi	96
2.4.1. Genel düzenlemeler	97
2.4.2. Özel düzenlemeler	98
2.4.2.1. Sermayeye dayalı ortak girişim kanunu	99
2.4.2.2. Sözleşmeye Dayalı Ortak Girişim Kanunu	100
2.4.2.3. Yabancı Yatırımlı Teşebbüsler Kanunu.....	101
2.4.3. Yabancı yatırım yasa tasarısına ilişkin çalışmalar	103
2.5. Çin Yatırım Mevzuatı Çerçevesinde Yabancı Yatırımların Kabulü ve Ona İlişkin Kısıtlamalar	104
2.5.1. Yabancı yatırımların kabulü.....	104
2.5.2. Yatırım öncesi milli muamele ve negatif liste uygulaması	106
2.5.3. Yabancı yatırımcılara rehberlik eden katalog rejimi	107
2.6. Çin Yatırım Mevzuatının Milletlerarası Yatırım Hukukunun Temel İlkeleriyle Uyumu.....	109
2.6.1. Milli muamele	110
2.6.2. En çok gözetilen ulus kaydı	113
2.6.3. Kamulaştırma ve millileştirmeye ilişkin hükümler	115
2.6.3.1. Çin yatırım mevzuatında yabancı yatırımların kamulaştırılmasına ilişkin hükümler	115
2.6.3.2. Çin yatırım mevzuatı çerçevesinde kamulaştırma ve millileştirmeye ilişkin hükümler	118

3. TÜRKİYE’NİN YABANCI YATIRIMLARA İLİŞKİN POLİTİKASI, İLGİLİ KURUMLARI VE ULUSAL YATIRIM MEVZUATI.....	120
3.1. Türkiye’nin Yatırım Politikaları.....	121
3.2. Türkiye Yatırım Mevzuatı Çerçevesinde Yabancı Yatırımlara İlişkin Düzenlemeler	122
3.3. Yabancı Yatırımların Teşviki ve Tanıtımıyla İlgili Kurumlar.....	125
3.3.1. Ticaret Bakanlığı.....	125
3.3.2. Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı	125
3.4. Türkiye Yatırım Mevzuatı Çerçevesinde Yabancı Yatırımların Kabulü ve Yatırım Yapma Süreci	126
3.4.1. Yabancı yatırımların kabulü ve milli muamele ilkesinin uygulanması	127
3.4.2. Yatırım yapıldıktan sonra milli muamele ilkesinin uygulanması	129
3.5. Türkiye Yatırım Mevzuatının Milletlerarası Yatırım Hukukunun Temel İlkeleriyle Uyumu	130
3.5.1. Milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı	130
3.5.1. Kamulaştırma ve millileştirmeye ilişkin hükümler	133
4. DEĞERLENDİRME.....	135
DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ.....	138
1.RUS HUKUKUNDA DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ.....	138
1.1. Genel Olarak	138
1.2. Yerel mahkemeler	139
1.3. Milletlerarası Tahkim Mahkemeleri.....	141
1.3.1. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Ticari Tahkim Komisyonu.....	142
1.3.2. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Deniz Ticareti Tahkim Komisyonu	145

1.4. Milletlerarası Tahkime Gitme Konusunda Rıza Şartının Oluşumu	146
.....	
1.4.1. Tahkim anlaşması	147
<i>1.4.1.1. Tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsızlığı</i>	<i>148</i>
<i>1.4.1.2. Tahkim anlaşmasına ilişkin şekil şartı</i>	<i>150</i>
<i>1.4.1.3. Tahkim anlaşmasının geçerliliği</i>	<i>151</i>
1.4.2. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında Rusya'nın milletlerarası tahkime rıza göstermesi	155
<i>1.4.2.1. Uyuşmazlığın konu bakımından kısıtlanması</i>	<i>156</i>
<i>1.4.2.2. Bekleme (müzakere) süresi</i>	<i>160</i>
<i>1.4.2.3. Yolun çatallaşması (seçime bağlı hükümler)</i>	<i>164</i>
1.4.3. Ulusal yatırım yasası kapsamında Rusya'nın milletlerarası tahkime rıza göstermesi	166
2. ÇİN HUKUKUNDA DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ	169
2.1. Genel Olarak	169
2.2. Yerel Mahkemeler	171
2.3. Milletlerarası Tahkim Mahkemeleri	174
2.3.1. Çin Ekonomi ve Ticari Tahkim Komisyonu Milletlerarası Yatırım Tahkim Merkezi	175
2.3.2. Shenzhen Milletlerarası Tahkim Mahkemesi	177
2.4. Milletlerarası Tahkime Gitme Konusunda Rıza Şartının Oluşumu	178
.....	
2.4.1. Tahkim anlaşması	179
<i>2.4.1.1. Tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsızlığı</i>	<i>180</i>
<i>2.4.1.2. Tahkim anlaşmasına ilişkin şekil şartı</i>	<i>182</i>
<i>2.4.1.3. Tahkim anlaşmasının geçerliliği</i>	<i>183</i>
2.4.2. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında Çin'in milletlerarası tahkime rıza göstermesi	185
<i>2.4.2.1. Uyuşmazlığın konu bakımından kısıtlanması</i>	<i>187</i>

2.4.2.2. Bekleme (müzakere) süresi	191
2.4.2.3. Yolun çatallaşması.....	193
2.4.3. Ulusal yatırım yasası kapsamında Çin'in milletlerarası tahkime rıza göstermesi	195
3. TÜRK HUKUKUNDA DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ	196
3.1. Genel Olarak	196
3.2. Yerel Mahkemeler	197
3.3. Milletlerarası Tahkim Mahkemeleri.....	199
3.3.1. İstanbul Tahkim Merkezi.....	200
3.3.2. İstanbul Ticaret Odası ve Arabuluculuk Merkezi	202
3.4. Milletlerarası Tahkime Gitme Konusunda Rıza Şartının Oluşumu	203
3.4.1. Tahkim anlaşması	203
3.4.1.1. Tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsızlığı	204
3.4.1.2. Tahkim anlaşmasına ilişkin şekil şartı	206
3.4.1.3. Tahkim anlaşmasının geçerliliği.....	207
3.4.2. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında Türkiye'nin milletlerarası tahkime rıza göstermesi	209
3.4.2.1. Uyuşmazlığın konu bakımından kısıtlanması	211
3.4.2.2. Bekleme (müzakere) süresi	214
3.4.2.3. Yolun çatallaşması (seçime bağlı hükümler)	219
3.4.3. Ulusal yatırım yasası kapsamında Türkiye'nin milletlerarası tahkime rıza göstermesi	225
4. DEĞERLENDİRME	229
SONUÇ	233
KAYNAKÇA	

KISALTMALAR DİZİNİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ASEAN	: Association of Southeast Asian Nations (Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği)
BAC	: Beijing Arbitration Commission (Pekin Tahkim Komisyonu)
BAE	: Birleşik Arap Emirlikleri
BIT	: Bilateral Investment Treaty (İkili Yatırım Anlaşması)
BM	: Birleşmiş Milletler
CAFTA	: Central America Free Trade Agreement (Merkezi Amerika Serbest Ticaret Anlaşması)
CIETAC	: China International Economic and Trade Arbitration Commission (Çin Ekonomik ve Tahkim Komisyonu)
CMAC	: China Maritime Arbitration Commission (Çin Deniz Ticaret Tahkim Komisyonu)
CMS	: Gas Transmission Company
COMESA	: Common Market for Eastern and Southern Africa (Doğru ve Güney Afrika Ortak Pazarı)
ÇETTK	: Çin Ekonomik ve Ticaret Tahkim Komisyonu
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
DTTK	: Dış Ticaret Tahkim Komisyonu
DYYK	: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu
ECT	: Energy Charter Treaty (Enerji Şartı Antlaşması)
FDI	: Foreign Direct Investment (Doğrudan yabancı Yatırımlar)
GAAT	: General Agreement on Tariffs and Trade (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması)
GHE	: Grand Hotel of Egypt
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes (Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi)
IMF	: International Monetary Fund (Uluslararası Para Fonu)
İTOAM	: İstanbul Ticaret Odası ve Arabuluculuk Merkezi Kalkınma ve İşbirliği Örgütü)

KYYY	: Kazakistan Yabancı Yatırım Yasası
MIA	: Multilateral Agreement of Investment (Çok Taraflı Yatırım Anlaşması)
NAFTA	: North American Free Trade Agreement (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması)
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development (Ekonomik
PSA	: Product Sharing Agreement (Ürün Paylaşım Anlaşması)
RF TSODTK	: Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Deniz Ticaret Tahkim Komisyonu
RF	: Rusya Federasyonu
RG	: Resmi Gazete
SCC	: Stockholm Chamber of Commerce (Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü)
SCIA	: Shenzhen International Court of Arbitration (Shenzhen Milletlerarası Tahkim Mahkemesi)
SHMTM	: Shenzhen Milletlerarası Tahkim Mahkemesi
SIETAC	: Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission (Şanghai Milletlerarası Ekonomik ve Ticaret Tahkim Komisyonu)
SNI	: Siemens Nixdorf Infomationssysteme
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
STA	: Serbest Ticaret Anlaşması
TBYTA	: Agreement on Trade Related Measures (Ticaretle Bağlantılı Yatırım Tedbirleri Anlaşması)
TGN	: The de Gas de Norte
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development (Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı)
VAHS	: Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
YOİKK	: Yatırım Ortamını İyileştirme Koordinasyon Kurulu

1. GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle birçok ülkenin dış kaynaklara duyduğu ihtiyaç, ekonomik alanda liberalleşme süresinin başlatılmasına vesile olmuştur. Liberalleşme sürecinde birçok ülke yabancı yatırımcının ev sahibi ülkelere yatırım yapmasını cesaretlendiren ve güven veren yasal yatırım ortamı oluşturma girişiminde bulunmuşlardır. Bunun sonucunda devletlerarasındaki ticari ilişkiler hızlanmış ve ev sahibi ülkelerin yabancı yatırımcılara karşı tutumu değişmiştir. Günümüzde ev sahibi ülkede bulunan yabancı yatırımların korunmasına ilişkin asgari standartlar (milli muamele, en çok gözetilen ulus kaydı, sermaye transferi, kamulaştırmaya karşı koruyucu hükümler ve uyuşmazlık çözüm yolları) oluşmuş durumdadır. Yabancı yatırımlara ilişkin asgari standartların içeriği ve uygulama alanı ülkeden ülkeye farklılık arz etmekle birlikte bahse konu standartların amacı müşterektir. Bu anlamda yabancı yatırımlara ilişkin asgari standartların getirilmesindeki amaç, ev sahibi ülkede tutarlı, öngörülebilir, şeffaf ve eşit koşullar sağlayan yatırım ortamı oluşturma arzusudur. Öte yandan, milletlerarası yatırım hukukunda yaşanan son gelişmeler birçok ülke (Avustralya, Brezilya, Güney Afrika, Venezuela gibi) yabancı yatırımlar egemenlik hakları üzerinde baskı oluşturarak, egemenlik haklarının kullanılmasının giderek kısıtlandığından endişe duyduklarını belirtmektedir.

Zaman zaman yabancı yatırımcı, ev sahibi ülkenin keyfi uygulamalarına maruz kalabilmektedir. Böyle bir durumda ev sahibi ülkeden yabancı yatırımcıya karşı verdiği taahhütlerini yerine getirmesi beklenmektedir. Buna rağmen yabancı yatırımcı ve ev sahibi ülke, yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlık konusunda her zaman anlaşamayabilmektedir. Yabancı yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü bakımından ilk seçenek, ev sahibi ülkenin mahkemeleridir. Ancak yabancı yatırımcı, bu mahkemeleri “siyasi baskı altında kalmaları, uzmanlaşmış olmamaları ve iç hukuka bağlı kalmaları” gibi durumlar sebebiyle duydukları birtakım endişeden dolayı tercih etmeyebilmektedir. Bu çerçevede yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tarafsız ve uzmanlaşmış mahkemelerde çözümlenmesi bakımından milletlerarası tahkim mahkemeleri en iyi seçenek olarak ortaya çıkmaktadır.

Kural olarak, yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkime sunulabilmesi için ev sahibi ülkenin rıza şartı aranmaktadır. Yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkimde çözümlenmesine ilişkin hükümler, milletlerarası yatırım anlaşmaları ve yatırım teşvik yasalarında yer almaktadır.

Ancak yabancı yatırımcı yabancı yatırımdan kaynaklanan tüm uyuşmazlıkları milletlerarası tahkime götüremez. Yabancı yatırımcı ancak ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkime rıza gösterdiği konular bakımından milletlerarası tahkime gidebilmektedir. Bu bakımından ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkime rıza göstermesi, milletlerarası yatırım anlaşmaları ve ulusal yatırım teşvik yasaları kapsamında değerlendirilmelidir.

Çalışmanın konusunu oluşturan “Rusya, Çin ve Türkiye hukuk sistemlerinde doğrudan yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların mukayeseli değerlendirilmesi” birkaç nedenden ötürü önemlidir. İlk olarak, dünya ekonomisinin %15’ini oluşturan Çin, elverişli yatırım ortamı, büyük pazar, istikrarlı ve sürdürülebilir ekonomisiyle yabancı yatırımcılar için en cazip ülke hâline gelmiştir. Çin’in bu başarısının ardında yatan en önemli etken elverişli yasal yatırım ortamıdır. Çin yatırım mevzuatı, diğer ev sahibi ülkelere nazaran yabancı yatırımcıların korunmasına ilişkin hükümlerin niteliği ve kapsamı bakımından dikkat çekicidir. İkinci olarak, doğal dünya zenginliklerinin %20’sini bulunduran Rusya, sahip olduğu doğal kaynaklardan dolayı yabancı yatırımcıların ilgi odağı olmuştur. Ancak Rusya’nın son dönemlerde birçok devletle yaşadığı siyasi gerilim ve taraf olduğu yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlık sayısındaki artış, ülkedeki yasal yatırım ortamının uluslararası standartlarla uyumlu olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir. Üçüncü olarak, Türkiye’nin 2000 yılı sonrası başlattığı geniş kapsamlı liberalleşme süreci kapsamında Türkiye çağdaş yatırım mevzuatına kavuşmuştur. Ancak Türkiye’nin 2016’dan itibaren yaşadığı siyasi istikrarsızlık, doğrudan yabancı yatırımlar üzerinde olumsuz etki oluşturmuştur.

Bugün Rusya, Çin ve Türkiye’de yatırım mevzuatı bakımından doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin birtakım çalışmalar yapılmıştır. Ancak Rusya, Çin ve Türkiye yatırım mevzuatında mukayeseli yapılan akademik çalışmaların, gerek nitelik gerek ülke yatırım mevzuatlarında yaşanan son gelişmeler bakımından diğer akademik çalışmalara yansıtıldığı ve ortaya konulduğu söylenemez. Özellikle çalışmanın ana konusunu oluşturan “ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkime rıza göstermesi” başlığı altında Rusya, Çin ve Türkiye’deki yatırım mevzuatları çerçevesinde mukayeseli analiz yapılmamıştır. İşte bu sebeple tez çalışmasının amacı çerçevesinde; Rusya, Çin ve Türkiye yatırım mevzuatında doğrudan yabancı yatırımların korunmasına ilişkin temel hükümlerinin uluslararası standartlarla uyumlu olup olmadığını değerlendirilmesiyle birlikte, bahse konu ülkelerin milletlerarası tahkime rıza göstermesi bakımından kapsam ve farklılıkların ortaya konulmasıdır.

Çalışmanın birinci bölümünde milletlerarası yatırım hukukunun temel ilkeleri veya doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin uluslararası standartlar üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda doğrudan yabancı yatırımların ana unsurları; yatırım ve yatırımcı kavramları izah edilecektir. Daha sonra milletlerarası yatırım hukukunun temel ilkeleri, milli muamele, en çok gözetilen ulus kaydı, adil ve eşit muamele, kamulaştırmaya ilişkin hükümler, sermaye transferi ve uyuşmazlık çözüm yolları incelenecektir. Ardından doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin uluslararası hukukun kaynakları çerçevesinde çok taraflı yatırım anlaşmaları, bölgesel anlaşmalar, ikili yatırım anlaşmaları ve ev sahibi ülke yatırım teşvik yasaları ele alınacaktır. Bölümün son kısmında ise milletlerarası yatırım anlaşmalarının yorumlanmasına ilişkin hususlar irdelenecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde; Rusya, Çin ve Türkiye hukuk sistemlerindeki doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin kurumsal yapı ve ulusal mevzuat incelenecektir. Bu çerçevede ülke yatırım mevzuatında doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin kurumlar ve doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin temel düzenlemeler üzerinde durulacaktır. Bununla birlikte bu bölümde bahse konu ülke yatırım mevzuatı bakımından doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemelerin uluslararası standartlarla uyumu, özellikle ülke yatırım mevzuatında yaşanan son gelişmeler ve doktrindeki buna ilişkin görüşler ele alınacaktır.

Çalışmanın son bölümünde; Rusya, Çin ve Türkiye yatırım mevzuatlarında doğrudan yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü incelenecektir. Bu bölümde her ülke bakımından doğrudan yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ev sahibi ülke mahkemelerine ve milletlerarası tahkim mahkemelerine sunulması izah edilecektir. Ardından milletlerarası gitme konusunda rıza şartının oluşumu üzerinde durulacaktır. Milletlerarası yatırım hukukunda ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkime rıza göstermesi üç şekilde ortaya çıkabilmektedir; tahkim anlaşması, ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları ve ev sahibi ülke yatırım teşvik yasası. Bu bağlamda her ülke bakımından ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkime rıza göstermesi, tahkim anlaşması ve tahkim anlaşmasına ilişkin temel ilkeler tespit edilmeye çalışılacaktır. Daha sonra Rusya, Çin ve Türkiye'deki yatırım mevzuatlarında ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkime rıza göstermesi, ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında izah edilecektir. Bu kapsamda ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında bulunan uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükmün değerlendirilmesinde bahse konu ülkelere özgü hususlara ve tahkim yargılaması çerçevesinde verilen kararlara yer verilecektir. Bölümün sonunda ise, ev sahibi ülkenin

milletlerarası tahkime rıza göstermesi Rusya, Çin ve Türkiye’deki yatırım teşvik yasaları bağlamında ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLAR

1. DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARIN ANA UNSURLARI

İkinci Dünya Savaşı sonrası küreselleşme sürecinin başlatılması ve uluslararası ticaretin yeniden canlanması uluslararası düzeyde yabancı yatırımların serbest dolaşımı için yabancı yatırım yanlısı ortam yaratma eğilimi göstermiştir. Süreci yakından takip eden gelişmekte olan ve gelişmiş ülkeler, yaşanan gelişmelere ayak uydurabilmek adına yapısal reformların yanı sıra yabancı yatırımların yasal çerçevesini belirleyen yasal mevzuatı da oluşturmaya yönelmişlerdir. Öte yandan gelişmekte olan devletlerin yabancı yatırımlara karşı endişeleri (ulusal ekonomi üzerindeki olumsuz etkileri) devam etmiştir. Günümüzde gelişmiş ve az gelişmiş devletlerin yabancı yatırımlara karşı duydukları endişenin önemli ölçüde ortadan kalktığı söylenebilir. Dolayısıyla gelişmekte olan ve az gelişmiş devletlerin dış kaynaklara olan açığı yabancı yatırımlarla kapatma eğilimi ağırlık kazanmıştır.

Sınır ötesi ticari ilişkilerin giderek hız kazanmasıyla gelişmekte olan devletler yabancı yatırımcıya güven veren ve uygun yatırım ortamı sağlayan yatırım mevzuatı oluşturma arayışına girmişlerdir. Bu süreçte ev sahibi ülke mevzuatında düzenlenen ve bazı yatırımcıları koruyan hükümler uluslararası yatırım standardı hâline dönüşmüştür. Bunun ötesinde ev sahibi ülkeler, yabancı yatırımcı endişelerini gidermek için ikili ve çok taraflı anlaşmalara taraf olmuşlardır. Özellikle, ikili yatırım anlaşmalarının yabancı yatırımların teşviki ve korunması açısından önemli ölçüde ilerleme kaydettiği söylenebilir.

Doğrudan yabancı yatırım* unsurlarını oluşturan; yatırım, yatırımcı ve ev sahibi ülke kavramları üzerinde durulması birkaç nedenden¹ ötürü önemlidir. İlk olarak, yatırımlara ev sahipliği yapan ülke ancak taraf olduğu ikili ve çok taraflı anlaşmalarda düzenlenen yatırım ve yatırımcı özelliklerini taşıyan yatırımlara koruma sağlamaktadır. Bahse konu anlaşmalar, içerik itibarıyla yabancı yatırımlar bakımından temel hükümler içermektedir. Özellikle bu tür anlaşmalarda ev sahibi ülke ve yabancı yatırımcı arasında

*Doğrudan yabancı yatırım kavramı yatırım olarak anılacaktır.

¹ B. Legum (2005). Defining investor and investment: Who is entitled claim? Paris: ICSID, OECD ve UNCTAD tarafından ortak düzenlenen “Making the most of international investment agreements” sempozyumunda sunulmuş bildiri özeti. <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36370461.pdf> (Erişim tarihi: 9.03.2018).

ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin hükümler önem arz etmektedir. Şöyle ki söz konusu hükümler yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için bağımsız ve siyasi çevrelerden arındırılmış² bir çözüm mekanizması sağlamaktadır.

İkinci olarak ise yatırımlara ev sahipliği yapan ülkeler, taraf olduğu anlaşmalarla yatırım türünü ve bu yatırımların ne tür özellikleri taşıması hâlinde yabancı yatırımcı olarak kabul edileceğini belirlemektedir. Bu anlamda ancak bahse konu nitelik ve şartları taşıyan yatırımcılar ev sahibi ülkede korunacaktır.

1.1. Yatırım Kavramı

1.1.1. Genel olarak

Gerek uluslararası anlaşmalarda gerek tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda yatırım kavramı tanımlanmaktan kaçınılmaktadır³. Uluslararası Para Fonu (*International Monetary Fund - IMF*)⁴ ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (*The Organization for Economic Co-operation and Development - OECD*)⁵ tarafından yatırımın ekonomik boyutu esas alınarak tanımlanmaya çalışılmıştır. Söz konusu yatırım tanımından hareketle yatırımın; yatırım fonlarının transferi, uzun vadeli proje, düzenli gelir, fon transfer eden kişinin katılımı, en azında projeyi belirli bir düzeye kadar yönetme ve risk içerdiği söylenebilir. Ancak bahse konu hususlar doğrudan yabancı yatırımı dolaylı yatı-

² Yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında tahkimin yargılama yetkisi yatırımın mevcudiyeti ve yatırımcının tabiiyetine doğrudan bağlıdır.

³ R. Dolzer and Ch. Schreuer (2008 a). *Principles of international investment law*, Oxford: Oxford University Press, First Edition, 69; M. Sornarajah (2010 a). *The international law on foreign investment*, Cambridge: Cambridge University Press, Third Edition, 8.

⁴ Uluslararası Para Fonu'nun tanımına göre doğrudan yatırım "sınır ötesi yatırım grubuna dâhil olup bir ülke ekonomisi kontrolünde veya üzerinde önemli ölçüde yönetimi bulunan yerleşik bir teşebbüsün diğer bir ülke ekonomisine yerleşmesidir". Uluslararası Para Fonu (*International Monetary Fund - IMF*) ABD'de 1945'te 45 ülkenin ana sözleşmeyi imzalamasıyla kurulmuştur. IMF'nin 6 temel amacı bulunmaktadır. Bunlar uluslararası para işbirliğinin teşvik edilmesi, uluslararası ticaretin genişletilmesi, döviz kurlarındaki istikrarın teşvik edilmesi, üye devletler arasında çok taraflı ödeme sisteminin geliştirilmesi, dış ödeme güçlülükleriyle karşılaşan üye devletlere gereken yardımda bulunma, üye devletlere ödemeler bilançosunu azaltma konusunda yardımcı olmaktır. Bkz. IMF (2009) *Balance of payments and international investment position manual*, Six Edition, 100.

⁵ Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nün tanımına göre "doğrudan yatırım yatırımcının ikamet ettiği bir ekonomiden diğer bir ekonomiye kalıcı bir menfaat elde etme amacıyla yapılan yatırımı" ifade etmektedir. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (*The Organization for Economic Co-operation and Development - OECD*) 1960'da imzalanan Paris Sözleşmesine dayanarak kurulmuştur. Ana amacı dünya üzerindeki tüm devletlerin ekonomik ve sosyal refahını artıracak politikalar oluşturmak ve teşvik etmektir. Bkz. OECD (1999 a) *Definition of foreign direct investment*. (Third Edition). Paris, 7.

rımdan, bir malın veya hizmetin satış amacıyla yapılan olağan bir ticari işleminden (yönetme ve devamlı gelir elde etme unsuru), kısa vadeli finansal bir işleminden ayırma bakımından önem taşıyan hususlardır⁶.

Geleneksel hukuk anlamında yatırım kapsamını belirlemede bırakılan boşluk, kavramın kullanımında zorluk olarak görülmemektedir. Aksine yatırım kavramının ucu açık olması kullanımda oldukça geniş uygulama alanı ve esneklik sağlamaktadır. Buna rağmen hukuki kavram içeriğinin belirlenmesinin önemli olduğu dikkate alındığında yatırım kapsamını belirleme sorunu varlığını sürdürmektedir. Yatırım anlaşmalarında sıkça görüldüğü üzere devletler müzakere yoluyla kendi yatırım kapsamını belirleyebilirler. Ancak yabancı yatırımcı ve ev sahibi ülke bakımından yatırım kapsamını belirlemeye ilişkin sorun, hakem heyetinin yatırım kapsamının içeriğini ve sınırlarını belirlemesini karmaşık hâle getirmektedir. Bu sebeple söz konusu karmaşıklığın giderilmesi için hakem heyetine yatırım kavramının belirlenmesine ilişkin kendi yorumunu katma görevi düşmektedir⁷.

Dolayısıyla yatırım kapsamının belirlenmesi Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezinin (*International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID*) yargılama yetkisinin oluşması bakımından da önemlidir. ICSID Sözleşmesi hangi tür uyuşmazlıklar bakımından Merkezin yetkili olduğunu belirlemek için yatırım kavramına atıfta bulunmuş ancak yatırım tanımı yapmaktan kaçınmıştır⁸. Sözleşme metni hazırlanma aşamasında yatırım konusunda birkaç tanım düşünülmüş ancak sonradan vazgeçilmiştir. Yatırım tanımı yapmayı engelleyen husus olarak, tarafların mutlak rızası dikkate alındığında söz konusu tanımın yapılamayacağı ifade edilmiştir. Bu bakımdan hukuki uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanmış olması gerektiği belirtilmiş ve bu Merkezin yargılama yetkisini doğrudan etkileyen rıza şartına bağlanmıştır. Böylece, tarafların anlaşmazlığın bir yatırım anlaşmazlığı olduğu konusunda anlaşması Merkezin yargılama yetkisini belirlenmesinde çok büyük önem kazanmıştır.

⁶ R. Dolzer (2005 a). The notion of investment in recent practice, (Editörler: S. Charnovitz and D. Steger, *Law in the service of human dignity: Essay in honor Florentine Feliciano*, Cambridge: Cambridge University Press, 263.

⁷ Dolzer, 2005a, a.g.k., 60.

⁸ ICSID Sözleşmesinin m.25.1 uyarınca “Merkezin yargılama yetkisi, Akit devletler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da devlet tarafından Merkeze atanmış temsilciler)” ile uyuşmazlık hâliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer Akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır”. Sözleşmede yatırım tanımına yer verilmemesinin ana nedeni olarak tarafların temel rıza şartı göz önüne alınarak yatırım terimini tanımlama girişiminde bulunulmadığını, Akit devlete önceden haberdar edileceği bir mekanizma oluşturulduğu, eğer taraflar arzu ederse uyuşmazlığı Merkeze taşıyacağı veya taşımayacağı belirtilmiştir. Bkz. J. Mortenson (2010). The Meaning of Investment: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law, *Harvard International Law Journal*, 51(1), 258-318.

Gerek uygulamada gerek doktrinde yatırım kavramı yatırımın oluşturduğu unsurlardan yola çıkarak tespit edilmeye çalışılmaktadır. Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar ışığında yatırım kavramına hukuki anlam verebilmek için iki yaklaşım ortaya konulmuştur⁹. İlk olarak, yatırım anlaşmalarının başlangıç kısmına yatırım kavramını belirleyen özel ayrıntılı hükümler getirilmektedir. Söz konusu hükümler, anlaşmanın genel amacını ifade ettiği dikkate alındığında yatırım kavramının belirlenmesi bakımından önemlidir. Diğer bir yaklaşım da yatırım kavramı ekonomi anlamında ifade edilen kavrama dayanmaktadır. Bahse konu kavramın yorumlanması ve uygulama alanının belirlenmesi devletler ve tahkim heyetine bırakılmaktadır. Aşağıda yatırım anlaşmaları ve tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda bulunan yatırım kavramı irdelenecektir.

1.1.2 İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında düzenlenen yatırım kavramı

Birçok ikili yatırım anlaşması (*Bilateral Investment Treaty - BIT*)¹⁰ ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında¹¹ yatırım kavramı oldukça geniş düzenlenmektedir. Genellikle yatırım anlaşmalarında yatırım kapsamının belirlenmesinde her türlü varlık terimine gönderide bulunarak örneklendirme (taşınır ve taşınmaz mallar, hisse ve şirkete katılımın diğer

⁹ R. Dolzer and Ch. Schreuer (2014 b). *Principles of international investment law*, Oxford: Oxford University Press, Second Edition, 21.

¹⁰ İkili yatırım anlaşmaları devletler arasında doğrudan yabancı yatırımların korunması ve teşviki amacıyla yapılmaktadır. 1.01.2018 tarihi itibarıyla dünya üzerinde yaklaşık 2948 adet ikili yatırım anlaşması imzalanmış ve bunların 2364'ü şu an yürürlükte. Tüm devletlerin ikili yatırım anlaşmalarına erişim için bkz: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, ve <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx> (Erişim tarihi: 22.02.2018).

¹¹ Örneğin, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşmasının (North America Free Trade Agreement - NAFTA) 1139. maddesinde yatırım kapsamı belirlenmiştir. Buna göre yatırım olarak “a) bir teşebbüs b) bir teşebbüsün hisse senedi ve teminatı c) bir şirketin borçlanma senetleri: i) şirkete bağlı olması ii) borçlanma senedine en az üç sene olması. Ancak senedin vadesine ve bir devlet teşebbüsü olduğuna bakılmaksızın borç senedi içermez. e) şirketin gelir veya kâr paylarının paylaşılmasını sağlayan bir teşebbüsün menfaati...” ifade edilmiştir. Enerji Şartı Anlaşmasının (*Energy Charter Treaty - ECT*) m.1(6) uyarınca, “bir yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan ya da kontrol edilen her türlü varlık ” yatırım olarak kabul edilmekte ve aşağıdaki hususlar yatırım kapsamında değerlendirilmektedir: a) Aynı veya aynı olmayan, taşınır ve taşınmaz servetler ve ipotek, haciz ve teminatlar gibi her türlü mülkiyet hakkı; b) bir firma veya teşebbüs, ya da bir firma veya teşebbüsteki hisse senetleri, tahviller ve diğer iştirak şekilleri ve bonolar ve bir firma veya teşebbüsün borçları; c) bir ekonomik değer sahip olan v bir yatırıma ilişkin olarak yapılan e-kontratla ilgili olan para ve hizmet performansı talepleri; d) fikri mülkiyet; e) kazanç; f) yasalarla, kontratlarla, ve enerji sektöründeki herhangi bir ekonomik aktivite girişimine ilişkin kanunlara uygun olarak verilen ruhsat ve izin belgelerine binaen tevcih edilen haklar. Benzer şekilde Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (*Multilateral Agreement of Investment - MIA*) taslağında da yatırım kavramı “bir yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan veya kontrol edilen her türlü varlık” denilerek örneklendirme yapılmıştır. Bkz. Negotiating group on the multilateral agreements on investments (1998) The multilateral agreement on investment draft consolidated text, 11, <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf> (Erişim tarihi: 24.02.2018).

şekilleri, yatırım ile ilgili ekonomik değeri bulunan varlıklar, fikri mülkiyet hakları, *know-how*, buluş patentleri ve ticari markalar gibi) yapılmaktadır.

Yatırım anlaşmasında yatırım kapsamının belirlenmesinde ev sahibi ülke mevzuatına atıfta bulunmaktadır. Bahse konu hususa özellikle ikili yatırım anlaşmalarında sıkça rastlanır. Örneğin, Türkiye ve Çin Halk Cumhuriyeti arasındaki ikili yatırım anlaşmasının¹² m.1.c uyarınca “*yatırım, yatırımı kabul eden Akit tarafın kanun ve diğer mevzuatı dâhilinde yatırım olarak yapılan her çeşit malvarlığını...*” belirterek birkaç örnek vermiştir. Bazı ikili yatırım anlaşmaları yatırım kapsamını belirlemede ev sahibi ülke mevzuatına atıfta bulunmadan genel yatırım kapsamı çerçevesinde hükümler getirmektedir. Söz konusu husus Türkiye ve Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Krallığı arasında yapılan ikili yatırım anlaşmasının 1. maddesi uyarınca “*Yatırım terimi, her türlü mal varlığını ve sınırlı olmamakla birlikte ...*” şeklinde ifade edilmiştir. Böyle bir durumda taraflar arasında yatırım tanımına ilişkin uyuşmazlık çıkması hâlinde yatırım tanımının neye göre tespit edileceği belirsizdir.

Yatırım kapsamını belirlemede devletler arasında görüş birliği bulunmamakla birlikte çoğunluk görüş yatırım kapsamının ev sahibi ülke mevzuatına göre belirlenmesi gerektiği yönündedir¹³. Ancak tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar farklı yöndedir. Şöyle ki ev sahibi ülke mevzuatına yapılan atıf, yatırımın kapsamını belirlememektedir. Söz konusu atıf sadece, yatırımın ev sahibi ülke mevzuatına göre yasal olması gerektiğini işaret etmektedir¹⁴.

¹² Benzer şekilde Türkiye ve Rusya Federasyonu ile yapılan ikili yatırım anlaşmasında da ev sahibi ülke mevzuatına atıfta bulunmaktadır. Türkiye’nin taraf olduğu tüm Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmalarına erişim için bkz <https://www.ekonomi.gov.tr> (Erişim tarihi: 1.03.2018).

¹³ Dolzer and Schreuer, 2014b, a.g.k, 65; Sornarajah, 2010a, a.g.k, 10; OECD (2008 b) *Definition of investor and investment agreements*, International investment law: understanding concept and tracking innovations, 62.

¹⁴ *Salini ve Morocco* tahkim davasında tahkim heyeti yatırım anlaşmasında ev sahibi ülke mevzuatına yapılan atıf ile ilişkin yorumda bulunmuştur. Hakem heyeti yatırım anlaşmasında bulunan ev sahibi ülke mevzuatına yapılan atıfın yatırım tanımına ilişkin değil yatırımın geçerlilik şartı olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan yatırımın ev sahibi ülke mevzuatına göre yapılmış olması gerektiğine vurgu yapılarak yasadışı yatırımların korunmayacağı ifade edilmiştir. *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No: ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, para 46. Benzer davalar için bkz: *Saluka Investment B.V v. The Czech Republic*, UNCITRAL Case No: 2001-04, Partial Award, paras 202-213. *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No: ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, paras 105-110, *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No: ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, paras 83-86. Tüm tahkim kararlarına şuradan erişilebilir: <https://www.italaw.com/cases/958> (Erişim tarihi: 1.03.2018). Yasadışı yatırımların tahkimin yargılama yetkisi üzerinde oluşturduğu etkiler için bkz: Z. Douglas (2014). *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration*, *ICSID Review*, 29(1),155-186; W. Schill (2012) *Illegal Investment in International Arbitration*, 2-5, SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1979734 (Erişim tarihi: 4.03.2018).

Yatırım anlaşmalarında düzenlenen sözleşmeden doğan haklar ve genel yasalarla sağlanan hakların yatırım kavramının belirlenmesi bakımından belirleyici unsur¹⁵ olduğu söylenebilir. Ancak söz konusu ifadeleri oluşturan unsurların açık olarak ifade edilmesi yatırım kavramını belirsiz hâle getirebilir. Özellikle, Enerji Şartı Anlaşmasında¹⁶ görülebileceği üzere yatırım kapsamının belirlenmesinde söz konusu ifadelere başvurulması (örneğin, bir yatırıma ilişkin olarak sözleşmeyle ilgili para talebi) gibi. Bahse konu durumda, yatırım kapsamını belirlemeye ilişkin farklı yollara başvurulabilir. Ancak yatırım kapsamının belirlenmesinde yatırımın genel çerçevesinden hareketle sonuca ulaşılması yerinde olacaktır.

Yatırım anlaşmalarında sıkça görüldüğü üzere yatırım kavramını belirleme yerine yatırım kapsamını belirleme tercih edilmektedir. Bir yatırımın nitelik itibarıyla yatırım anlaşmalarında yer alan örnek (açıklayıcı) yatırım şekilleriyle örtüşmesi hâlinde yatırım kavramı konusunda anlaşmazlık yoktur¹⁷. Bu bakımdan söz konusu yatırımlar anlaşma kapsamında korunacaktır. Bununla birlikte yatırımın, yatırım anlaşmalarında düzenlenen yatırım kapsamını belirleyen örnek (açıklayıcı) kategoride yer almaması, yatırım kapsamını belirlemeyi karmaşık hâle getirmektedir. Çünkü yatırım kavramı uygulama alanı bakımından oldukça geniş ve esnektir. Bu durumda da yukarıda görüldüğü üzere yatırım kapsamının genel yatırım kavramından hareketle tespit edilmesi isabetli olacaktır.

Özetlemek gerekirse, yatırım anlaşmalarında yatırım kavramına ilişkin ortak tanımın bulunmadığı söylenebilir. Bu bağlamda yatırım kavramının sınırlarının çizilmesinde yatırımcının korunmasına vurgu yapılarak kavramın başlangıç noktası sınırlamalara tabi tutulmakta¹⁸ ve örnek olarak belirli yatırım grupları esas alınmaktadır. Ancak yatırım grubu özelliklerinin belirlenmesinde yatırımın ekonomik özellikleri öne çıkmaktadır. Bazı ikili yatırım anlaşmalarında ise kaynakların sağlanması, kâr beklentisi ve risk var sayımı yatırım kapsamında değerlendirilmektedir. Yatırım kapsamına söz konusu unsurların dâhil edilmesi ev sahibi ülkenin yatırım politikalarıyla bağlantılı değildir. Bunun

¹⁵ Dolzer and Schreuer (2014b) a.g.k., 64.

¹⁶ Enerji Şartı Anlaşmasının m.1.6 (c) uyarınca yatırım “...bir ekonomik değere sahip olan ve bir yatırıma ilişkin olarak yapılan kontratla ilgili olan para ve hizmet performansı talepleri ...” ifade etmektedir. Petrobart ve Kırgızistan davasında para talebine ilişkin olarak hakem heyeti şu yorumu yapmıştır. Buna göre para talebi yatırım olarak kabul edilebilecek değerler arasında yer almaktadır. Tahkim içtihatları yatırımın genellikle yatırımın korunmasıyla ilgili olduğunu işaret etmekte ve para talebi ev sahibi ülkede uzun vadeli yatırımı kapsamasa dahi yatırım olarak değerlendirilebilmektedir. Bkz: Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, SCC Case No: 126/2003.

¹⁷ Dolzer and Schreuer, 2014b, a.g.k., 63.

¹⁸ M. Jezewski (2008). There is no freedom without solidarity: towards a new definition of investment international economic law, *The Society of International Economic Law*, 13.

aksine bahse konu yatırım kapsamına dâhil edilen unsurlar uluslararası yatırım hukukunun doğası gereği¹⁹ ekonomik haklara dayanmaktadır.

1.1.3 Uluslararası tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda yatırım kavramı

Günümüzde uluslararası tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda yatırım kapsamını belirlemeye ilişkin sabit kurallar oluşmuş durumdadır. Bahse konu kurallar katı değildir ve esnek yapıya sahiptir. Muhtemelen yatırım kavramının esnek yapıya sahip olması yabancı yatırım çekmek isteyen devletlerin yatırım kapsamını geniş tutmak istemesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla OECD'nin belirttiği üzere uluslararası tahkim kararlarının ve ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcıya karşı istikbaldeki tutumunun milli bütçe ve toplumun refahı üzerinde önemli ölçüde etkisi bulunmaktadır²⁰. Bu noktada belirtilmelidir ki tahkim kararları²¹ ancak taraflar bakımından bağlayıcıdır²². Yatırım unsurlarını tespit etmeye yönelik emsal oluşturan tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlara başvurma, hakem heyetinin takdir yetkisi dâhilindedir.

Yatırım kavramıyla ilgili üzerine durulması gereken husus yabancı yatırımının ev sahibi ülke mevzuatına uygun bir şekilde gerçekleştirilmiş olmasıdır. Günümüzde tahkim yargılaması neticesinde verilen karar yabancı yatırımcının ev sahibi ülke mevzuatını ihlal ederek rüşvet olaylarına karışması hâlinde yabancı yatırımcının ikili yatırım anlaşması kapsamında korunmayacağı yönündedir. Ancak ev sahibi ülkenin yatırımcının rüşvete karıştığı iddiası yeterli değildir. Bu bağlamda iddiada bulunan taraf iddiasını ispatla mükelleftir. Örneğin, Karkey Karadeniz v. Pakistan tahkim davasında²³ Pakistan, yabancı

¹⁹A. Aaken (2008). Fragmentation of international law: The Case of international investment protection, Economic Research Papers, Working Paper No: 2008-1, 17.

²⁰ OECD (2005 c). Transparency and third party participation in investor-state dispute settlement procedures, OECD Working Papers on International Investment, 11. https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf (Erişimtarihi: 4.05.2018).

²¹ ICSID Tahkimi, hakem heyeti kararlarının ancak taraf rızaları alındıktan sonra yayınlanacağını belirtmektedir (ICSID Sözleşmesi m.48(5)). ICSID Sekreteryası Merkez tarafından verilen kararların taraflarca internet üzerinde ve Yabancı Yatırım Hukuku Dergilerinde yayınlayarak Merkez kararlarının kamuoyuna duyurulmasını teşvik etmektedir. İstatiksel olarak, Merkez kararlarının yaklaşık yüzde ellisinde söz konusu kararların yayınlanması için ICSID tarafından tarafların rızası alınmıştır. Ancak taraflardan birinin kararın yayınlanmasına rıza göstermemesi hâlinde diğer taraf Uluslararası Hukuk Kaynakları, *the Journal du Droit International* ve *ICSID Reports* gibi diğer kaynaklar tarafından yayınlatabilmektedir. Şayet Merkez, taraflardan kararın tam metnini yayınlama konusunda izin almamışsa söz konusu kararı diğer kaynaklardan yayınlatabilir. UNCITRAL Kurallarına göre tahkim kararlarının yayınlanması ancak tarafların rızasıyla olabilmektedir (UNCITRAL Kuralları m. 32(5)).

²² ICSID Sözleşmesi, supra note 2, m.53(1) "...declaring awards to be binding only on the parties".

²³ Karkey Karadeniz Elektrik Üretim A.S v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No: ARB/13/1, Award.

yatırımcının yerel temsilcisi aracılığıyla yatırım proje işlemlerini kolaylaştırmak amacıyla rüşvet verdiği ve söz konusu temsilcinin Pakistan başbakanı ile yakın akrabalık ilişkileri bulunduğunu iddia etmiştir. Tahkim heyeti değerlendirmesinde yabancı yatırımcının Pakistan'daki yerel temsilcisi olarak çalıştırılan kişiye 3 yıl çalışması karşılığında 115.000 dolar ödenmesinin makul bir ücret olduğunu ifade etmiştir. Tahkim heyeti yabancı yatırımcının yerel temsilcisi olarak çalıştırılan kişinin başbakanla yakın ilişkileri olduğuna ilişkin ev sahibi ülke tarafından sunulan delilleri inandırıcı bulmamıştır. Bununla birlikte Pakistan, Eylül 2010'da yabancı yatırımcının İstanbul'daki genel merkezine toplantı ve teftiş yapmak için gelen Pakistan Hükümeti resmi temsilcilerinden oluşan heyetin uçak biletlerinin yabancı yatırımcı tarafından karşılandığını iddia etmiştir²⁴. Tahkim heyeti kendi tespitinde yatırım projesine eşlik etmek için gelen resmî hükümet heyetine ödenen beş uçak biletinde (toplamda yaklaşık 3.000 Avro) orantısız hiçbir şey bulunmadığını ifade etmiştir. Tahkim heyeti tespitinin devamında ziyaretin Pakistan'ın talebi üzerine gerçekleştirildiğini ve bunun da ötesinde seyahat masraflarının ödenmesi de dâhil olmak üzere tamamen belgelendirilmiş ve rapor edilmiş olduğunu belirtmiştir²⁵.

Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda, yatırım kavramının açıklığa kavuşturulması bakımından, yatırımın oluşturduğu unsurlardan yola çıkılarak bir çerçeve çizildiği söylenebilir. Bu bakımdan ilk olarak yatırımın oluşturduğu ana unsurları ortaya koyan ve ICSID tahkiminde görülen *Fedax v. Venezuela* davası²⁶üzerinde durulmalıdır. Bahse konu davada *Fedax* adını taşıyan şirket Venezuela'nın ihraç ettiği borçlanma araçlarından kaynaklanan bir uyuşmazlığı ICSID tahkimine taşımıştır. Tahkim heyeti esas olarak, ICSID tahkimi yargılama yetkisini doğrudan etkileyen devletin ihraç ettiği borçlanma aracının ICSID Sözleşmesinin 25. maddesi kapsamından bir yatırım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durmuştur. Hakem heyeti yatırımın temel özelliği olarak belirli bir süre, düzenli kâr ve kârın dönüşü, risk ve ev sahibi devlete karşı önemli miktarda taahhüt ve katkı içerdiğini ifade etmiştir. Ancak tahkim heyeti yatırımı oluşturan unsurlara ilişkin genel açıklamalarla yetinmiştir²⁷. Sonraki dönemlerde tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda yatırım kavramını yatırımın oluşturduğu dört ana unsurla (katkı, projenin belirli bir süreye yayılması, risk ve ev sahibi ülke gelişmesine katkı) açıklığa kavuşturma eğilimi yaşanmıştır. Bu süreçte ortaya konulan yatırımın dört

²⁴ Karkey Karadeniz v. Pakistan, para.522.

²⁵ Karkey Karadeniz v. Pakistan, para.524.

²⁶ Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No: ARB/96/3.

²⁷ Fedax N.V v. Venezuela, para 43.

ana unsurunun altı doldurulmuştur. Özellikle, *Salini v. Fas* davasında²⁸ yatırımın oluşturduğu ana unsurların ifade şekli geliştirilmiştir. Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda yatırım kavramının açıklığa kavuşturulması bakımından önem taşıyan kriterler (unsurlar) az ya da çok kabul görmüştür. Bununla birlikte söz konusu kriterlerin her davaya ne ölçüde uygulanacağını açıklığa kavuşturulduğu söylenemez. Bu sebeple yatırım kavramını oluşturan kriterler (unsurlar) her davanın içinde bulunduğu koşullar çerçevesinde²⁹ değerlendirilmelidir.

1.1.3.1. Katkı

Tahkim uygulaması neticesinde verilen kararlarda ortaya konulan ilk unsur yatırımcının katkıda bulunmasıdır. Katkı kavramı ekonomik değer ifade eden her türlü varlık, mali yükümlülükler, hizmet, teknoloji, patent veya teknik yardım kapsamında değerlendirilmektedir. Başka bir ifadeyle katkı; nakit para, cins ve emek şeklinde olabilir³⁰. Tahkim uygulaması neticesinde verilen kararlarda katkı kavramı geniş bir yelpazedeki faaliyetler yatırım kapsamında değerlendirilmektedir³¹. Bu kapsamda boru hattı yapımı³², kara yolu altyapısı³³, otel işletimi³⁴, baraj yapımı³⁵, yazılı senet³⁶, kanalın tarakla temizlenmesi³⁷, otoyol yapımı³⁸, sevkiyat öncesi kontrol hizmeti³⁹ değerlendirilmiştir.

²⁸ Uyuşmazlık konusu Rabat-Fas Otoyol Projesinin belirtilen sürede tamamlanamamasından kaynaklanmaktadır. 1994 Ağustos ayında Fas Krallığına bağlı ülkedeki otoyolların inşası, bakımı ve işletilmesini yürüten ADM isimli şirket teklifi üzerine Salini şirketi (İtalyan grubu *Salini Costruttori S.p.A ve Italstrade S.p.A*) uluslararası bir ihaleye başvuruda bulunmuştur. Kısa bir süre sonra Salini şirketi ihaleyi sunduğu teklifle kazanmıştır. İhale sonucunda ADM şirketi ve Salini şirketi arasında otoyol inşasının 32 ayda tamamlanacağı kararlaştırılmıştır. Ancak bahse konu otoyol inşası kötü hava koşulları ve teknik arızalardan dolayı kararlaştırılan sürede tamamlanamamıştır. Bunun üzerine taraflar arasında gecikmeden doğan ödeme konusunda uyuşmazlık çıkmıştır. Salini şirketi bu gecikmeden doğan zararların tazmini için ICSID tahkimine başvuruda bulunmuştur. Bkz *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No: ARB/00/4, Decision on Jurisdiction.

²⁹ Dolzer and Schreuer, 2008a, a.g.k., 69.

³⁰ *Romak S. A (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, PSA Case No: AA280, Award, para 215.

³¹ *Romak S.A (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, para 214, Bayindir Insaat Turizm ve Sanayi A.S v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No: ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, para 131.

³² *Saipem S.p. A v. The People's Republic of Bangladesh*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/05/07.

³³ *Bayindir v. Pakistan*, Decision on Jurisdiction.

³⁴ *Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/81/1.

³⁵ *Ipregilo S.p.A v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/03/3.

³⁶ *Fedax v. Venezuela*, a.g.k.

³⁷ *Jan De Nul N.V and Dredging International N.V v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/04/13.

³⁸ *Salini Costruttori S.p. A and Italstrade S.p.A v. Morocco*, a.g.k.

³⁹ *SGS v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/01/13.

Yatırımın oluşturduğu katkı unsurunun oluşması yatırım projesinin ilerleme süreciyle doğrudan ilgilidir. Başka bir ifadeyle, bir projenin gerçekleşmesi için yapılan fiziki işin belirli bir aşamaya gelmesi önemli bir katkı olarak değerlendirilmektedir⁴⁰. Görüldüğü üzere katkı unsuru, yatırım projesinin fiziki olarak ilerleme kaydetmiş olmasıyla belirlenmektedir. Ancak katkı unsurunun oluşumu bakımından fiziki koşulların gerçekleşmesi yeterli olmayabilir. Bu anlamda katkı unsurunun belirlenmesinde yapılan yatırımın niteliği de önemlidir. Şöyle ki bir eğlence şirketinin yaptığı yatırım sanayi alanında yapılan yatırımlara kıyasla önemli görülmeyebilir. Yabancı bir şirket ev sahibi ülke pazarında eğlence sektörünü geliştirmek için zaman, para ve emek harcadığında söz konusu şirket faaliyetini diğer sanayi alanında yapılan yatırımlarla kıyaslamak yanlış sonuca götürebilir. Bunun aksine bu tür yatırımların diğer eğlence girişimleriyle karşılaştırılması isabetli olacaktır⁴¹. Bir eğlence projesinin başlangıç aşamasında önemli katkı ölçütünün tespit edilmesi zordur. Böyle bir durumda, yatırım projesinin ev sahibi ülkeye olası ve olumlu etkileri eşit olarak değerlendirilmelidir⁴². Çünkü eğlence projelerinde fikri mülkiyet ve *know-how* transfer değerinin belirlenmesi sanayi alanında yapılan yatırım projesine kıyasla zor olabilir. Sanayi alanında yapılan projeler bakımından ise *know-how* transferi yatırımcının ev sahibi ülkeye yaptığı katkının bir kısmını oluşturmaktadır⁴³. Bundan dolayı katkı unsurunun değerlendirilmesinde yatırımın niteliği ve içinde bulunduğu koşulların dikkate alınması sağlıklı sonuçlara götürecektir. Dolayısıyla, yatırımın ana unsurunu oluşturan katkının ticari sözleşmeler⁴⁴ ve kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz sözleşmelere kıyasla farklı olduğu belirtilmektedir.

1.1.3.2. Süre

Yatırım kavramının belirlenmesi bakımından önem taşıyan ikinci bir unsur yatırım süresidir. Uluslararası anlaşmalarda bahse konu süreye ilişkin görüş birliği bulunmadığı

⁴⁰ Jan De Nul N.V and Dredging International N.V v. Egypt, a.g.k, para 92.

⁴¹ H. Engfeld (2014). Should ICSID go Gangnam style in light of non-traditional foreign investments including those spurred on by social media- applying an industry – specific lens to the saline test to determine article 25 jurisdiction, *Berkeley Journal of International Law*, 32(1), 56.

⁴² Engfeld, 2014, a.g.k, 57.

⁴³ Bkz. Salini v. Morocco, Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, Bayindir v. Pakistan.

⁴⁴ Malaysian Historical Salvors, SDN, BHS v. The Government of Malaysia, Award on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/05/10.

veya bilinçli olarak boşluk bırakıldığı söylenebilir. Özellikle ICSID Sözleşmesinin müzakere sürecinde projenin yatırım süresi beş sene olarak düşünülmüş ancak bu konuda mutabakat sağlanamamıştır⁴⁵. Muhtemelen bunun en önemli nedeni yatırım sürecinin yatırımın niteliğine göre farklılık arz etmesidir. Aynı şekilde tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda da yatırım süresi konusunda görüş birliği bulunmadığı söylenebilir. Bu bağlamda tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar yatırım proje süresinin asgari olarak 2-5 seneye kadar olabileceğini ancak 18 aylık sürenin yatırım projesinin gerçekleştirilmesi için yeterli olmadığını⁴⁶ işaret etmektedir. Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar iki senelik sürenin yatırım süresi bakımından yeterli olabileceği yönündedir⁴⁷.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus kısa vadeli yatırım projelerinde yatırım süresinin değerlendirilmesidir. Kısa vadeli yatırım projeleri süre bakımından kısıtlı olmalarından dolayı yatırım statüsünden yoksun bırakılmamalıdır. Çünkü kısa vadeli yatırım projeleri niteliği itibarıyla kısa sürede tamamlanabilmektedir. Bundan dolayı kısa vadeli yatırım projelerinin sadece süre şartını yerine getirmediğinden yatırım kapsamında değerlendirilmemesi doğru yaklaşım olmayacaktır. Bu bakımdan söz konusu sürenin yatırımın bulunduğu koşullar içerisinde ve yatırımcının genel taahhüdü çerçevesinde değerlendirilmesi isabetli olacaktır⁴⁸. Diğer bir ifadeyle, yatırım kavramının belirlenmesi bakımından süre şartı kesin değildir ve her yatırımın kendine özgü koşulları dikkate alındığında bahse konu süre kısa da olabilir. Bu durumda yatırım projesi süresine ilişkin diğer şartlar da dikkate alınmalıdır⁴⁹. Örneğin, *Saipen v. Bangladesh* tahkim davasında hakem heyeti 14 ay süreyle yapılan boru hattı yapım sözleşmesinin ek olarak 12 ay süreye kadar uzatılmasını yatırım kapsamında değerlendirmiştir. Hakem heyetine göre uygun sözleşme süresi, işin fiilen yapıldığı ve garanti süresinin de dâhil olduğu tüm ve genel işlem kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁰.

Görüldüğü üzere yatırım kavramını oluşturan proje süresinin kesin olarak belirlenmesi mümkün değildir. Proje süresinin yatırımın niteliği ve içinde bulunduğu koşullar çerçevesinde tespit edilmesi isabetli olacaktır. Tahkim yargılaması neticesinde verilen

⁴⁵ History of ICSID Convention, Volume I, 116.

⁴⁶ Salini v. Morocco, para 54, Bayindir v. Pakistan, para 133.

⁴⁷ Jan De Nul N.V v. Dredging International N.V v. Egypt, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/04/13, para 93-96.

⁴⁸ Romak S. A (Switzerland) v. Uzbekistan, para 225.

⁴⁹ C. Dugan (2011). *Investor state arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 268.

⁵⁰ Saipem S.p.A v. Bangladesh, a.g.k, paras 7-11.

kararlar ışığında yatırım projesi süresinin asgari olarak 2 yıllık süreye tabi tutulduğu sonucuna varılabilir.

1.1.3.3. Risk

Yatırım kavramını oluşturan diğer bir unsur risk unsurudur. Risk kapsamında birtakım hususlar değerlendirilebilir. Yatırımcı ev sahibi ülkeye yatırım yaparken yatırımın her aşamasında birtakım risklerle karşı karşıyadır. Söz konusu riskler doğrudan yatırımlarla ilgilidir. Tedbirli yatırımcı yatırımın ilk aşamasında bu tür riskleri dikkate almakta ve buna göre hareket etmektedir. Yatırımcının karşı karşıya gelebileceği risk kapsamında işgücü maliyetinin artması, ev sahibi ülke mevzuatındaki değişiklikler, yatırımı oluşturan varlıkların hasar görmesi, uzun süreli proje, yalnızca yatırımcıya tahsis edilen risk, bir projenin büyüklüğü ve karmaşıklığı değerlendirilebilir⁵¹. Hayatın doğal akışı içerisinde tüm ekonomik faaliyetler bir miktar risk taşıyabilmektedir. Ancak tüm ekonomik faaliyetler yatırım olarak değerlendirilmez. Bu bakımdan bazı sözleşmeler (yerine getirememe riski taşıyanlar) yatırım kapsamında değerlendirilemez. Söz konusu riskler saf ticari risk veya aksi belirtilmedikçe iş yapma riskidir⁵².

Yatırım riski sıradan ticari risklerden farklıdır. Ticari risk tüm ticari faaliyetler bakımından söz konusu iken yatırım riski beklenmeyen vakalar sonucunda ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, yatırımcı yatırım riskiyle karşılaştığı zaman yatırımın dönüşü konusunda emin olamamaktadır. Dolayısıyla yatırımcı karşı tarafın sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirse bile yatırım için harcayacağı miktarı bilemeyebilir. Böylelikle yatırım riskiyle karşı karşıya kalan yatırımcı işlem sonucunu tahmin edememektedir⁵³.

Günümüzde tedbirli yatırımcılar, yatırım riskini en aza indirebilmek için hukukun üstünlüğünün sağlandığı, öngörülebilir ve şeffaf hukuk sistemine sahip ev sahibi ülkelere yönelmektedirler. Yatırımcı ancak bu yolla yatırım riskini en aza indirerek yatırım faaliyetini öngörülebilir hâle getirmeye çalışmaktadır. Hukukun üstünlüğü tam olarak sağlanmadığı ülkeler (demokrasinin gelişmediği ülkeler) ise daha fazla yabancı yatırım çekme amacıyla yabancı yatırımcılar için bağımsız hukuk sistemi oluşturma (mevzuat değişikliğine karşı koruma veya uyuşmazlık çözüm yolları) çabasındadırlar. Böylelikle

⁵¹ Salini v. Morocco, Decision on Jurisdiction, paras 55–56. Bayindir v. Pakistan, Decision on Jurisdiction, para 136.

⁵² Romak v. Uzbekistan, a.g.k, para 225.

⁵³ Romak v. Uzbekistan, a.g.k, para 230.

ev sahibi ülkeler yabancı yatırımcılara karşı güven tesis etmektedir ve bazı yatırım risklerine karşı koruma taahhüdünde bulunmaktadır.

1.1.3.4. Ev sahibi ülke ekonomisine katkı

Bir yatırımda yatırımı oluşturan üç unsurun (katkı, süre ve risk) bulunması hâlinde dördüncü unsurun bulunması kolaydır. Çünkü ev sahibi ülke mevzuatına göre yapılan ve uygulanan tutarlı bir yatırım projesinin ev sahibi ülke ekonomisine katkıda bulunması kuvvetle muhtemeldir⁵⁴. Diğer bir ifadeyle ev sahibi ülke ekonomisine katkı, yapılan yatırımın doğal ve nihai sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak yatırımı oluşturan ev sahibi ülke ekonomisine katkının tespiti her zaman kolay olmayabilir. Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda deniz kurtarma sözleşmesi⁵⁵, hukuk bürosuna ait varlıklar⁵⁶, 9.6 milyon İngiliz sterlini tutarındaki banka teminat mektubu⁵⁷ ev sahibi ülke ekonomisinin kalkınması bakımından önemli katkı olarak değerlendirilmemiştir.

Yatırım projesinin ev sahibi ülke ekonomisine katkısı araştırılırken söz konusu projenin her zaman miktar olarak büyük ve sonuç olarak başarılı olması gerekmez. Örneğin, yatırımcı kötü yönetim sonucunda yaptığı yatırımlardan beklenen sonucu elde edemeyebilir. Dolayısıyla yapılan yatırımın nihai olarak ev sahibi ülke ekonomisine bir şekilde katkıda bulunması (istihdam sağlama, yeni model ve tasarımlar geliştirme, rekabet ortamının oluşumu bakımından katkıda bulunma) yeterlidir. Görüldüğü üzere ekonomik kalkınma kavramı her halükârda son derece genişler ancak davaya bağlı olarak değişkenlik göstermektedir⁵⁸.

Kalkınma kavramı oldukça geniş ve esnek niteliğe sahiptir. Bu bakımdan ekonomik kalkınma kavramı bir yatırım mevcudiyetinin tespiti için kullanılacaksa buna ICSID koruması kapsamında esneklik tanınmalıdır⁵⁹. Yukarıda belirtildiği üzere tahkim yargılaması neticesinde verilen kararda kalkınma kavramının yeterince açıklığa kavuşturulduğu

⁵⁴ Dolzer and Schreuer, 2014b, a.g.k., 69. Schreuer konuya ilişkin şöyle bir açıklamada bulunmuştur: “ICSID Sözleşmesinin konusu ve amacının kalkınma üzerinde bazı olumlu etkiler yaratması gerektiği tartışılabilir”. Bkz. Ch. Schreuer (2001a). *ICSID Convention: Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, supra note 123.

⁵⁵ Malaysian Historical Salvors v. Malaysia.

⁵⁶ Mr Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, Annulment Proceedings the Award, ICSID Case No: ARB/99/7.

⁵⁷ Joy Mining Machinery Limited v. Egypt, a.g.k, para 66.

⁵⁸ Mr Patrick Mitchell v. Congo, a.g.k, para 33.

⁵⁹ Schreuer, 2001a, a.g.k., 174.

söylenemez. Kalkınma kavramı ne ICSID Sözleşmesinde ne de ikili yatırım anlaşmalarında açıklığa kavuşturulmuştur. Bahse konu husus ikili yatırım anlaşmalarının yatırımın ev sahibi ülke gelişimine katkıda bulunması gerektiğini taahhüt etmemesiyle izah edilebilir⁶⁰. Çünkü ikili yatırım anlaşmaları amaç bakımından yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki için tasarlanmıştır. Bununla birlikte bir devlete göre kabul edilen kalkınma diğeri tarafından kabul edilmeyebilir⁶¹. Ekonomik katkı unsurunun geniş olarak değerlendirilmesi devletlerin ekonomik çıkarlarına, gelişmişlik düzeyine, yönetimin yabancı yatırımlara tavrına ve kavramın esnek niteliğe sahip olmasına dayandırılabilir.

1.2. Yatırımcı Kavramı

1.2.1. Genel olarak

Yatırımcının ev sahibi ülkeye yaptığı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları ICSID Sözleşmesine dayanarak tahkime götürebilmesi yatırım ve yatırımcı kavramlarıyla doğrudan ilgilidir. Ev sahibi ülkeye yapılan yatırımlar kişi bakımından gerçek veya tüzel kişilerce yapılabilmektedir. Uygulamada sıkça görüldüğü üzere yatırımcılar ev sahibi ülkede bir şirket sıfatıyla yatırım yapmakta ve yatırım faaliyetini sürdürmektedir. Bazı durumlarda ise yatırımcı bireysel olarak ev sahibi ülkeye yatırım yapabilmektedir. Son olarak, devletler de yabancı yatırımcı sıfatıyla ev sahibi ülkede yatırım yapabilmektedir. Genel olarak, ev sahibi ülkede yapılan bu tür yatırımlar yabancı devlet mülkiyetli şirketler veya yabancı devlete ait ulusal varlık fonları aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Devletin yatırımcı olarak nitelendirilmesinin son derece tartışmalı bir konu olduğu söylenebilir. Bu bakımdan devletlerin yatırımcı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusu gerek ikili yatırım anlaşmalarında (bazı ikili yatırım anlaşmaları hariç) gerek ICSID Sözleşmesinde açıklığa kavuşturulmamıştır.

Yatırımcı kavramı üzerinde durulmasını önemli kılan diğer bir husus, bir yatırımın uluslararası karakterinin belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılmasıdır. Yani yatırımın yabancı yatırım olarak belirlenmesinde yatırımcının tabiiyeti esas alınmaktadır⁶². Bu bakımdan bir yatırımın yabancı yatırım olup olmadığının belirlenmesinde yatırımın hangi

⁶⁰ C. Ayyalore and M. Srikumar (2014). Requirement of an investment to contribute to the development of the host state under ICSID Convention, *SPIL International Law Journal*, 72.

⁶¹ M. Sasson (2010). *Substantive law in investment treaty arbitration*, The Netherlands: Kluwer Law International, 48.

⁶² R. Wisner and N. Gallus (2004). Nationality requirement in investor state arbitration, *The Journal of World Investment and Trade*, 5(6), 928.

ülkeden geldiğinin (yatırım menşeinin) önemi yoktur. Günümüzde söz konusu ölçüt gerek tahkim uygulaması neticesinde verilen kararlarda gerek doktrinde ağırlıklı olarak kabul görmüş bulunmaktadır.

1.2.2. Gerçek kişi olarak yatırımcının vatandaşlığı

Günümüzde gerçek kişinin vatandaşlığını tespit etmeye ilişkin kıstaslar⁶³ yerleşmiş durumdadır. Bu anlamda uygulama ve doktrinde sıkça başvurulmuş ve ağırlıklı olarak kabul gören birkaç kıstas bulunmaktadır. Kural olarak, yatırımcının vatandaşlığı iddia ettiği ülke hukukuna göre belirlenecektir⁶⁴. Vatandaşlığın tespiti bakımından, tahkim heyetinin vatandaşlığın ispatlanması için kanıt oluşturan vatandaşlık belgesini inandırıcı bulması veya belgenin yasadışı yollarla elde edilmesi hâlinde söz konusu vatandaşlık reddedilecektir⁶⁵. Konu bakımından vatandaşlığa ilişkin sorun, yatırımcının çifte vatandaşlığı taşıması hâlinde yani, ev sahibi ülke vatandaşlığıyla birlikte diğer bir ülke vatandaşlığını taşıması veya yatırımcının ev sahibi ülke vatandaşlığı dışında başka bir vatandaşlığı taşıması (yatırımcının vatandaşlığını taşıdığı ülkelerden birinin ICSID Sözleşmesine taraf olmaması⁶⁶) durumudur.

Bahse konu hususların tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar çerçevesinde değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Örneğin, *Champion Trading v. Mısır* tahkim davasında davacılar hem ABD hem de Mısır vatandaşlığını taşımaktadır. Hakem heyeti davacıların iddia ettiği gibi Mısır vatandaşlığının etkin olmadığına ikna olmamıştır. Bu bakımdan hakem heyeti yatırımcıların Amerika vatandaşlığından hiç bahsetmeden Mısır

⁶³ Vatandaşlığın belirlenmesinde *Nottebohm* davasında ortaya konulan etkin vatandaşlık kıstası geniş çapta kabul görmektedir. Davada Lihtenştayn ve Almanya vatandaşlığını taşıyan *Nottebohm* isimli kişinin Guatemala'ya karşı dava açıp açamayacağı söz konusu olmuştur. *Nottebohm* 'un önceki hayatının otuz yılı boyunca yaşadığı Guatemala'yla uzun süredir devam eden ve sıkı ilişkisi mevcut idi. Aynı zamanda *Nottebohm* 'un Lihtenştayn ile sıkı olmayan vatandaşlık bağlantısı vardı. Söz konusu husus üzerinde değerlendirmede bulunan mahkeme *Nottebohm* 'unun Lihtenştayn ile yeterince ve sıkı vatandaşlık bağı bulunmadığını gerekçe göstererek Lihtenştayn vatandaşlığını kabul etmemiştir. Lihtenştayn v. Guatemala (*Nottebohm* kararı), Uluslararası Adalet Mahkemesi (*International Court of Justice*) Kararı, 06.04.1955, ICJ Reports; İ. Unat (1966). *Nottebohm* kararı ve tabiiyetin gerçekliği ilkesi, Ankara; B. Demirkol (2015). Uluslararası hukukta dikkate alınan vatandaşlık: gerçek kişilerde “etkin vatandaşlık” sorunsalı, *Galatasaray Üniversitesi* 2.

⁶⁴ Vatandaşlık hukukuna ilişkin temel kavramlar için bkz: O. F. Berki (1966). *Devletler hususi hukuku: Tabiiyet ve yabancılar hukuku*, Ankara, C.I, B.6, 15; H. Fişek (1959). *Türk vatandaşlık hukuku*, Ankara, 9; V. Doğan (2017). *Türk vatandaşlık hukuku*, 14.Baskı; G. Güngör (2017). *Tabiiyet hukuku*, Ankara 5.Baskı.

⁶⁵ *Soufraki v. UAE, Award, ICSID Case No: ARB/02/7*.

⁶⁶ Yatırımcının ICSID tahkimine gidebilmesi bakımından tabiiyete ilişkin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki şartın yerine getirilmesi gerekmektedir. İlk şart, yatırımcının sahip olduğu ülke ICSID Sözleşmesine taraf olmasıdır (ICSID Sözleşmesi m.25(1)). İkinci şart ise yatırımcının ICSID Sözleşmesine taraf ev sahibi ülke vatandaşlığını taşıması gerekir (ICSID Sözleşmesinin m.25(2)).

vatandaşlığını kullandığına dikkat çekerek yatırım yaptığını işaret etmiştir. Böylece, hakem heyeti ICSID Sözleşmesinin m.25(2.a) hükmünün açık olduğu ve buna göre yatırımcıların çifte vatandaşlığının geçerli olduğunu belirterek yargılama yetkisinin olmadığı sonucuna ulaşmıştır⁶⁷.

Feldman v. Meksika tahkim davasında⁶⁸ hakem heyeti yatırımcı vatandaşlığının belirlenmesi bakımından daimî ikametgâhın belirleyici unsur olmasından ziyade ikincil işlev gördüğünü vurgulamıştır. NAFTA Sözleşmesine dayanarak açılan davada ABD vatandaşlığını taşıyan davacı hayatının ilk 33 yıllık kısmını ABD’de geçirmiştir. Aynı zamanda davacı Meksika’da 27 yıldır devamlı olarak ikamet etmektedir. Tahkim heyetine göre uluslararası hukuk uyarınca vatandaşlık bir ikametgâh veya başka bir coğrafi bağlantıdan ziyade kişi ile devlet arasındaki hukuki ve siyasi bağı ifade etmektedir. Bunun ötesinde daimi ikametgâh, başka bir şekilde yetkilendirilmiş veya resmi şekilde onaylanmış ikametgâh bile kural olarak, sadece ikincil işlevi yerine getirmektedir. Bu sebeple ikametgâh vatandaşlık ile karşılaştırılmaz⁶⁹.

Siag v. Mısır tahkim davasında⁷⁰ ise davacının çifte vatandaşlığa sahip olduğunu iddia etmesine rağmen İtalyan vatandaşlığının geçerli olduğu kabul edilmiştir. Tahkim heyeti söz konusu hususu davacının Mısır hukukuna göre İtalyan vatandaşlığını kazanmasıyla Mısır vatandaşlığını kaybettiğine dayandırmıştır. Buna göre davacının Mısır’daki geçmişi; devamlı ikamet etmesi ve mesleki faaliyetiyle ilgili değildir. Bu sebeple, davalı çifte vatandaşlığa sahip olmadığından davalının etkin vatandaşlık kıstasına başvurmasına gerek yoktur⁷¹.

Milletlerarası yatırım hukukunda yaşanan son gelişmeler bir yatırımcının çifte vatandaşlığa sahip olması ve bunlardan birinin ev sahibi ülke vatandaşlığı olmasına rağmen yatırımcının ev sahibi ülkeye karşı tahkime gidebileceğini göstermektedir⁷². Bu bağlamda. *Garcia Armas v. Venezuela* tahkim davasında⁷³ davacının (yatırımcının) ev sahibi ülke vatandaşlığını taşımasına rağmen her iki ülke vatandaşlığı da tahkimin yargılama

⁶⁷ *Champion Trading v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARN/02/09, para 17.

⁶⁸ *Feldman v. Meksika*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/99/1.

⁶⁹ *Feldman v. Meksika*, paras 27-30.

⁷⁰ *Siag v. Mısır*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/05/15.

⁷¹ *Siag v. Mısır*, para 196.

⁷² Bkz. E. Treves (2017). Investment treaty arbitration: dual nationality are now welcome: a way out of ICSID’s dual nationality exclusion, *The Journal of International Law and Politics*, Vol 49, 24; M. Burgstaller (2006) Nationality of corporate investors and international claims against investor’s own state, *World Investment and Trade*, 857.

⁷³ *Garcia Armas v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, UNCITRAL Case No: 2013-3.

yetkisinin oluşumu bakımında geçerli vatandaşlık olarak kabul etmiştir. Tahkim heyeti yatırımcı tabiiyetinin belirlenmesinde ikili yatırım anlaşmasına ve ilgili vatandaşlık kanunlarına başvurmuştur. Bu noktada belirtilmelidir ki, *Nottebohm* kararının ikili yatırım anlaşmalarından üstün gelemeyeceği açıktır. Çünkü ikili yatırım anlaşmalarında bulunan tabiiyete ilişkin tanım devletlerin vatandaşlık kanunlarına göre belirlenmektedir⁷⁴. Bu sebeple, tahkim heyetinin tabiiyetin belirlenmesinde ikili yatırım anlaşması çerçevesinde bir sonuca vardığı söylenebilir.

1.2.3. Şirketlerin tabiiyeti

Yatırımcının tabiiyeti denildiğinde gerçek kişinin yanı sıra ticari şirketlerin tabiiyeti de kastedilmektedir. Günümüzde ticari şirket tabiiyetinin belirlenmesine ilişkin birkaç kıstas bulunmaktadır. Bunlar kuruluş yeri sistemi, ortakların tabiiyetine dayanan sistem, sermayenin bulunduğu yer sistemi, şirket merkezi sistemi, tabiiyetinin tayininde hâkime yetki veren sistem (eklektik sistem) ve kontrol sistemleridir⁷⁵. Şirket tabiiyetinin belirlenmesine ilişkin olarak yukarıda yapılan genel açıklamalarla yetinmiş bulunmaktayız. Çünkü milletlerarası yatırım hukukunda şirketlerin tabiiyeti ikili yatırım anlaşmaları ve çok taraflı yatırım anlaşmalarına göre belirlenmektedir. Bu anlamda ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen şirketlerin tabiiyetini belirlemeye ilişkin kıstasların üzerinde durulması konumuz bakımından yararlı olacaktır.

İkili yatırım anlaşmalarında şirket tabiiyetinin belirlenmesine ilişkin ileri sürülen sistemlerden birinin veya birkaçının esas alındığı görülmektedir. Örneğin, Türkiye ve

⁷⁴ Ch. Schreuer (2010). Nationality of investor: Legitimate restriction and business interest, *ICSID Review*, 24, 522.

⁷⁵ Bu noktada şirket tabiiyetinin belirlenmesi bakımından ileri sürülen sistemler şöyledir: 1. Kuruluş yeri sisteminde şirketin kurulduğu ülke tabiiyeti esas alınmaktadır. Söz konusu sistemde, şirket tabiiyetini belirli bir ülke kanununa dayanarak kazanmaktadır. 2. Ortakların tabiiyetine dayanan sistemde ortakların tabiiyeti esas alınmaktadır. Bu sistemin en çok eleştirilen yönü şirketin tüzel kişiliğini reddetmesidir. 3. Sermayenin bulunduğu yer sisteminde şirket tabiiyeti sermayenin bulunduğu yere göre belirlenmektedir. 4. Merkez yeri sisteminde şirket tabiiyetinin belirlenmesinde onun merkezinin bulunduğu yer önem taşımaktadır. Şirket merkezinden kasıt gerçek idare merkezi olarak yani idare organlarının bulunduğu yer anlaşılmalıdır. 5. Eklektik sistemde hâkim şirket tabiiyetinin belirlenmesinde içinde bulunduğu koşulları dikkate alarak değerlendirmede bulunacaktır. 6. Kontrol sisteminde şirket tabiiyeti onun kontrolünü elinde bulunduran kişilerin tabiiyetine göre belirlenmektedir. Söz konusu sistem, şirket tabiiyetini tayininden ziyade şirketlerin “düşman karakterini” tespit etmeye yönelik olduğu eleştirilere neden olmuştur. Bkz. T. Arat (1970). *Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti*, Ankara, 29-108; Güngör, 2017, a.g.k., 224; Doğan, 2017, a.g.k., 230.

Rusya arasında yapılan ikili yatırım anlaşmasında, şirket tabiiyetinin belirlenmesi bakımından kuruluş yeri esas alınmıştır⁷⁶. Türkiye ve Özbekistan arasında yapılan ikili yatırım anlaşmasında ise şirket tabiiyetinin belirlenmesi bakımından şirketin kuruluş yeri ve merkez yeri belirleyici olarak düzenlenmiştir⁷⁷.

Konu bakımından tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar incelendiğinde, şirket tabiiyetinin belirlenmesinin ikili yatırım anlaşmalarında düzenlendiği gibi kolay olmadığı ortaya çıkmaktadır. Şayet ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen şirket tabiiyetinin belirlenmesine ilişkin hükümler iddia edilen şirket tabiiyetiyle örtüşüyorsa o zaman hakem heyetinin şirket tabiiyetinin tespitine yönelik ilave kurallara başvurmasına gerek yoktur. Örneğin, *Aguas Del v. Bolivia* tahkim davasında hakem heyeti ikili yatırım anlaşmasına bağlı kalarak şirket tabiiyetinin tespitine yönelik ek kurallara başvurmayı reddetmiştir. Söz konusu ikili yatırım anlaşmasında yatırımcı tanımı Hollanda vatandaşları tarafından kontrol edilen tüzel kişileri de içerecek şekilde düzenlenmiştir. Hakem heyetine göre şirketin dolaylı olarak Hollanda vatandaşı tarafından kontrol edilmesi, hatta söz konusu şirketin üçüncü bir devlette bulunan şirketler tarafından kontrol edilmesi ikili yatırım anlaşması kapsamında kabul edilmektedir⁷⁸. Benzer husus *Saluka v. Çekya* tahkim davasında da görülebilir. Davada Hollanda’da kurulan *Saluka* isimli şirket Japon vatandaşlığını taşıyan kişilerce kontrol edilmektedir. Hakem heyeti Çek Cumhuriyeti ve Hollanda arasındaki ikili yatırım anlaşması kapsamında söz konusu şirketin Hollanda’da kurulmasının şirket tabiiyetinin tespiti bakımından yeterli ve belirleyici olduğunu⁷⁹ ifade etmiştir.

Şirket tabiiyetinin değiştirilmesinin gerçek kişilere kıyasla kolay olması sonucu, bazı durumlarda yatırımcılar, yatırımlarının daha iyi korunabilmesi için şirket tabiiyetini değiştirmeye yönelik eylemlerde bulunabilmektedir. Kanımızca yatırımcının iyi niyetle sırf yatırımlarını koruma amacıyla şirket tabiiyetini değiştirmeye yönelik girişimleri hakkın ihlali olarak nitelendirilemez. Çünkü tedbirli yatırımcının kendi yatırımlarını her zaman en iyi koruma sağlayan yatırım anlaşması kapsamında gerçekleştirmesi son derece doğaldır. Söz konusu husus çoğunlukla şirket kuruluş yerinin bulunduğu ülke ile ev sahibi ülke arasında yapılan ikili yatırım anlaşması çerçevesinde sağlanmaktadır. Böylece, şirket

⁷⁶ Anlaşmanın m.1.1.a şöyledir: “*Akit Tarafın mevzuatına göre diğer Akit Tarafın ülkesinde yatırım yapmaya yetkili olması koşuluyla, Akit Tarafın ülkesinde yürürlükte olan mevzuatına göre teşekkül ettirilmiş veya kurulmuş herhangi bir tüzel kişiyi*” ifade eder.

⁷⁷ RG 15.09.1994 – 4026.

⁷⁸ *Aguas del Tunari v. Bolivia*, ICSID Case No: ARB/02/03, Decision on Jurisdiction, para 31.

⁷⁹ *Saluka Investment B.K v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, paras 229, 241.

tabiiyetinin değiştirilmesine yönelik eylemde bulunan yatırımcı, daha iyi koruma sağlayan yatırımların korunmasına ilişkin hükümleri ev sahibi ülkeye karşı kalkan olarak kullanmaktadır⁸⁰. Dolayısıyla tedbirli yatırımcının yatırım anlaşması kapsamında daha iyi koruma sağlayan ülkede şirket kurmasını engelleyen herhangi bir geçerli sebep bulunmamaktadır. Bu bakımdan bir ülke mevzuatından veya uluslararası anlaşmalardan yararlanmak amacıyla şirket kurmak ne yasadışı nede etik dışıdır. Bunun aksine günümüzde şirket tabiiyetinin değiştirilmesine yönelik eylemler uluslararası ekonomik ilişkilerde özellikle, vergi planlanmasının yönetimi bakımından standart uygulama hâline gelmiştir⁸¹.

Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda şirket tabiiyetinin değiştirilmesine yönelik eylemlere ilişkin birkaç örnek verilebilir. Örneğin, *Soufraki v. BAE* davasında *Soufraki* isimli yatırımcı BAE (Birleşik Arap Emirlikleri) ile yapılan sözleşmeyi kişisel olarak hareket etme yerine İtalya’da kurulu bir şirket aracılığıyla gerçekleştirmiştir. Hakem heyetine göre söz konusu husus yargılama yetkisi bakımından sorun oluşturmamaktadır⁸². Bu noktada unutulmamalıdır ki, şirket tabiiyetinin değiştirilmesine yönelik eylemlerin sırf tahkimin yargılama yetkisini oluşturmak amacıyla tasarlanması halinde tahkimin yargılama yetkisinin oluşumu bakımından sorun oluşturabilmektedir. Üstelikte, tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar da şirket tabiiyetinin değiştirilmesine yönelik girişimlerin kötü niyetle tahkimin yargılama yetkisi elde etmek için tasarlanmasını hiçbir şekilde kabul edilmeyeceğini vurgulamaktadır⁸³.

1.2.4. Yatırımcı olarak devlet (Devlet mülkiyetli şirketler)

Bir yatırımcının yatırım anlaşması kapsamında sağlanan haklardan yararlanabilmesi için söz konusu yatırımcının anlaşmada düzenlenen yatırımcı grubuna dâhil olması gerekmektedir. Bu anlamda devletin yatırımcı sıfatıyla hareket edip edemeyeceği öncelikle yatırım anlaşmaları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Genel olarak, çoğu yatırım anlaşması gerçek ve tüzel kişileri yatırımcı olarak düzenlemektedir. Bu noktada kamu

⁸⁰ Schreuer, 2010b, a.g.k, s. 523.

⁸¹ M. Feldman (2012). Setting limit on corporate nationality planning in investment treaty arbitration, *ICSID Review*, 27(2), 281-302; Ch. Lee (2016). Resolving nationality planning issue through the application of the doctrine of piercing the corporate veil in international investment arbitration, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 9 (1), 35.

⁸² *Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No: ARB/02/7, Award, para 83. Benzer görüşler için bkz. *Aguas del Tunari v. Bolivia*, ICSID Case No: ARB/02/03, Decision on Jurisdiction, para 330.

⁸³ *Autopista Concesionada de Venezuela C.A v. Venezuela*, ICSID Case No: ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, para 122, *Aguas Del Tunari v. Bolivia*, para 321.

tüzel kişileri ve özellikle ulusal varlık fonlarının yatırımcı olarak kabul edilip edilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Çünkü söz konusu tüzel kişiler ticari nitelik taşımakla birlikte devletin egemenlik unsurunu da içerebilmektedir. Örneğin, Türkiye- Birleşik Arap Emirlikleri arasındaki ikili yatırım anlaşmasına göre⁸⁴;

“Her bir tarafın hükümetince tamamen veya kısmen sahip olunan da dâhil olmak üzere, Taraflardan herhangi birinin yürürlükteki yasalarına uygun olarak kurulmuş veya teşekkül ettirilmiş genel idare merkezi o Tarafın ülkesinde bulunan şirketler, firmalar, ya da iş ortakları gibi tüzel kişileri, ifade eder” (m.1.1/b).

Bazı ikili yatırım anlaşmalarında ise devlet mülkiyetli şirketler açık olarak belirtilmektedir;

“Herhangi bir Akit Tarafa atıfla “Tüzel Kişi” sorumluluğunun sınırlı olup olmadığına bakılmaksızın kamu kuruluşları, şirketleri veya ortaklıklar, kamu tröstleri ya da birlikleri gibi, Akit Taraflardan birinin ülkesinde kurulmuş olan ve ilgili ulusal mevzuatla tüzel kişi olarak tanınan herhangi bir kuruluşu ifade eder”⁸⁵.

“Şirket, kâr gayesi taşısın veya taşımасыn; ister özel ister kamu kuruluşu olsun; mevzuatına göre sınırlı veya sınırsız sorumluluğu haiz tüzel kişi olarak kurulmuş teşekkül etmiş veya başka bir şekilde teşkil edilmiş şirketleri, iş ortakları veya diğer teşekküller dâhil bir hukuki varlığı ifade eder”⁸⁶.

Görüldüğü üzere bazı ikili yatırım anlaşmalarında devlet mülkiyetli şirketler açık olarak ifade edilmektedir⁸⁷. Ancak devlet mülkiyetli şirketlerin ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen yatırımcı grubuna dâhil edilmesinin sık görülen bir durum olduğu söylene-
mez. Türkiye’nin taraf olduğu toplam 124 ikili yatırım anlaşmasının⁸⁸ sadece altısında devlet mülkiyetli şirketler yatırımcı grubuna dâhil edilerek, bunların yatırımcı olarak kabul edileceği açık olarak düzenlenmiştir.

⁸⁴ RG 10.03.2011- 27870.

⁸⁵ Türkiye-İtalya İkili Yatırım Anlaşması m.1/4 (RG 2.10.2003 – 4977). Benzer hükümler için bkz. Bangladeş- Türkiye İkili Yatırım Anlaşması m.1/2 (RG 25.04.2018 - 7109), Türkiye-Kuveyt İkili Yatırım Anlaşması m. (RG 27.09.1990 - 3663), Türkiye – Katar İkili Yatırım Anlaşması m. (RG 2.08.2007- 26601), Türkiye – ABD İkili Yatırım Anlaşması m. (RG 13.04.1989 - 3533).

⁸⁶ Türkiye – ABD İkili Yatırım Anlaşması m.1/1. (RG 13.04.1989 – 3533). Benzer hükümler için bkz. Bangladeş- Türkiye İkili Yatırım Anlaşması m.1/2 (RG 25.04.2018 – 7109), Türkiye-Kuveyt İkili Yatırım Anlaşması m. 1. 2/b. (RG 27.09.1990 – 3663), Türkiye – Katar İkili Yatırım Anlaşması m.1.1/b. (RG 2.08.2007- 26601).

⁸⁷ Benzer hükümler için bkz. Kanada ve Çin arasındaki İkili Yatırım Anlaşması m.2, Birleşik Arap Emirlikleri ve Çin arasındaki İkili Yatırım Anlaşması m.1/2, Çin ve Özbekistan arasındaki İkili Yatırım Anlaşması m 1/2.

⁸⁸ İncelenen ikili yatırım anlaşmaları için bkz. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/Country-Bits/214?type=c#iiaInnerMenu> (Erişim tarihi: 11.10.2018).

Kamu tüzel kişilerinin ICSID tahkimine gidip gidemeyeceği konusu da tartışmalıdır. Şöyle ki ICSID Sözleşmesi ancak devletler ve diğer devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarını düzenlemektedir (m. 25/1). Böyle bir durumda kamu tüzel kişisi niteliği taşıyan bir yatırımcının, ICSID tahkimine gidip gidemeyeceği konusunun açıklığa kavuşturulduğu söylenemez⁸⁹. Üstelikte ICSID Sözleşmesi, esas olarak, kamu yatırımlarının korunmasını değil özel yatırımların korunmasını amaçlamaktadır. Ancak sözleşmenin ilk taslak çalışmalarında yatırımcı kavramının özel şirketlerle sınırlandırılmayacağı ve bundan dolayı devlet tarafından tamamen veya kısmen sahip olunan şirketlerin davalı veya davacı olarak tahkime gidebilecekleri belirtilmiştir⁹⁰.

Tahkim yargılaması sonucunda verilen birkaç tahkim kararında devlet mülkiyetli şirketler yatırımcı sıfatıyla başvuruda bulunmuştur. Bahse konu tahkim davalarında devlet mülkiyetli şirketler ağırlıklı olarak ikili yatırım anlaşması kapsamında yatırımcı olarak kabul edilmektedir. Örneğin, *Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S(CSOB) v. Slovakya* tahkim davasında CSOB, Slovakya ile yapılan yatırım anlaşmasına dayanarak tahkime başvuruda bulunmuştur. Buna karşın Slovakya, tahkimin ICSID Sözleşmesinin m.25/1 kapsamında yargılama yetkisi bulunmadığını iddia etmiştir⁹¹. Hakem heyeti, dava bakımından cevaplanması gereken en önemli sorun olarak, CSOB'un Çek Cumhuriyetini temsil eden bir şirket olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, yatırımcının ICSID Sözleşmesi kapsamında korunması şekli şartlara bağlı değildir. Bunun aksine şirketin devletin görevlerini yerine getirmek için mi ya da devletin bir temsilcisi sıfatıyla mı hareket ettiği önem taşımaktadır. Bu bakımdan CSOB'un devletin fonksiyonlarını üstlendiği iddiasının değerlendirilmesinde söz konusu fonksiyonların amacından ziyade niteliği üzerinde durulmalıdır. Son olarak, hakem heyeti CSOB'un ICSID Sözleş-

⁸⁹ Konu bakımından farklı yaklaşımlar için bkz. W. Hamida (2010). Sovereign FDI and international investment agreements: questions relating to the qualification of sovereign entities and the admission of their investments under investment agreements, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 9, 17-36; Ch. Beus (2014) Sovereign wealth funds in the ICSID: A new approach standing, *The Indonesian Journal of International and Comparative Law* 1(2); M. Lippincott (2013). Depoliticizing sovereign wealth funds through international arbitration, *Chicago Journal of International Law* 13; B. Nazarian (2017). Sovereign wealth fund and their rights under the current investor- state arbitration system, *Bocconi Legal Papers* 9.

⁹⁰ The History of ICSID Convention Volume 2, s.230.

⁹¹ *Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S (CSOB) v. Slovakya*, ICSID Case No: ARB/97/4, Decision on objection to jurisdiction, ICSID report.

mesi kapsamında yatırımcı niteliği taşıdığı sonucuna varmış ve bunu iki önemli gerekçeyle dayandırmıştır⁹². İlk olarak, CSOB'un devletin politikalarını ve amaçlarını desteklediği doğrultusunda şüphe olmasa da, söz konusu şirket kendi faaliyetlerinin doğası gereği hükümet görevlerini yerine getirmekten ziyade, esas olarak, ticari nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla CSOB, devletle olan özel ekonomik bağımlılığını kademeli olarak azaltmıştır ve yeni ekonomik düzende bağımsız bir banka olarak işlev görmesini sağlayacak birtakım adımlar atmıştır. Bu noktada belirtilmelidir ki, tahkim heyeti tüzel kişi bakımından kamu ve özel kişi ayrımı yapmaya yönelik açık bir yöntem ortaya koymamaktadır. Üstelikte, tahkim davasında CSOB faaliyetlerinin kamu ya da özel niteliği taşıyıp taşımadığı üzerinde detaylı bir şekilde durulmamıştır⁹³.

Rumeli Telekom A.Ş ve Telsim Mobile Telekomünikasyon Hizmetleri v. Kazakistan tahkim davasında davalı olarak Kazakistan, Rumeli Telekom A.Ş ve Telsim Mobile Telekomünikasyon Hizmetleri adını taşıyan şirketlerin yatırımcı sıfatı taşımadığından tahkimin yargılama yetkisi bulunmadığı iddiasında bulunmuştur. Rumeli Telekom A.Ş ve Telsim Mobile Telekomünikasyon Hizmetlerinin her ikisi de Türkiye'de kurulu şirketlerdir. Kazakistan'a göre gerçek davacı Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'dur (TMSF) ve Türkiye'nin resmi bir devlet kurumu niteliği taşımaktadır. Bu sebeple bahse konu şirketler ICSID kuralları çerçevesinde tahkime gidemeyeceklerdir. Aslında sorun Türkiye'de bulunan ve Uzan ailesine ait İmar Bankasından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki Türkiye parlamentosu birkaç kanunu yürürlüğe sokarak TMSF'yi bahse konu şirketlerin devralınması için yetkilendirmiştir. Bundan önce Rumeli Telekom A.Ş ve Telsim Mobile Telekomünikasyon Hizmetleri, Uzan ailesi tarafından doğrudan veya dolaylı olarak kontrol edilmiştir. Ancak hakem heyeti, kamu tüzel kişisinin ICSID Sözleşmesi kapsamında yatırımcı olarak kabul edilip edilemeyeceği üzerinde durmamıştır. Hakem heyetine göre, TMSF'nin Rumeli Telekom A.Ş ve Telsim Mobile Telekomünikasyon Hizmetleri için kayyum ataması şirketin hiçbir şekilde kendi kurumsal varoluşuna son verme olarak nitelendirilmemelidir.

⁹² CSOB v. Slovakia, Decision on jurisdiction,

⁹³ Karar eleştirisi için bkz. Hamida, 2010, a.g.k., 29-30, S. Chen (2013) Positioning sovereign wealth funds as claimants in investor state arbitration, *Contemporary Asia Arbitration Journal* 6, 316.

Kaliningrad Region v. Litvanya tahkim davasında⁹⁴ ise Kaliningrad yerel yönetiminin⁹⁵ devletle doğrudan bağlantısı bulunmasına rağmen ikili yatırım anlaşması kapsamında korunması gereken yatırımcı olarak kabul etmiştir. Buna göre ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen yatırımcı kavramı Rusya mevzuatı çerçevesinde değerlendirilmelidir⁹⁶. Hakem heyeti bu yaklaşımı Rusya ve Litvanya arasındaki ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen tüzel kişi hükmüne dayandırmıştır⁹⁷. Rusya mevzuatı çerçevesinde yerel yönetimlerin yabancı yatırımcı olarak yetkilendirilmesi söz konusu olabilmektedir. Böylece tahkim heyeti, Kaliningrad yerel yönetimini ikili yatırım anlaşması kapsamında yatırımcı olarak kabul etmiş ve bahse konu yönetimin bu anlaşma çerçevesinde korunması gerektiğini ifade etmiştir.

1.2.5. Yabancı kontrolünde bulunan şirketlerin durumu

Günümüzde çoğu yabancı yatırımlar şirketler aracılığıyla gerçekleştirilmekte ve bunlardan en yaygın olanı ev sahibi ülke hukukuna göre kurulan şirketten hisse edinmedir. Olağan koşullar altında söz konusu hisse sahipleri yabancı yatırımcı sıfatıyla hareket edemezler. Hisse sahiplerinin tereddütlerini göz önünde bulunduran ICSID Sözleşmesi hazırlayıcıları, buna çözüm olarak yabancı kontrol sistemini getirmişlerdir. Yabancı kontrol sistemine göre ev sahibi ülkede bulunan yerel şirketin yabancı kontrolü bulundurması hâlinde (ICSID Sözleşmesinin tanımladığı şekilde) hisse sahipleri ev sahibi ülkeye karşı tahkime gidebilecektir. Bu noktada belirtilmelidir ki, ICSID Sözleşmesinde düzenlenen yabancı kontrol sisteminin içeriğinin belirlenmesinde ortaya çıkan sorunlar bahse konu sistemi tartışmalı hâle getirmiştir⁹⁸.

⁹⁴ Kaliningrad v. Lithuania, ICC, *Investment Arbitration Reporter*, <https://www.iareporter.com/articles/lithuania-prevails-in-investor-state-bit-claim-over-enforcement-of-icc-award-in-case-brought-by-russian-regional-govt/> (Erişim tarihi: 12.10.2018).

⁹⁵ Kaliningrad, Rusya ile kara bağlantısı olmayan Litvanya ile Polonya arasında Baltık Denizi kıyısında bulunan Rusya'ya bağlı bir şehirdir.

⁹⁶ Rusya ve Litvanya arasındaki İkili Yatırım Anlaşmasına göre, Rusya Federasyonu bakımından tüzel kişi

⁹⁷ Rusya ve Litvanya arasındaki İkili Yatırım Anlaşmasına göre, “Rusya Federasyonu topraklarında yürürlükte olan mevzuata uygun olarak kurulmuş veya teşekkül ettirilmiş ve bu tüzel kişinin Litvanya topraklarında yatırım yapması için Rusya Federasyonu mevzuatına göre yetkilendirilmiş herhangi bir tüzel kişiyi ifade eder” (m.1.1/b).

⁹⁸ Bkz. Burimi SRL and Eagle Games v. SH.A v. Albania, ICSID Case No: ARB/11/18, Award, para 112. Dolzer and Schreuer, 2008a, a.g.k., 53; Douglas, 2014a, a.g.k., 292; A. Asouzu (2002). A Review of critique of arbitral awards article 25(2)(b) of the ICSID Convention, *The Journal of World Investment*, 3, 398; R. Astorga (2007). The nationality of juridical person in the ICSID Convention in the light of its jurisdiction, *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, Vol 11, 417-472.

Sözleşmenin 25.(2)(b) maddesinin ilk fıkrası tüzel kişinin tabiiyetine ilişkin yasal şart getirmekte ikinci fıkrası ise şirket perdesini ortadan kaldırmak ve onun ardındaki gerçek sahipliği tespit etmek için maddi ve objektif şart getirmektedir⁹⁹. Bu bakımdan ev sahibi ülkede kurulan ancak diğer bir yabancı ülke vatandaşı tarafından kontrol edilen şirket yabancı muamelesi görecektir.

İlk olarak, ICSID Sözleşmesinin m.25(2)(b) kapsamında yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında tahkime gitme konusunda bir anlaşmanın bulunması gerekmektedir. Anlaşma ICSID Sözleşmesinin belirttiği şekilde yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında yapılan anlaşmayla sağlanabilmektedir¹⁰⁰. Bununla birlikte yatırım anlaşmalarında ICSID Sözleşmesinin m.25(2)(b) hükmüne gönderme yapma koşuyla da yabancı kontrol sistemine ilişkin şekil şartı geçerli kabul edilebilmektedir¹⁰¹. Ancak taraflar yatırım anlaşmasıyla ICSID Sözleşmesinin m.25 (2)(b) hükmünü genişletemezler. Başka bir deyişle, bahse konu anlaşmalar ICSID Sözleşmesiyle düzenlenen anlamla çelişmemelidir¹⁰². İkinci şart ise ev sahibi ülkede bulunan yerel şirketin yabancı bir şirket tarafından kontrol edilmesi şartıdır. Yabancı kontrolün tespiti bakımından yatırım ve yatırımcı arasındaki ilişki düzeyi önemlidir¹⁰³. Bu anlamda yatırımcı ve yatırım arasında sıkı ilişkinin bulunması yatırımcının söz konusu yatırım üzerinde kontrolü bulunduğunu işaret etmektedir. Ayrıca, yabancı kontrolünün tespitine ilişkin olarak “*gerçek kontrol*” ifadesi üzerinde durulması gerekir. ICSID Sözleşmesinin m.25(2)(b) hükmüyle kastedilen “*gerçek kontrol*” bir kişi veya bir şirketin bir tüzel kişi üzerinde ana eylemleri belirleme kapasitesini ifade etmektedir. Genel olarak, söz konusu tüzel kişiler önemli kararların oylama yoluyla alındığı bir yönetim organı (örneğin hissedarlar toplantısı) tarafından yürütülmektedir. Kontrol ise yönetim organında çoğunluk oyu kullanma hakkına sahip kişidir. Bu durumda kontrol, tüzel kişiye çoğunluk hisseleriyle yeteri kadar oy verme olanağı sağlamaktadır.

⁹⁹ TSA Spectrum v. Argentine, ICSID Case No: ARB/05/5, Award, para 140; Ch. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair (2009). The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge: Cambridge University Press, Second Edition, para 548; Vacuum v. Ghana, ICSID Case No: ARB/92/1, Award, paras 28-30, Eskosol v. Italian, ICSID Case No: ARB/15/50, Decision on Respondent’s Application Under Rule 41(5), para 86, Loewen Group v. USA, ICSID Case No: ARB/98/3, TLGI Counter-Memorial on Matters of Jurisdiction and Competence, para 30.

¹⁰⁰ Bkz Dolzer and Schreuer, 2014b, a.g.k., 43, Douglas, 2014a, a.g.k., 301-305.

¹⁰¹ TSA Spectrum v. Argentina, ICSID Case No: ARB/05/5, Award, para 156.

¹⁰² Caratube International Oil Company v. Kazakhstan, para 53-54.

¹⁰³ Douglas, 2014a, a.g.k., 307.

Böylece kontrolü elinde bulunduran, ev sahibi ülkede bulunan şirket üzerinde karar alırken belirleyici etkiye sahip olmaktadır¹⁰⁴.

Bazen şirket üzerinde gözüken hisse sahipliği fiili durumla örtüşmeyebilir. Yani, bu durumda şirket sahibi şeklen hisse sahipliğini elinde bulundurmaktadır. Buna ek olarak, hisse sahibi hisseleri açık veya zımni olarak şirket üzerindeki kontrolü üçüncü bir kişiye de devretmiş olabilmektedir. Böyle durumlarda, bir şirkette çoğunluk hisse sahiplerinin şirket üzerinde fiili kontrolü bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir¹⁰⁵.

Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda yabancı kontrol esasının tespitinde ikili yatırım anlaşması hükümlerine bağlı kalındığı söylenebilir. Bu anlamda, hakem heyeti yabancı kontrolün tespitinde öncelikle ikili yatırım anlaşmalarına başvuracak, sonra tamamlayıcı araçlardan yararlanarak yabancı kontrolü tespit etmeye çalışacaktır. Örneğin, *Spectrum v. Arjantin* tahkim davasında hakem heyeti ikili yatırım anlaşmasında nihai sahipliğe (*ultimate controller*) ilişkin hüküm bulunmadığından nihai sahipliğin araştırılmasına yer olmadığını ifade etmiştir¹⁰⁶. Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda yabancı kontrol esasının belirlenmesi bakımından şirket üzerindeki çoğunluk hisselerin önemli kıstas olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁷. Yabancı kontrol esasının tespitinde yatırımın yönetimi ve işleyişi üzerinde önemli bir etkiye sahip olma yeteneği ve yönetim kurulu üyeleri veya diğer yönetim organlarının seçimi üzerinde önemli miktarda etkide bulunma becerisi gibi ek kıstaslara da başvurulabilmektedir¹⁰⁸.

Yukarıda görüldüğü üzere ICSID Sözleşmesinin m.25(2)(b) hükmü yerel şirketlere yabancı kontrol kıstasından dolayı yabancı yatırımcı muamelesi görme hakkı tanımaktadır. Ev sahibi ülkede bulunan yerel şirketin yabancı kontrol esasına dayanarak yabancı muamelesi görmesi için maddi ve şekli şartları yerine getirmesi gerekmektedir.

1.2.6. Yabancı hissedarların durumu

Konumuz bakımından tekrardan kaçınmak için genel olarak yabancı hissedarların durumundan ziyade azınlık yabancı hissedarların durumu izah edilecektir. Genel olarak,

¹⁰⁴ Caratube International Oil Company v. Kazakhstan, ICSID Case No:ARB/08/12, Decision on the Annulment Application, para 255.

¹⁰⁵ Caratube International Oil Company v. Kazakhstan, para 255.

¹⁰⁶ TSA Spectrum v. Argentina, para 127.

¹⁰⁷ Burim SRL and EAGL Games SH.A v. Albania, ICSID Case No: ARB/11/18, Award, paras 114-115, Autopista v. Venezuela, para 86, Caratube International Oil Company v. Kazakhstan, para 253.

¹⁰⁸ Eskosol v. Italian, para 102-103.

yabancı hissedarların yatırım anlaşmaları kapsamında korunacağı kabul edilmektedir¹⁰⁹. Dolayısıyla, uluslararası hukukta yabancı hissedarların korunmayacağı¹¹⁰ yaklaşımının artık önemini kaybetmiş olduğu söylenebilir.

Ev sahibi ülkede bulunan yerel şirket tek bir yabancı şirket yerine birkaç yabancı şirket tarafından kontrol edilebilir¹¹¹. Böyle durumlarda bir yabancı şirket yerel şirketin çoğunluk hisselerini elinde bulundururken diğerleri azınlık hisselerin sahipliğini bulundurmaktadır. Bu noktada her iki yabancı (çoğunluk ve azınlık hisseleri elinde bulunduran) şirketin uyuşmazlığı tahkime taşıyıp taşıyamayacağının aydınlatılması gerekmektedir. Yabancı çoğunluk ve azınlık hisse sahiplerinin durumu bakımından Gaz İletişim Şirketi (CMS – Gas Transmission Company) v. Arjantin davası¹¹² güzel bir örnek teşkil edebilir. Dava Arjantinli yetkililerin gaz taşımacılığı için uygulanan tarifelerde değişiklik yapmasından kaynaklanmaktadır. ABD vatandaşlığını taşıyan davacı, Arjantin’de kurulu TGN (The de Gas de Norte) isimli gaz taşımacılığı yapan şirketin %29.42 hisselerini elinde bulundurmaktadır. Hakem heyetine göre günümüzde uluslararası hukukta hisse sahiplerinin (azınlık veya sahip olduğu hisselerle şirket kontrolünü elinde bulundurmasalar bile) şirketten bağımsız olarak dava açmasına dair herhangi bir engel yoktur¹¹³. Bu sebeple, bir yatırımın yatırım olarak nitelendirilmesi için hisse sahibinin şirket üzerinde kontrolünü bulundurma veya şirketin çoğunluk hisselerini elinde bulundurma gibi şartlar aranmamaktadır¹¹⁴. Azınlık hisse sahiplerine ilişkin benzer bir yaklaşım *Lanco v. Arjantin* tahkim davasında¹¹⁵ da görülebilir. Davada hakem heyeti azınlık hisse sahibinin şirket üzerinde

¹⁰⁹ Ch. Schreuer (2005c). Shareholder protection in international investment law, 2-21, http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_2.pdf (Erişim tarihi: 5.07.2018); P. Dumbery (2010 a). The legal standing of shareholders before arbitral tribunal: has any rule of customary international law crystallized?, *Michigan State Journal of International Law*, 18(3).

¹¹⁰ Bu yaklaşım ilk olarak *Barcelona Traction v. İspanya* davasında ortaya konulmuştur. İspanya’da bulunan bir şirketin çoğunluk hisselerini bulunduran Kanada’da kurulu şirketin İspanya’ya karşı şirkete zarar verdiği iddiasıyla Uluslararası Adalet Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Mahkemeye göre hissedarlar bağlı oldukları şirketten bağımsız olarak bir devletin haksız fiillerine karşı yasal yollara başvuramaz. Dava sonucunda hissedarların uluslararası hukukta korunmayacağı yaklaşımı ileri sürülmüştür. *Barcelona Traction, Light and Power Co, Ltd. (Belgium v. Spain) Judgment*, 1970 ICJ Rep 4, 35. Karşıt görüş için bkz. M. Valasek and P. Dumbery (2011). Developments in the legal standing of shareholders and holding corporations in investor – state disputes, *ICSID Review*, 26(1), 34-75.

¹¹¹ Schreuer, 2005c, a.g.k., 8, Valasek and Dumbery, 2011, a.g.k., 40.

¹¹² CMS v. Argentina, ICSID Case No: ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction.

¹¹³ CMS v. Argentina, para 48. Benzer yaklaşımlar için bkz Enron v. Argentina, ICSID Case No: ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, para 39.

¹¹⁴ CMS v. Argentina, para 51.

¹¹⁵ Lanco v. Argentine, ICSID Case No: ARB/97/6, Jurisdiction of the Arbitral Tribunal.

bulundurduğu hisse oranını dikkate almadan azınlık hisselerini yatırım olarak kabul etmiştir. Uyuşmazlık, Arjantin hükümetinin, liman tesislerinin işletilmesinde *Lanco* şirketine rakiplerine oranla daha uygun koşullar sağlamasından kaynaklanmaktadır. *Lanco* şirketi, ABD merkezli bir şirket olup Arjantin’de bulunan liman tesislerinin işletilmesi için ihale kazanan bir yerel şirketin hisselerinin %18,3’ünü elinde bulundurmaktadır. Hakem heyeti ikili yatırım anlaşmasından yola çıkarak, şirket hisselerinin yatırım olarak nitelendirilmesi bakımından şirket üzerinde kontrolü bulundurma veya çoğunluk hisselerine sahip olma şartının bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır¹¹⁶.

Yabancı hissedarlar bakımından önem taşıyan diğer bir ihtimal yabancı yatırımcıların yerel şirket hisselerini doğrudan satın alma yerine dolaylı olarak elde etmeye yönelmesidir¹¹⁷. Bahse konu ihtimalde, yabancı yatırımcı yerel şirket hisselerine bir veya birkaç aracı şirket aracılığıyla sahip olabilmektedir. Aracı şirket yerel şirketin tabiiyetinde olabileceği gibi, ana şirketin tabiiyetinde veya üçüncü bir devletin tabiiyetinde de olabilir. Böyle bir durumda, yabancı şirket aracı şirket vasıtasıyla uyuşmazlığı ev sahibi ülkeye karşı tahkime gidebilecek midir? Ya da aracı şirket uyuşmazlığı ev sahibi ülkeye karşı tahkime götürebilecek midir?

İlk soruyu kısa olarak cevaplamak gerekirse, yabancı şirket aracı şirket üzerinden ev sahibi ülkeye karşı tahkime başvurabilecektir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, yabancı hisse sahibinin durumunun ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen ilgili hükümlerle örtüşmesi gerekir. Örneğin, *Siemens v. Arjantin* tahkim davasında *Siemens* Almanya merkezli bir şirkettir. *Siemens* Arjantin’de yatırım faaliyetini yürütmek için *Siemens Nixdorf Informationssysteme A.G (SNI)* isimli bir şirket kurmuştur. Bahse konu şirket hisselerinin tamamı *Siemens* şirketine aittir. Davada Arjantin *Siemens* şirketi ile yatırım arasında doğrudan bir ilişkinin bulunmadığı iddiasında bulunmuştur. Buna karşın tahkim heyeti yatırım anlaşmasında şirket hisselerinin nihai sahipliğine ilişkin özel şart bulunmadığını belirterek *Siemens*’in Arjantin’de yatırımı bulunduğunu kabul etmiştir¹¹⁸.

Aracı şirketlerin ev sahibi ülkeye karşı tahkime gitme konusu tartışmalıdır. Bu tür şirketler “şirketler topluluğu (*holding*)”, “kabuk (*shell*)”, “posta kutusu (*mailbox*)” tabi-

¹¹⁶ *Lanco v. Argentine*, para 10.

¹¹⁷ Schreuer, 2005c, a.g.k., 11; Valasek and Dumbery, 2011, a.g.k., 41.

¹¹⁸ *Siemens A.G v. Argentine*, ICSID Case No: ARB/02/8, Decision on Jurisdiction. Benzer yaklaşımlar için bkz *Azurix v. Argentine*, ICSID Case No: ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, paras 43-74, *Waste management v. Mexican*, ICSID Case No: ARB/00/3, Award, paras 80-85.

riyle ifade edilmektedir. Çünkü bahse konu şirketlerin önemli miktarda varlıkları bulunmamakla birlikte genellikle sırf diğer şirket hisselerini elde etmek için kurulmaktadır¹¹⁹. Bazen bahse konu şirket içi yapılandırmalar hakkın kötüye kullanımı, dolandırıcılık ve hile gibi durumların ortaya çıkmasından dolayı kabul edilmeyebilir¹²⁰. Böyle durumlar, yani yatırım anlaşması ihlal edildikten sonra yapılan şirket içi yapılandırmalar (şirket tabiiyetinin değiştirilmesine yönelik girişimler veya *treaty shopping*) yasadışı olarak nitelendirilmektedir¹²¹. Diğer bir ifadeyle, şirket içi yapılandırmanın uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce tamamlanması gerekir. Uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra veya “son dakika” şirket içi yapılandırmalar bahse konu şirketin yasal olduğuna dair kuşklar uyandırabilir. Bu durumda davacı şirketin, kısa bir zaman dilimi içerisinde şirket yapılandırılmasının yasal olduğuna tahkim heyetini ikna etmesi gerekmektedir¹²².

Görüldüğü üzere yabancı hisse sahipleri yerel veya yabancı şirketten bağımsız olarak ev sahibi ülkeye karşı tahkime gidebilirler. Yabancı hisse sahiplerinin ayrı ve bağımsız olarak tahkime gitmesi konusunda ne uluslararası hukuk bakımından ne de yatırım anlaşmalarında engel bulunmaktadır. Ancak yabancı hisse sahipliğinin değişken şekillerde ortaya çıkabileceği dikkate alındığında her hisse sahipliğinin içinde bulunduğu koşullar çerçevesinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

1.3. Devletler

Uygulamada sıkça görüldüğü üzere devletler hem yatırımcı hem de ev sahibi ülke sıfatıyla hareket edebilmektedirler. Devletlerin yatırımcı sıfatıyla hareket etmesi söz konusu devletin resmi olarak yetkilendirdiği tüzel kişiler aracılığıyla gerçekleşmektedir. Konumuz bakımından ev sahibi devlet ve kaynak devlet kavramları genel anlamdan ziyade uluslararası yatırım hukuku bağlamında irdelenecektir.

¹¹⁹ Valasek and Dumberry, 2011, a.g.k., 55. F. Swart (2015). The use of mailbox companies in international investment protection, *European Company Law*, 12 (1), 22-25.

¹²⁰ Aguas v. Bolivia, para 245.

¹²¹ Aguas v. Bolivia, para 90.

¹²² Valasek and Dumberry, 2011, a.g.k, s. 62.

1.3.1. Ev sahibi devlet

Her devletin kendi sınırları içerisinde egemenlik hakkına dayanarak söz sahibi olduğu tartışmasızdır. Bu bakımdan her devlet yabancı yatırımları kabul edip etmeme konusunda sınırsız egemenlik hakkına sahiptir¹²³. Buna karşın gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerde dış kaynaklara olan ihtiyaç, bu ülkelerin bazı egemenlik haklarının kullanımında esneklik sağlama ihtiyacı doğurmuştur.

Milletlerarası yatırım hukukunda ev sahibi devlet kavramı, yabancı yatırımlara ev sahipliği yapan devleti ifade etmektedir. Genel olarak, yabancı yatırımlar ev sahibi ülke sınırları içerisinde gerçekleştirilmektedir. Ancak bazı durumlarda yabancı yatırımlar ev sahibi devlet sınırları dışında gerçekleşmesine rağmen söz konusu ülkenin yabancı yatırımlara ev sahipliği yapmış olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Şöyle ki kural olarak, ev sahibi ülkenin yatırımın kendi ülkesinde fiziki olarak kurulmadığını ve bulunmadığına ibraz etmesi hâlinde ülkesellik şartı yerine getirilmemiş olmaktadır¹²⁴. Ev sahibi ülke dışında yapılan yatırımlara finansal araçlar vasıtasıyla gerçekleştirilen yatırımlar (kredi) ve sevkiyat öncesi muayene servisi gibi hususlar örnek verilebilir.

Öte yandan, tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar ev sahibi ülke dışında gerçekleştirilen yatırımların, bazı şartları taşıması hâlinde ev sahibi ülke sınırları içinde yapılmış yatırım olarak kabul edilebileceği yönündedir. Buna göre yatırımların (kredi veya fon şeklinde) fiziki olarak yarar sağlayan yere transfer edilmemesi ancak onun başka bir yerde kullanımı birçok uluslararası finansal işlemin standart özelliğidir. Aslında birçok kredi kendi menşei ülkesini terk etmemektedir. Ancak kredi, tedarikçiler (aracılar) ve diğer kuruluşlar tarafından kullanılabilir hâle getirilmektedir¹²⁵. Örneğin hisse senedi, ev sahibi ülkenin ülkesellik şartını yerine getirmediğine ilişkin itirazına rağmen ülkesellik şartı kapsamında kabul edilmiştir¹²⁶. Buraya kadar yapılan açıklamalarla ülkesellik şartının yerine getirilmesinin, yatırım ile ev sahibi ülke arasında bulunan yatırım ilişkisinin düzeyine bağlı olduğu sonucuna varılabilir. Buna karşın ülkesellik şartını dar anlamda da yorumlamak mümkündür. Örnek olarak, ev sahibi ülke dışında bulunan bir limanda işletilen sevkiyat öncesi muayene servisi bir yatırım olarak kabul edilmemiştir. Çünkü ev

¹²³ Sornarajah, 2010a, a.g.k., 88; Dolzer and Schreuer, 2008a, a.g.k., 7.

¹²⁴ K. Christina (2009). Investment in “in the territory of the host state”, *International investment law for the 21 century: Essays in honor of Christopher Schreuer*, 54; Dolzer and Schreuer, 2008a, a.g.k., 67.

¹²⁵ Fedax v. Venezuela, ICSID Case No: ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para 41.

¹²⁶ Fedax v. Venezuela, para 42.

sahibi ülke ve yatırımcı arasında yapılan sözleşmenin ana amacı muayene belgesinin ulaştırılmasıyla sınırlı kalmaktadır¹²⁷.

Bazı ülkeler ikili yatırım anlaşmalarıyla ev sahibi ülke topraklarında yatırımı gerçekleştirme şartı getirmektedir¹²⁸. İkili yatırım anlaşmasıyla hüküm altına alınan ülkesellik şartının yerine getirilmesi bakımından tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda görüş birliği olduğu söylenemez. Örneğin, *SGS v. Pakistan* davasında tahkim heyeti ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen ülkesellik şartının yerine getirilmesi için yatırımın ev sahibi ülkede gerçekleştirilmesini yeterli görmüştür¹²⁹. Ancak *Ambiente v. Arjantin* tahkim davasında ise hakem heyeti ülkesellik şartı bakımından yatırımın ev sahibi ülkede yapılması yanında söz konusu yatırımın ev sahibi ülke ekonomisine katkıda bulunması gerektiğini de belirtmiştir. Buna göre bir yatırımın hangi ülkede yapıldığını tespit etmek için ilk önce bu yatırımdan yarar sağlayan ülkenin tespit edilmesi gerekir¹³⁰.

1.3.2. Kaynak devlet

Uluslararası yatırım hukuku bakımından kaynak devlet, ev sahibi ülkeye yabancı yatırımları ihraç eden devlet olarak ifade edilmektedir. Günümüzde kaynak devletler iki grup altında toplanabilmektedir. Birinci grup kaynak devlet vatandaşlığını veya tabiiyetini taşıyan tüm yabancı yatırımcıları kapsamakta iken ikinci grup kaynak devletin doğrudan veya dolaylı olarak sahip olduğu yatırımları içermektedir. İkinci grup kapsamında devlet mülkiyetli şirketler, ulusal varlık fonu, devlete ait finans kurumları ve devletin kontrolünde bulunan şirketler gösterilebilir¹³¹.

Kaynak devlet olarak devlet mülkiyetli şirketlerin sınır ötesi yatırımların dolaşımı bakımından önemli yer tuttuğu belirtilmelidir. 2017 yılı itibarıyla dünya üzerindeki yaklaşık 1500 devlet mülkiyetli şirket ve ulusal varlık fonu incelendiğinde, kaynak devletlerin 86.000'den fazla şirket aracılığıyla yatırım yaptığı ortaya çıkmıştır¹³². Kamu iktisadi

¹²⁷ *SGS v. Philippines*, para 154.

¹²⁸ Bkz, Türkiye-Senegal İkili Yatırım Anlaşması m.1 (RG 7.12.2011 - 6258), Çin-Finlandiya İkili Yatırım Anlaşması m.1(4), Çin-Almanya İkili Yatırım Anlaşması m.1, Çin-Rusya İkili Yatırım Anlaşması m.1.1.

¹²⁹ *SGS v. Pakistan*, ICSID Case No: ARB/01/13, Decision on the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para 136.

¹³⁰ *Ambiente v. Argentina*, ICSID Case No: ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, para 499.

¹³¹ L. Poulsen (2016a). States as foreign investors: diplomatic disputes and legal fictions, *ICSID Review*, 31 (1), 13; L. Ji (2014). State owned enterprises in the current regime of investor – state arbitration, *Nijhoff International Investment Law Series*, 380.

¹³² UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), (2017 a). *World investment report 2017*, 31. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf (Erişim tarihi: 3.04.2018).

teşebbüsün bir alt kategorisi olarak nitelendirilen devlete ait finans kuruluşları küresel bankacılık sistemlerindeki toplam varlıkların dörtte birini ve devletlerin çoğu emeklilik fonunu elinde bulundurmaktadır¹³³. Devlet kontrolünde bulunan şirketler görünürde özel ve bağımsız şirket olmasına rağmen devletin kontrolü altında tutulmaktadır. Örnek olarak, Rusya oligarşilerine ait holdinglerin Rusya tarafından kontrol edilmesi veya İran'da bulunan Devrim Muhafızlarının önemli sektörlerdeki şirketler üzerinde kontrolünün bulunması veya Pakistan'da ordunun ülkede bulunan büyük şirket ve bankalara yerleşmesi gibi¹³⁴.

Ev sahibi ülkelerin devlet mülkiyetli şirketlere, özellikle ulusal varlık fonlarına karşı endişeleri milletlerarası düzeye taşınmıştır. Bu çerçevede Uluslararası Para Fonu tarafından, birkaç ulusal varlık fonu da dâhil olmak üzere, uluslararası çalışma grubu oluşturulmuştur¹³⁵. Çalışmalar sonucunda ulusal varlık fonlarının davranış kurallarını düzenleyen Genel Kabul Görmüş İlke ve Uygulamalar (*Generally Accepted Principles and Practices*) başlıklı kılavuz ortaya çıkmıştır¹³⁶. Dolayısıyla OECD ulusal varlık fonları bakımından milli güvenlik şartının uygulanmasının kısıtlanmasına ilişkin çalışmalar yapmıştır¹³⁷. Ancak milletlerarası düzeyde devlet mülkiyetli şirketlere ilişkin genel kılavuz oluşturulmasına yönelik çalışmalar (ev sahibi ülke ve kaynak ülkelerin davranış kuralları) tavsiye niteliğinin ötesine geçememiştir¹³⁸.

Dünya üzerinde devlet mülkiyetli şirketlerin, özellikle ulusal varlık fonlarının yaptığı yabancı yatırımlar hacminin artmasıyla ev sahibi ülkeler söz konusu şirket faaliyetlerini sorgulamaya başlamışlardır. Genel olarak ulusal varlık fonları ev sahibi ülkede bulu-

¹³³ UNCTAD, 2017a, a.g.k, s. 52.

¹³⁴ Poulsen, 2016a, a.g.k., 14.

¹³⁵ Uluslararası çalışma grubu varlık fonlarına ilişkin tavsiye niteliğindeki çalışmaların kolaylaştırılması için kurulmuştur. Bkz. <https://www.imf.org/en/News/Articles/2015/09/14/01/49/pr0897> (Erişim tarihi: 10.10.2018).

¹³⁶ Santiago İlkeleri olarak da ifade edilen ilkeler ulusal varlık fonlarının faaliyetlerine ilişkin olarak şeffaflığı, iyi yönetimi, hesap verebilirliği ve sağduyulu yatırım uygulamalarını teşvik etmektedir. Bkz. Sovereign Wealth Funds: Generally Accepted Principles and Practices, http://www.ifswf.org/sites/default/files/santiagoprinciples_0_0.pdf, (Erişim tarihi: 10.10.2018).

¹³⁷ OECD Guidance Sovereign Wealth Fund, <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/oecd-declarationonsovereignwealthfundsandrecipientcountrypolicies.htm> (Erişim tarihi: 10.10.2018).

¹³⁸ Bkz. F. Bassan (2010). Host states and sovereign wealth funds, between national security and international law, *European Business Law Review*, Vol 21, 165-210; C. Annacker (2011) Protection and admission of sovereign investment under investment treaties, *Chinese Journal of International Law*, 531-564; J. Chaisse (2018) State capitalism on the ascent: stress, shock and adaptation of the international law on foreign investment, *Minnesota Journal of International Law* 27(2), 339-419; J. O'Brien (2008) Barrier to entry: Foreign direct investment and the regulation of sovereign wealth fund, *The International Lawyer* 42, 1231-1257.

nan ekonomik koşulları ve piyasa koşullarını göz önünde bulundurarak uzun vadeli yatırımlar yapmaktadır. Ancak ulusal varlık fonları diğer yatırımcılardan farklı olarak açıkça diğer siyasi amaçları da gözetebilmektedir ve bu durum yatırım yapmada karar alma sürecini doğrudan etkilemektedir. Bu anlamda, doktrinde, ulusal varlık fonlarının öne çıkan özellikleri olarak şunlar sıralanmaktadır¹³⁹; tüzel kişilik bir devlet tarafından kurulmakta veya kontrol edilmekte, yönetiminde açık hesap verebilirliği bulunmamakta, risklere karşı dayanaklılık göstermekte ve uzun vadeli yatırımlar planlamaktadır.

Günümüzde çoğu ev sahibi ülkeler kritik öneme sahip bazı alanlarda yabancı yatırımları kısıtlamaktadırlar. Yabancı yatırımcılara ilişkin kısıtlamalar tam ve kısmi olabilmekte ya da yabancı yatırımcılar yatırımcıya ayrıcalık ve imtiyaz tanımayan bir gözden geçirme sürecine tabi tutulabilmektedir. Örneğin, 2007 tarihinde ABD Kongresi tarafından Yabancı Yatırım ve Ulusal Güvenlik Yasası (*the Foreign Investment and National Security Law*) kabul edilmiştir¹⁴⁰. Buna göre ülke bakımından kritik öneme sahip alanlarda yabancı yatırımlar inceleme sürecine tabi tutulacağı belirtilmiştir. Rusya mevzuatında milli savunma ve güvenlik açısından stratejik öneme sahip alanlar belirlenmekte ve bu alanlarda yabancı yatırımcıların faaliyeti kısıtlanmaktadır. Bu çerçevede 2008 tarihinde Rusya Yabancı Yatırımlar yasasında yapılan değişiklikle toplam 42 sektör ulusal çıkarlar bakımından stratejik olarak kabul edilmiş ve bu sektörlerde yabancı yatırımların yapılması kısıtlanmıştır¹⁴¹. Çin yabancı yatırımların kabulüne ilişkin daha da kısıtlayıcı tedbirler almaktadır. 2006 tarihinde Devlete bağlı Varlık Denetimi ve İdare Komisyonu ülke ekonomisi bakımından kritik öneme sahip sektör listesi yayınlamıştır. Buna göre komisyon söz konusu sektörlerde sıkı denetim yapmakta ve yabancı yatırımcılarının katılımını kısıtlamaktadır. Üstelikte, Ticaret Bakanlığının yabancı varlıkların ulusal ekonomik güvenlik üzerindeki etkilerini denetleme yetkisi bulunmaktadır¹⁴².

Bu noktada belirtelim ki, ev sahibi ülkenin stratejik alanlarda yabancı yatırımları kısıtlamasına ilişkin en önemli sorun, ev sahibi ülkelerce yapılan düzenlemelerde kritik öneme sahip sektörlerin kesin olarak belirlenmemesi veya yabancı yatırımların kısıtlanmasının ulusal güvenlik çerçevesinde değerlendirilmesidir¹⁴³. Kaynak devletler tarafından

¹³⁹ Bassan, 2010, a.g.k, 171.

¹⁴⁰ Foreign Investment and National Security Act of 2007, Public Law 110/49, <https://www.congress.gov/110/plaws/publ49/PLAW-110publ49.pdf> (Erişim tarihi: 11.10.2018).

¹⁴¹ Kanunun İngilizce metni için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=188843 (Erişim tarihi: 10.10.2018).

¹⁴² Bkz. D. Marchick and M. Slaughter (2008). Global FDI policy: correcting a protectionist drift, The Bernard and Irene Schwartz Series on American Competitiveness, CSR No. 34.

¹⁴³ O' Brien, 2008, a.g.k., 1242.

yapılan yatırımlara ilişkin ev sahibi ülke tutumunun nasıl olması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre kaynak devletler tarafından yapılan yatırımlara ilişkin ev sahibi ülkenin tutumu en az etkiye sahip olmalıdır. Çünkü kaynak devletlerin ev sahibi ülkede yaptığı yatırımlarını siyasi amaçlar için kullanma ihtimali çok düşüktür¹⁴⁴. Uluslararası Para Fonu'na göre ise devlet mülkiyetli şirketler tarafından yapılan yatırımların gizlilik içerisinde sürdürülmesi, ilk bakışta bu yatırım faaliyetleriyle ilgili şüphe uyandırabilir. Bu nedenle devlet mülkiyetli şirketlerin iş odaklı olabilmesini sağlamak için daha fazla şeffaflığa ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak son yıllarda ev sahibi ülke yatırım rejimlerinde yaygın olarak görüldüğü üzere Kanada¹⁴⁵, ABD, Rusya, Çin, Avustralya¹⁴⁶ ve Japonya¹⁴⁷ gibi birçok ülke yabancı yatırımların ülke güvenliğini tehlikeye atması durumunda yetkili kurumlara yabancı yatırımların engellenmesine ilişkin geniş yetki tanımaktadır.

Yukarıda görüldüğü üzere ikinci grup altında toplanan yatırımcılar devletler tarafından (devlet mülkiyetli şirketler, ulusal varlık fonu, kamu iktisadi teşebbüsü, finans kuruluşları, devletin kontrolünde bulunan şirketler) doğrudan veya dolaylı olarak yönetilmektedir. Bazı durumlarda bahse konu yatırımların asıl amacından saparak yabancı ülkelerin siyasi etkisi altında kalmakta ve ev sahibi ülkenin ekonomik güvenliğini tehlikeye sokabilmektedir. Özellikle, devletlere bağlı şirketler tarafından ev sahibi ülkede bulunan şirket satın almalarda olası güvenlik riski açık olarak ortaya çıkabilmektedir.

¹⁴⁴ J. VanDerMeulen and M. Trebilcock (2009). Canada's policy response to foreign sovereign investment: operationalizing national security exceptions, *Canadian Business Law Review*, 47, 394.

¹⁴⁵ The Investment Canada Act, R.S.C, c.28, 4.bölüm, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-21.8/>(Erişim tarihi:11.10.2018)

¹⁴⁶ Foreign Acquisition and Takeovers Act, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00383> (Erişim tarihi: 11.10.2018)

¹⁴⁷ Foreign Exchange and Foreign Trade Act No.228, http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/japan/jap_foreign_trade_act_engtno (Erişim tarihi:11.10.2018)

2. MİLLETLERARASI YATIRIM HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİ

2.1. Milli Muamele Kaydı

2.1.1. Genel olarak

Yabancı yatırımcılar ev sahibi ülkede siyasi, sosyal ve kültürel nedenlerden ötürü farklı uygulamalarla karşılaşabilir. Yabancı yatırımcıların tabiiyetinden ötürü farklı uygulamalarla karşılaşma ihtimali milletlerarası düzeyde bu hususun yasal zemine oturtulması çalışmalarını tetiklemiştir. Yapılan çalışmalar sonucunda yatırım anlaşmalarında milli muamele kaydı hükmü getirilmiştir¹⁴⁸. Bahse konu hükmün asıl amacı yabancı yatırımcıları yerel yatırımcılara karşı ayrımcılık yapılmasına karşı korumaktır. Diğer bir ifadeyle, milli muamele kaydı ev sahibi ülkeye ulusal mevzuatı uygularken yabancı yatırımcı ve yerel yatırımcı arasında negatif ayrımcılık yapmama yükümlülüğü getirmektedir¹⁴⁹.

Bu noktada belirtilmelidir ki, uluslararası yatırım hukuku ve uluslararası ticaret hukukunda uygulanan milli muamele kaydı, kapsam ve uygulama alanı bakımında farklıdır. Şöyle ki uluslararası ticaret hukuku bakımından milli muamele kaydının uygulanması dünya üzerinde mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı iken uluslararası yatırım hukukunda milli muamele kaydı anlaşmaya taraf devletlerde bulunan yabancı yatırımcılar için koruyucu ve öngörülebilir hükümler getirmektedir¹⁵⁰.

Milli muamele kaydının uygulanması ev sahibi ülkeler ile yabancı yatırım ihraç eden ülkeler arasında tartışmalara neden olmuştur. Ev sahibi ülkelere göre, devletler yabancı yatırım üzerinde bulunan düzenleyici egemenlik yetkisini kullanmalıdır. Bu bağlamda yabancı yatırımlardan kaynaklanan bir uyuşmazlık çıkması hâlinde, aksi durum belirtilmedikçe, söz konusu uyuşmazlık ev sahibi ülke mevzuatına göre çözümlenmelidir. Ev sahibi ülkelerin ileri sürdüğü bu yaklaşım, BM Genel Kurulunun Ekonomik Haklar

¹⁴⁸ Milli muamele kaydı ikili yatırım anlaşmaları yanı sıra bölgesel veya çok taraflı anlaşmalarda da görülebilir. Ancak söz konusu anlaşmalarda düzenlenen milli muamele kaydının kapsam ve uygulama alanı farklılık arz edebilir. Örneğin, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) m. 1202 “Her taraf başka bir tarafın hizmet sağlayıcılarına, benzer durumlarda, herhangi bir tarafın veya taraf olmayanların hizmet sağlayıcılarına daha az elverişli bir şekilde muameleye tabi tutamaz” veya Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) m.3 “Herhangi bir sözleşmeye taraf devletin ürünleri diğer bir taraf devlete ithal edildiğinde benzer ülke ürünlerinden daha az olmayan muamele yapılmalıdır”.

¹⁴⁹ Dolzer and Schreuer, 2008a, a.g.k, 178.

¹⁵⁰ L. Chauvel (2017). The influence of general exceptions on the interpretation of national treatment in international investment law, *Brazilian Journal of International Law*, 14, 3; T. Weiler (2014). Treatment no less favorable provisions within the context of international investment law: kindly please check your international trade law conceptions at the door, *Santa Clara Journal of International Law*, 12 (5), 82.

ve Devletlerin Görevleri başlığını taşıyan bildirgeye dayandırılmıştır¹⁵¹. Öbür yandan, yabancı yatırım ihraç eden ülkeler, yabancı yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların ev sahibi ülke mevzuatına bağlı kalarak çözüme kavuşturulmasına karşı çıkmışlardır. Buna göre ev sahibi ülkeler bahse konu uyuşmazlıklar bakımından milli muamele kaydını kabul etmesi ve bunun uluslararası asgari standartlara uygun olması gerektiğini belirtmişler.

Genellikle, yabancı yatırımlara ilişkin ulusal mevzuat uluslararası hukukun genel kurallarına kıyasla daha az koruyucu hükümler içermektedir. Diğer bir ifadeyle, ulusal mevzuatta düzenlenen yabancı yatırımları korumaya ilişkin hükümler uluslararası standartların altında kalmaktadır. Bu sebeple ev sahibi ülkelerin yatırım anlaşmalarıyla getirdiği milli muamele kaydı yabancı yatırımcılara daha elverişli koşullarda yatırım yapma ve yatırım faaliyetini sürdürme imkânı sağlamaktadır¹⁵². Dolayısıyla milli muamele kaydı, ev sahibi ülkenin yabancı yatırım üzerinde giderek artan idari denetimi bakımından makul bir çözüm olabilir. Ancak ev sahibi ülkenin kendi yatırımcılarına karşı aldığı önlemler yabancı yatırımcılar üzerinde de olumsuz sonuçlar doğurabilir. İstikbalde milli muamele kaydının uygulanmasına ilişkin olarak, bahse konu engellerin önüne geçebilmek için milli muamele kaydının diğer yatırım standartlarıyla birlikte uygulanması doğru yaklaşım olabilir¹⁵³.

2.1.2. Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar ışığında

Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda milli muamele kaydının uygulanmasına yönelik sıkça başvurulmuş yöntemler bulunduğu söylenebilir. Bu bakımdan milli muamele kaydı, ihlal edilip edilmediğini tespit etmeye ilişkin üç yönlü teste tabi

¹⁵¹ UN Documents, Charter of Economic Rights and Duties of States, A/RES/29/32/81, Kabul tarihi: 12.12.1974, Bildirgenin m.2(2)(c) şöyledir: “Devlet, yabancı malların mülkiyetini millileştirme, kamulaştırma veya devretme hakkına sahiptir; Bu takdirde bu tedbirleri alan Devlet ilgili kanun ve nizamlarını ve alakalı ördüğü bütün şartları dikkate alarak, uygun bir tazminat vermelidir. Tazminat meselesini ihtilafa yol açtığı herhangi bir durumda, ihtilaf, millileştirmeyi yapan Devletin iç kanunlarına göre ve mahkemeleri tarafından çözümlenecektir. Meğer ki, bütün ilgili Devletler, Devletlerin egemen eşitliği esasına göre ve araçların serbestçe seçilmesi ilkesine uygun şekilde diğer barışçı araçların bulunmaya çalışılması konusunda serbestçe ve karşılıklı olarak mutabık kalsınlar”. <http://www.un-documents.net/a29r3281.htm>. Bildirgenin Türkçe metni için erişim. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/3281.pdf (Erişimtarihi: 5.04.2018).

¹⁵² Dolzer and Shreuer, 2008a, a.g.k., 178.

¹⁵³ Sornarajah, 2010a, a.g.k., 203.

tutulmaktadır¹⁵⁴. İlk olarak, yabancı yatırımcı ve yerel yatırımcı arasında aynı sektör içerisinde karşılaştırma yapılmaktadır. Bu aşamada aynı sektörde faaliyet yürüten yerel ve yabancı yatırımcının tabi olduğu yasal mevzuat araştırılmaktadır. Söz konusu mevzuat üzerinde durulurken, her davanın kendine özgü nitelikleri çerçevesinde “*benzer şartlar*” hükmü esas alınarak “*benzer yasal şartlar*” bakımından karşılaştırma yapılacaktır¹⁵⁵. Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar ışığında aynı sektörde bulunan rekabetçilerin kereste ihracatında davacı ile aynı şekilde kısıtlayıcı rejime tabi tutulması¹⁵⁶ veya bir kavşağın yapımında kullanılan çeliğin %100 ev sahibi ülkede üretilmiş ve imal edilmiş olması gerektiği¹⁵⁷ gibi hususlar milli muamele kaydı kapsamında değerlendirilmiştir.

İkinci olarak, yabancı yatırımcının veya yerel yatırımcının daha çok elverişli koşullardan yararlanıp yararlanmadığının tespit edilmesi gerekmektedir¹⁵⁸. Bu noktada bazı yazarlar milli muamele kaydı ihlalinin tabiiyete bağlı olup olmadığının araştırılması gerektiğini ileri sürmektedirler¹⁵⁹. Ancak yabancı yatırımcıya daha az elverişli muamele uygulandığının tabiiyetten kaynaklanmasının dair ayrı bir şekilde ispat edilmesine gerek yoktur. Çünkü milli muamele kaydının uygulanması, NAFTA m. 1102 kapsamında yatırımcının bir yerel yatırımcıya kıyasla daha az elverişli muamele görmesi hâlinde söz konusu olacaktır¹⁶⁰. Aynı husus ikili yatırım anlaşmaları bakımından da geçerlidir. Bazı durumlarda ayrımcılık yasal düzenlemeler (*de jure*) ve filli durum (*de facto*) arasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Böyle durumlarda tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar milli muamele kaydının açık ihlali olarak nitelendirileceği yönündedir¹⁶¹.

Son olarak, yabancı ve yerel yatırımcı ayrımı yapılmasında etkili olan sebeplerin araştırılması gerekmektedir. Yatırım anlaşmaları bahse konu sebeplerin belirlenmesinin zor olduğunu ancak yapılan ayrımın orantılı olması gerektiğini işaret etmektedir¹⁶². Bu noktada belirtilmelidir ki, “*benzeri durumlar*” kavramının değerlendirilmesinde devletin kamu yararını koruma amacıyla aldığı önlemler de bu kapsamda değerlendirmelidir.

¹⁵⁴ Grand Enterprises Six Nations v. USA, UNCITRAL Case, Award, para 163, Parkerings – Compagient AS v. Lithuania, ICSID Case No: ARB/05/08, Award, para 371, International Gaming Corporation v. Mexico, UNCITRAL Case, Award, para 85.

¹⁵⁵ River Enterprises Six Nations v. USA, para 166.

¹⁵⁶ Pope & Talbot v. Canada, UNCITRAL Case, Award, para 88.

¹⁵⁷ ADF Group Inc v. USA, ICSID Case No: ARB/00/1, Award, para 155.

¹⁵⁸ Grand River Enterprises Six Nations v. USA, para 163.

¹⁵⁹ Dolzer and Shreuer, 2008a, a.g.k, 181.

¹⁶⁰ International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico, para 177.

¹⁶¹ Pope&Talbot v. Canada, UNCITRAL, Award on the Merits of Phrase 2, para 78, Feldman v. Mexico, para 56.

¹⁶² Dolzer and Shreuer, 2008a, a.g.k, 183.

Çünkü benzer durumlar kavramı yerel ve yabancı yatırımcıların faaliyette bulunduğu aynı sektörleri kapsamaktadır. Bu bakımdan “*sektör*” kelimesi ekonomik sektör ve iş sektörünü içeren geniş bir anlam taşımaktadır¹⁶³. Dolayısıyla devletin kamu yararını gözeterek aldığı önlemlerin incelenmesi dışında ayrımcılık yapmanın tabiiyete bağlı olarak gerçekleştirildiğinin ortaya çıkarılması imkânsızdır¹⁶⁴.

Öte yandan devlet tarafında ulusal ekonominin kalkınması ve ülke çıkarlarının korunması için birtakım koruyucu tedbirlerin alınması devletin egemenlik haklarından kaynaklanan haktır ve bu engellenemez. Devlet yerel yatırımcıları koruma ve teşvik amacıyla koruyucu tedbirler alabilmektedir. Devletin aldığı bu tür önlem veya tedbirler bakımından amaç önemlidir ancak koruma amacıyla alınan tedbirlerin tek başına belirleyici olarak dikkate alınması doğru olmaz. Şöyle ki devletin yabancı yatırımcıya kıyasla yerel yatırımcı yararına aldığı tedbir, yabancı yatırımcı üzerinde olumsuz etki yaratmadığı sürece milli muamele kaydının ihlali olarak değerlendirilemez¹⁶⁵.

2.2. En Çok Gözetilen Ulus Kaydı

2.2.1. Genel olarak

Genellikle ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcılara sağladığı koruma, kapsam bakımından farklılık arz edebilir. Şöyle ki ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları devletler arasında yapılmaktadır ve bu anlaşmalar içerik ve kapsam itibarıyla farklılık gösterebilir. İşte bu farklılıkları ortadan kaldırmak ya da farklı devlet tabiiyetini taşıyan yabancı yatırımcılar arasında uygulanan yatırım standartlarında denge sağlamak için en çok gözetilen ulus kaydı getirilmiştir. Bu bakımdan en çok gözetilen ulus kaydı, ev sahibi ülke yatırımcıları dışındaki yabancı yatırımcılar arasında ayrımcılığı yasaklamakta ve tüm yabancı yatırımcıların eşit şartlar altında yatırım faaliyetinde bulunmasını sağlamaktadır.

¹⁶³ Myers Inc v. Canada, UNCITRAL Case, Partial Award, paras 250-251.

¹⁶⁴ Feldman v. Mexico, para 183.

¹⁶⁵ Myers Inc v. Kanada davasında tahkim heyeti devlet tarafından alınan tedbirlerin değerlendirmesinde iki önemli husus üzerinde durulması gerektiğini belirtmektedir. İlk olarak, söz konusu tedbirlerin değerlendirmesinde yerel yatırımcılara ilişkin alınan tedbirlerin yabancı yatırımcılara kıyasla orantısız yarar oluşturup oluşturmadığı sorusunun cevaplanması gerekmektedir. İkinci aşamada ise devlet tarafından alınan tedbirlerin yatırım anlaşmalarıyla korunan yabancı yatırımcılar üzerinden yerel yatırımcılara yarar sağlayıp sağlamadığının araştırılması gerekmektedir. Bkz. Myers. Inc v. Canada, a.g.k, para. 254.

Böylece, bahse konu ilke yabancı yatırımcılar arasında tabiiyete bağlı ayrımcılığı ortadan kaldırarak eşit rekabet ortamı oluşturmaktadır¹⁶⁶.

Uygulamada en çok gözetilen ulus kaydı geniş ve dar anlamda¹⁶⁷ ifade edilmektedir. Geniş anlamda en çok gözetilen ulus kaydı, yabancı yatırımcının üçüncü bir ülke yatırımcısına kıyasla daha az elverişli olmayan tüm durumları¹⁶⁸ içermektedir. Tüm durumlar kavramı farklı şekillerde (benzer durumlar, yatırımlarla ilgili hususlar, yatırımlardan kaynaklanan durumlar gibi) ortaya çıkabilmektedir. Dar anlamda ise en çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanı kısıtlanmaktadır¹⁶⁹. Yani, taraflar en çok gözetilen ulus kaydının belirli konular bakımından geçerli olacağını kararlaştırmaktadırlar. Bu durumda en çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanı ancak taraflarca kararlaştırılan hususlar bakımından önem arz etmektedir. Dolayısıyla, yatırım anlaşması kapsamında taraflar istisnai hükümler düzenleyerek en çok gözetilen ulus kaydının uygulamasını kapsam dışı¹⁷⁰ tutabilmektedirler.

2.2.2. En çok gözetilen ulus kaydının yatırımcı lehine genişletilmesi

Bahse konu kaydın yabancı yatırımcı yararına genişletilmesi, üçüncü bir ülkenin taraf olduğu yatırım anlaşması kapsamında sağlanan koruma yabancı yatırımcının kendi ülkesine kıyasla daha çok elverişli olması hâlinde olabilmektedir. Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar konu bakımından değerlendirildiğinde en çok gözetilen ulus kaydının uygulanmasında görüş birliğinin bulunmadığı sonucuna varılabilir.

MTD v. Şili davasında¹⁷¹ tahkim heyeti adil ve eşit muamele ilkesini ikili yatırım anlaşmasının ana amacını gerçekleştirmek üzere, yatırımları koruma ve yatırımlar için

¹⁶⁶ W. Schill (2009 b). The multilateralization of international investment law, Cambridge: Cambridge University Press, 123.

¹⁶⁷ Y. Radi (2007). Application of most favored nation clause to the dispute settlement provisions of the bilateral investment treaty: domesticating the “trojan horse”, *EJIL*, Vol.4,764; Schill, 2009b, a.g.k., 121.

¹⁶⁸ Türkiye – Çin İkili Yatırım Anlaşması m.2.1 “*Her Akit Taraf, kendi kanun ve diğer mevzuatı çerçevesinde, aynı koşullarda herhangi bir üçüncü ülkenin vatandaş veya şirketlerinin yatırımlarına tanınandan daha az elverişli olmamak üzere, ülkesinde yatırımlara ve ilgili faaliyetlere izin verecektir*” (RG 5.04.2018-7111). Benzer hükümler için bkz. Türkiye- Finlandiya İkili Yatırım Anlaşması m.4.1 (RG 08.06.2004-25486), Türkiye – Rusya İkili Yatırım Anlaşması m.3.2 (RG 8.03.2017- 30001), Türkiye –Singapur İkili Yatırım Anlaşması m.4.1 (RG 19.02.2010- 27498), Türkiye-Fransa İkili Yatırım Anlaşması m.3.1 (RG 26.06.2009 - 27270).

¹⁶⁹ Türkiye-Suudi Arabistan Krallığı İkili Yatırım Anlaşması m. 3.1 “... herhangi üçüncü bir devlet yatırımcılarının yatırımlarına ve yatırımlarından kaynaklanan gelirlerine uygulanandan daha az elverişli olmayan bir muameleyi ihsan edecektir”. Benzer hükümler için bkz. Türkiye- İngiltere İkili Yatırım Anlaşması 3.1 (RG 15.02.2000- 23965).

¹⁷⁰ Türkiye-Avustralya İkili Yatırım Anlaşması m.4.4 (RG 7.04.2009- 5883), Türkiye-İsviçre İkili Yatırım Anlaşması m.3.3 (RG 6.02.2000 - 23956).

¹⁷¹ MTD v. Chile, ICSID Case No: ABITRB/01/07, Award.

elverişli koşullar oluşturma bakımından en iyi şekilde yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. Buna göre temel yatırım anlaşmasıyla¹⁷² getirilen korumanın diğer yatırım anlaşmalarında öngörülen hükümlere dayanarak genişletilmesinin söz konusu amacın gerçekleştirilmesi açısından uyumlu olduğunu ifade etmiştir¹⁷³. *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka* davasında¹⁷⁴ hakem heyeti önceki davada görüldüğü gibi yatırımcının üçüncü ülkenin taraf olduğu yatırım anlaşmasına dayanarak koruma kapsamını genişletebileceğini kabul etmiştir. Bununla birlikte hakem heyeti Sri Lanka'nın taraf olduğu diğer yatırım anlaşmalarında da yıkım işlemi nedeniyle uğradığı zararların tazmininin kuresuz sorumluluk olarak düzenlendiğini belirtmiştir. Böylece, hakem heyeti Sri Lanka'nın taraf olduğu tüm yatırım anlaşmalarının yıkımla ilgili eşit koruma sağladığı sonucuna ulaşmıştır¹⁷⁵.

2.2.3. En çok gözetilen ulus kaydının yatırımcı aleyhine kısıtlanması

En çok gözetilen ulus kaydı her zaman yatırımcı yararına yorumlanmayabilir. Bu anlamda yabancı yatırımcının bağlı olduğu temel anlaşmada düzenlenen, yabancı yatırımcıya ilişkin yükümlülükler, anlaşmanın tamamı için uygulanması hâlinde en çok gözetilen ulus kaydıyla devre dışı bırakılamaz. Örneğin, Çin ve Finlandiya arasındaki ikili yatırım anlaşması m. 3/5 hükmü şöyledir: “*İş bu anlaşmada yer alan hiçbir husus, bir Akit tarafın savaş ve silahlı çatışma veya uluslararası ilişkilerde ortaya çıkabilecek diğer acil durumlarda gereken önlemlerin alınmasını engelleyemez*”. İstisnai niteliğindeki bu tür hükümler anlaşmanın tamamı bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Yani, istisnai hükümde belirtilen durumların ortaya çıkması veya şartların oluşması hâlinde en çok gözetilen ulus kaydına başvurulamaz.

Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar belirli koşulların oluşması hâlinde en çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanının kısıtlanabileceğine işaret etmektedir. *CMS v. Arjantin* davasında tahkim heyeti Arjantin'in taraf olduğu diğer ikili yatırım anlaşmalarında da acil durum şartının (*emergency clause*) farklı şekilde düzenlenmediğini tespit etmiştir. Tahkim heyeti en çok gözetilen ulus kaydının uygulanmasının ancak üçüncü ülke ikili yatırım anlaşmasıyla getirilen acil durum şartının daha elverişli olması

¹⁷² Temel anlaşma yabancı yatırımcının tabiiyetini taşıdığı devletin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmasını belirtmektedir.

¹⁷³ MTD v. Chile, a.g.k, para 104.

¹⁷⁴ Asian Agricultural Products v. Sri Lanka, ICSID Case No: ARB/87/3, Award.

¹⁷⁵ Asian Agricultural Products v. Sri Lanka, a.g.k., para 54.

hâlinde söz konusu olabileceğini belirtmiştir ve davacının itirazını reddetmiştir¹⁷⁶. Bahse konu karar birkaç eleştiriye neden olmuştur. Tahkim heyetine yöneltile eleştirilerden en önemlisi *ejustem generis* (aynı türden)¹⁷⁷ kuralının yanlış yorumlanmasıdır. Bu kural temel anlaşmada düzenlenen hükümleri geçersiz kılmamakla birlikte daha çok elverişli hükmünün aynı konuda olması şartı aramaktadır. Buna göre *CMS v. Arjantin* davasında tahkim heyeti *ejustem generis* kuralını yanlış yönde yorumlamasına rağmen nihai olarak doğru sonuca ulaşmıştır. Ancak bu noktada belirtilmelidir ki, en çok gözetilen ulus kaydının sınırları ikili yatırım anlaşmasıyla getirilen acil durum şartına bağlıdır¹⁷⁸.

Buraya kadar yapılan açıklamalarda görüldüğü üzere, yabancı yatırımcı en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak temel yatırım anlaşmasının uygulama alanını genişletemez. Dolayısıyla, temel yatırım anlaşmasında düzenlenen “yatırım” ve “yatırımcı” tanımları en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak genişletilemez. Çünkü söz konusu hüküm tanımlanmayan yatırımlardan ziyade tanımlanmış yatırımlar için uygulama alanı bulacaktır¹⁷⁹.

2.3. Adil ve Eşit Muamele Kaydı

Yatırım anlaşmalarıyla getirilen milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı yabancı yatırımcıları gereken düzeyde tatmin edemeyebilir. Ya da yabancı yatırımcılara sert, zarar verici ve haksız tutum sergileyen ev sahibi ülke yerel yatırımcılara da aynı tutumu sergileyebilir¹⁸⁰. Böyle durumlarda ev sahibi ülkenin olası zarar verici ve keyfi davranışlarına karşı tamamlayıcı (ilave) koruma kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır.

¹⁷⁶ Schill, 2009b, a.g.k., 144.

¹⁷⁷ Ejustem generis kuralı, yabancı yatırımcılar arasında eşit muamele sağlanması bakımından aynı konuyla ilgili daha çok elverişli muamelenin uygulanmasını engelleyecektir.

¹⁷⁸ Schill, 2009b, a.g.k., 145.

¹⁷⁹ Socieyete Generale v. Dominican Republic, UNCITRAL Case No: UN7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, paras 41-43.

¹⁸⁰ Myers v. Canada, a.g.k, para 259.

Adil ve eşit muamele kaydının ağırlıklı olarak diğer muamele esaslarından bağımsız olarak uygulanması gerektiği gerek tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda¹⁸¹ gerek doktrinde¹⁸² kabul görmüştür. Adil ve eşit muamele kaydının uygulama alanının oldukça geniş olması, kaydın kapsamının belirlenmesini ve tanımlanmasını imkânsız hâle getirmektedir. Bu sebeple, uygulamada adil ve eşit muamele tanımı yapmak yerine söz konusu muamelenin oluşturduğu unsurların tespitine gidilmektedir. Çalışmamızda bahse konu gelişmelerle uyumlu şekilde, adil ve eşit muamele kaydının oluşturduğu ana unsurlar izah edilecektir.

2.3.1. İstikrarlılık, tutarlılık ve öngörülebilirlik

Adil ve eşit muamele kaydını oluşturan ilk unsur ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcıya karşı tutumu ve ev sahibi ülke mevzuatının istikrarlı, tutarlı ve öngörülebilir olmasıdır. Ev sahibi ülke mevzuatında (özellikle yabancı yatırımları ilgilendiren konularda, vergi yasalarında yapılan değişiklikler gibi) sıkça yapılan değişiklikler yabancı yatırımlar üzerinde olumsuz sonuçlar doğurarak büyük maddi kayıplara yol açabilmektedir. Dolayısıyla, tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda da istikrarlı ve yasal iş ortamının adil ve eşit muamele kaydının vazgeçilmez unsuru olduğu ifade edilmiştir¹⁸³.

Yabancı yatırımcı ev sahibi ülkeden belirsizlik içermeyen, şeffaf ve tutarlı bir şekilde davranış sergilemesini beklemektedir. Mevzuatın öngörülebilir olması yabancı yatırımcının yatırımlarını önceden planlayarak mevzuata uygun olmasını sağlamaktadır. Ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcı veya yatırımlarla ilgili kendi davranış tarzına uymaması ve bu ülkenin yatırım anlaşmalarıyla taahhüt ettiği ölçüde koruma sağlayamaması yabancı yatırımcının becerisini etkilemektedir¹⁸⁴. Ev sahibi ülkenin tutarsız davranışları bakımından *Franck Charles Arif v. Moldova* tahkim davası güzel bir örnek teşkil edebilir. Davada hakem heyeti ev sahibi ülkede bulunan farklı kamu kurumlarının yabancı yatırımlara karşı tutumuna ilişkin olarak, doğrudan tutarsızlık olduğunu tespit etmiştir. Buna

¹⁸¹ American Manufacturing & Trading Inc v. Republic of Zaire, ICSID Case No: ARB/93/1, Award, paras 6-10, CME v. Czech, UNCITRAL, Partial Award, para 156, Occidental Exploration and Protection Company (OEPC) v. Ecuador, Final Award, paras 188-190, Karar 2.10.2015 tarihinde yetki aşımından dolayı iptal edilmiştir.

¹⁸² P. Muchlinski (2006 a). Caveat investor? The relevance of the conduct of the investor under fair and equitable treatment standard, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 55, 527; Dolzer and Shreuer, 2008a, a.g.k, 124.

¹⁸³ CMS v. Argentina, a.g.k, para. 274, OEPC v. Ecuador, a.g.k, para. 183.

¹⁸⁴ Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A v. Mexican, ICSID Case No:ARB/00/02, Award, para. 154.

göre Kamu Teşebbüsü ve Sivil Havacılık Devlet Kurumu bir havalimanına yapılan yatırımı onaylayıp teşvik ederken aynı yatırımı yerel mahkemeler yasadışı olarak nitelendirmektedir. Bu durum adil ve eşit muamele kaydının ihlali oluşturmaktadır¹⁸⁵.

Öte yandan istikrar ve öngörülebilirlik ilkesi yabancı yatırımlarla ilgili mevzuat ve yatırım anlaşmalarının hiçbir zaman değiştirilemez olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Çünkü bu hayatın doğal akışına aykırıdır. Diğer bir ifadeyle devletler sıklıkla kendi düzenleme yetkilerini kullanarak, değişen ekonomik koşulları veya siyasi, ekonomik, sosyal alanda yaşanan gelişmeleri dikkate alarak ilgili kanun ve yönetmelikleri değiştirebilmektedir. Söz konusu değişiklikler, belirli faaliyetlerin daha az karlı ve hatta kazançsız olarak sürdürülmesine yol açabilmektedir¹⁸⁶.

2.3.2. Şeffaflık

Yabancı yatırımcı ev sahibi ülkede yabancı yatırımlarla ilgili tüm işlemlerin şeffaf bir şekilde yürütülmesini beklemektedir. Uygulama alanı oldukça geniş olan şeffaflık kavramı yabancı yatırımlarla ilgili tüm (idari ve cezai) işlemleri kapsamaktadır. Başka bir ifadeyle, şeffaflık kavramı yapılan ve yapılması planlanan yatırımların başlatılması, tamamlanması, başarılı bir şekilde sürdürülmesiyle ilgili tüm yasal gerekliliklerin işlem sonucundan etkilenen tüm yatırımcılar tarafından bilinebilir olmasıdır¹⁸⁷. Örneğin, *Metalclad v. Meksika* tahkim davasında hakem heyeti ev sahibi ülkenin yatırımcının yatırımlarının planlanmasında ve yatırım için şeffaf ve öngörülebilir ortam oluşturmada başarısız olduğunu ifade etmiştir. Buna göre yabancı yatırımlarla ilgili süreç eksikliği ve zamanında işlem yapmama adil ve eşit muamele kaydı kapsamında şeffaflığın ihlali olarak nitelendirilmektedir¹⁸⁸. Bu bakımdan ev sahibi ülkenin yabancı yatırımlarla ilgili işlemlerin şeffaf bir şekilde yürütülmesi için gereken hassasiyeti göstermesi gerekmektedir. Ev sahibi ülkenin gereken hassasiyeti göstermemesi adil ve eşit muamele bağlamında şeffaflığın ihlali olarak değerlendirilebilir.

¹⁸⁵ Franck Charles Arif v. Moldova, ICSID Case No: ARB/11/23, Award, para 547.

¹⁸⁶ Feldman v. Mexico, a.g.k., para 112.

¹⁸⁷ Metalclad v. Mexican, ICSID Case No: ARB/91/1, Award, para 76.

¹⁸⁸ Metalclad v. Mexican, para. 99.

Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda “yatırımcının bilgisi olmaksızın kendi hesabından diğer bir organizasyona kredi aktarma”¹⁸⁹, “çöp sahası oluşturmaya ilişkin iznin alınmasındaki ev sahibi ülkenin tutumu”¹⁹⁰, “yabancı yatırımlara ilişkin işlemlerde usulü eksikliğinin olması”¹⁹¹ adil ve eşit muamele kaydı kapsamında şeffaflık yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir. Ancak ev sahibi ülke mevzuatının, özellikle vergi yasası ve diğer ilgili düzenlemelerin belirli bir miktarda şeffaflıktan yoksun olması adil ve eşit muamele kaydının ihlali olarak nitelendirilemez¹⁹².

2.3.3. Yatırımcının yasal beklentileri

Yatırımcının yasal beklentileri adil ve eşit muamelenin önemli unsurlarından birini oluşturmakla birlikte diğer adil ve eşit muamelenin oluşturduğu unsurlarla doğrudan bağlantılıdır. Bundan dolayı yatırımcının yasal beklentilerinin adil ve eşit muamelenin hâkim unsuru olduğu ifade edilmektedir¹⁹³.

Yatırımcının yasal beklentileri iki hususa dayanarak belirlenmektedir. İlk olarak, yabancı yatırımcının yasal beklentileri ev sahibi ülkenin genel düzenleyici nitelikteki yasal mevzuatı çerçevesinde oluşmaktadır¹⁹⁴. İkinci durumda ise yabancı yatırımcının yasal beklentileri ev sahibi ülkenin sağladığı özel güvenceye bağlı olarak sözleşme, lisans ve diğer şekillerde oluşmaktadır¹⁹⁵. Bu noktada belirtilmelidir ki, sözleşme taahhüdü tek başına yabancı yatırımcı bakımından beklenti oluşturmaz. *Franck Charles Arif v. Moldova* tahkim davasında hakem heyetinin ifade ettiği gibi, sözleşme taahhüdü yatırımcı için yasal beklenti oluşturabilecek özel güvence türü değildir. Devletin dâhil olduğu sözleşme, adil ve eşit muamele kapsamında ileri sürülen talep bakımından yatırımı teşvik etmek için temsil sağlamaz¹⁹⁶.

¹⁸⁹ Maffezini v. Spain, para. 83.

¹⁹⁰ Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A v. Mexican, para. 164.

¹⁹¹ Waste Management v. Mexican, para 98.

¹⁹² Feldman v. Mexican, paras 132-133.

¹⁹³ Saluka Investments B. V v. Czech, UNCITRAL, Partial Award, para 302, Bkz. S. Fietta (2006) Expropriation and the fair and equitable standard: the developing role of investor ‘expectations’ in international investment arbitration, *Journal of International Arbitration*, Vol 3, 397-398. Clouthury, 2012, a.g.k., 316-317.

¹⁹⁴ Enron v. Argentina, para 265.

¹⁹⁵ Ch. Schreuer and U. Kriebaum (2012). At what time must be legitimate expectations exist?, *Oil, Gas & Energy Law (OGEL)*, 10(1), 8; M. Sornarajah (2015 b). *Resistance and change in the international law on foreign investment*, Cambridge: Cambridge University Press, 279.

¹⁹⁶ Franck Charles Arif v. Moldova, para. 241.

Yakın zamanda verilen tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar yasal beklentinin ev sahibi ülkenin içinde bulunduğu koşullar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini işaret etmektedir. Bu yaklaşım yasal beklentinin tespitinde başvuru objektif faktörlerle örtüşmektedir¹⁹⁷. Yasal beklentinin ana unsurunu oluşturan yasal ve makul unsurların değerlendirilmesinde, yabancı yatırım etrafında bulunan gerçeklerin yanı sıra ev sahibi ülkede hüküm süren siyasi, ekonomik, kültürel ve tarihi koşullar dâhil olmak üzere tüm şartlar dikkate alınmalıdır¹⁹⁸. Bununla birlikte yatırımcı tarafından verilen “eksik, yanlış ve yanıltıcı” bilgilere cevap olarak ev sahibi ülke tarafından verilen yanıtlar, makul beklenti temelini oluşturmaz. Diğer bir ifadeyle, yabancı yatırımcının hükümet müdahalesine dayanarak herhangi bir yasal beklenti talebi edebilmesi için söz konusu yatırımcının yatırımlarla ilgili tüm bilgileri hükümet erişimine açması gerekmektedir¹⁹⁹.

Yabancı yatırımcı yasal beklenti kapsamında sağlanan korumadan ancak yatırım yapma aşamasında yararlanabilecektir. İstisnai durumlarda, ev sahibi ülke kendi tutum ve davranışları bakımından yabancı yatırımcıya yatırım yapılmadan önce de yatırımcının belirli beklentilerine (düzenleyici ve idari eylemlere karşı koruma gibi) karşı özel güvence verebilmektedir²⁰⁰. Yabancı yatırımcının yatırımdan kaynaklanan ortaya çıkabilecek her türlü zararın yasal beklentiler çerçevesinde değerlendirilmesi doğru değildir. Yasal beklenti, ev sahibi ülkenin yabancı yatırım mevzuatı veya imtiyaz sözleşmesi gibi yasal düzenlemeler çerçevesinde geçerli olacaktır. Buna rağmen bazı durumlarda, bir devletin istikrarlı olması sadece ilgili yasalardaki değişikliğin bir yönetim tarafından yapılması veya bir devlet başkanının verdiği sözle oluşması hâlinde birtakım sorunlar ortaya çıkabilir. Söz konusu koşullar altında bazı yatırımcılar kısa vadede kazanç elde etmek ümidiyle ve rekabetin yokluğu sebebiyle istikrarsız ülkelere yatırım yapabilmektedir. Bu durumda bahse konu yatırımcılar ev sahibi ülkenin tutum ve davranışlarına karşı yasal beklenti çerçevesinde korunmaz²⁰¹. Dolayısıyla ev sahibi ülke tarafından verilen belirsiz güven-

¹⁹⁷ Sornarajah, 2015b, a.g.k., 280; C. Pinto (2016). The narrow meaning of legitimate expectations in state aid law versus the foreign investor legitimate expectations, *European State Aid Law Quarterly*, 271.

¹⁹⁸ Duke Energy Electroquil S.A v. Ecuador, ICSID Case No: ARB/04/19, Award, para. 340.

¹⁹⁹ P. Dumberry (2014 c). The protection of investors' legitimate expectations and the fair and equitable treatment standard under NAFTA article 1115, *Journal of International Arbitration*, 31(1), 54.

²⁰⁰ Franck Charles Arif v. Moldova, para. 531.

²⁰¹ Sornarajah, 2015b, a.g.k., 279.

celerin, ilk aşamada yatırımın yasal olması bakımından şüpheli olduğundan yatırımcı tarafından kabul edilmesi zordur²⁰². Çünkü yasadışı yatırımlar gerek ev sahibi ülke mevzuatı çerçevesinde gerek yatırım anlaşmaları kapsamında korunmayacaktır.

2.4. Kamulaştırmaya İlişkin Koruyucu Hükümler

Ev sahibi ülkede yatırım yaparken yabancı yatırımcıları tedirgin eden konuların başında yatırımların kamulaştırılmasına veya millileştirilmesine karşı etkin işleyişe sahip koruyucu hükümlerin bulunup bulunmadığı gelmektedir. Uluslararası teamül kuralları çerçevesinde bazı istisnalar²⁰³ dışında yabancı yatırımların kamulaştırılması ve millileştirilmesi kabul edilmemektedir. Kamulaştırmaya karşı koruma birtakım uluslararası enstrümanlar²⁰⁴, yatırım anlaşmaları²⁰⁵ ve ulusal mevzuat aracılığıyla sağlanmaktadır.

2.4.1. Doğrudan kamulaştırma

Günümüzde doğrudan kamulaştırma ev sahibi ülke uygulamalarında çok nadiren rastlandığı söylenebilir. Bunun ana nedeni olarak, yabancı yatırım çekmek isteyen ev sahibi ülkelerin sert ve göze çarpan tedbirler olarak yabancı yatırım ortamını riske atmak istememesidir²⁰⁶. Çünkü ev sahibi ülkenin sert önlemler olarak kamulaştırma veya millileştirmeye gitmesi, ileride yatırım yapacak yatırımcılar bakımından uyarı olarak algılanabilir. Bunun sonucunda ev sahibi ülke yabancı yatırımcılara karşı güvenini kaybederek uluslararası camiada ev sahibi ülke itibarını zedeleyebilmektedir. Doğrudan kamulaş-

²⁰² A. Diehl (2012) *The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment*, Kluwer Law International, 390.

²⁰³ Bu kurallar çerçevesinde devletlerin belirli koşullar altında kamulaştırma ve millileştirme yapabilecekleri kabul edilmektedir. Söz konusu koşullar kapsamında kamulaştırmanın kamu yararına yapılması, keyfi olmadan ve ayrımcılık yapmadan, adil ve hakkaniyete uygun kamulaştırma bedeli ödeme, kamulaştırma sürecinin uluslararası teamül ve adil ve eşit muamele kapsamında yürütülmesi sayılabilir. Bkz. Dolzer and Schreuer, 2014b, a.g.k, 91; Sornarajah, 2015b, a.g.k, 197; Douglas, 2014a, a.g.k., 415; OECD (2004 ç) *Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004/4, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf (Erişim tarihi: 19.04.2018); J. Voss (2011). *The impact of investment treaties on contracts between the host states and foreign investors*, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 180.

²⁰⁴ OECD Yabancı Mülkiyetin Korunmasıyla ilgili Taslak Sözleşmenin m.3'de "mülkün alınması" kavramı şu şekilde düzenlenmiştir: "Hiçbir taraf aşağıdaki şartlar oluşmadıkça diğer taraf ülke vatandaşın mülkiyetine doğrudan veya dolaylı olarak yoksun bırakılamaz", Uluslararası Yatırım Araçları: Özet Volume 13/2005 (*International Investment Instruments: A Compendium XIII / UNCTAD/ DITE/ 4 Vol. XIII*) "Herhangi bir Akit taraf alanındaki yatırımcılara yapılan yatırımlar kamulaştırılamaz, millileştirilemez, kamulaştırmaya eşdeğer bir etkinde bulunacak önlemlere ve tedbirlere tabi tutulmayacaktır". <http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=410> (Erişim tarihi: 20.04.2018).

²⁰⁵ Enerji Şartı Sözleşmesi m.13(1).

²⁰⁶ Dolzer and Schreuer, 2014b, a.g.k., 93.

tırma, devlet tarafından özel mülkiyetin fiziki olarak ele geçirilmesi şeklinde ifade edilmektedir. Söz konusu kamulaştırmanın dolaylı kamulaştırmaya kıyasla telafi edilmesi kolaydır. Doğrudan kamulaştırmaya ilişkin buraya kadar yapılan açıklamalarla yetinmiş bulunmaktayız. Çünkü doğrudan kamulaştırmanın dolaylı kamulaştırmaya kıyasla kapsam ve içeriğinin belirlenmesi zor olmayabilir. Dolayısıyla, tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda, ağırlıklı olarak, dolaylı kamulaştırma uyusmazlık konusu olmuştur.

2.4.2. Dolaylı kamulaştırma

Dolaylı kamulaştırma, yatırımcının yatırım üzerinde haklarını elinde bulundurmasına rağmen hakkın kullanımını engellemekte veya imkânsız hâle getirmektedir. Yatırım üzerindeki yönetim ve kontrol hakları sahiplik bakımından en önemli haklar olduğuna göre yatırımcıyı söz konusu haklardan yoksun bırakma dolaylı kamulaştırma olarak nitelendirilebilir. Bahse konu hakkın elinden alınması ev sahibi ülkenin genel mevzuatında yapılan değişiklikler yanı sıra alınan özel tedbirler sonucunda da ortaya çıkabilmektedir²⁰⁷.

Dolaylı kamulaştırmanın konusunu yatırım anlaşmaları kapsamında kabul edilen tüm yatırım şekilleri oluşturmaktadır. Bu bakımdan yatırım anlaşmasıyla düzenlenen yatırım kapsamının belirlenmesi önemlidir²⁰⁸. Başka bir deyişle, ev sahibi ülkenin yabancı yatırıma karşı sorumluluğu yatırımcının fiziki mülkiyetini ve bu maddi varlıklara ilişkin ticari faaliyetlerini de kapsamaktadır²⁰⁹. Bu çerçevede sözleşmeden kaynaklanan haklar²¹⁰ ve lisans hakları²¹¹ dolaylı kamulaştırma kapsamında değerlendirilmektedir. Bu noktada belirtelim ki, pazara erişim hakkı tek başına bir mülkiyet hakkı oluşturamaz. Çünkü mülkiyet hakkı başkalarını dışlama hakkını içermez. Bu sebeple, bir ticari faaliyet ve kâr elde etme faaliyeti mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilemez ve bu tür haklar tek başına kamulaştırmaya konu olamaz²¹².

²⁰⁷ Bkz. Sornarajah, 2015b, a.g.k., 207; P. Isakoff (2013). Definition the scope of indirect expropriation for international investment, *The Global Business Law Review*; F. Ortino (2017). Defining indirect expropriation: the transparency trade and investment partnership and the search of greater certainty, *Legal Issue of Economic Integration*. <https://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=LEIE2016019> (Erişim tarihi: 21.04.2018)

²⁰⁸ Yatırım kapsamının belirlenmesi bakımından önem taşıyan yatırım kavramı üzerinde “Doğrudan Yabancı Yatırımların Ana Unsurları” başlığı altında detaylı bir şekilde izah edilmiştir.

²⁰⁹ Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No: ARB/02/18, Award, para 92.

²¹⁰ Azurix v. Argentine, paras 314-315.

²¹¹ Tecmed v. Mexico, para 115.

²¹² Z. Douglas (2014b). Property, investment and the scope of investment protection obligations, http://www.matrixlaw.co.uk/wp-content/uploads/2016/03/24_02_2014_12_24_50_Property-Investment-

Ev sahibi ülkenin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi hatta sözleşmenin ihlali sonucu hakkın kaybına yol açması kamulaştırma olarak nitelendirilemez. Başka bir deyişle, basit bir sözleşme ihlali kamulaştırmaya konu olamaz. Örneğin, *Waste Management v. Meksika* tahkim davasında, hakem heyeti sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmemenin kamulaştırmayla (mülkün alıkonulmasıyla) eşit olmadığını ifade etmiştir. Hakem heyetine göre kamulaştırma ve millileştirme bir hükümet eylemidir. Buna karşın sözleşme ihlali sözleşmeye taraf olanlardan herhangi birisinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmemesi şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda yatırımcı sözleşmeden kaynaklanan ihlali gidermek için ilgili mahkemeye başvurabilmektedir²¹³. Ancak ev sahibi ülkenin kendi sorumluluğunu reddetmesi veya yatırımcıya iç hukuk yollarına başvurma hakkının tanımaması kamulaştırma bakımından ciddi delillerin söz konusu olduğu söylenebilir²¹⁴.

Dolaylı kamulaştırma ev sahibi ülkenin aldığı birtakım tedbirler dizisi (*creeping expropriation*) sonucunda da ortaya çıkabilmektedir. Böyle durumlarda, alınan tedbirlerin hiçbirisi tek başına kamulaştırma konusunu oluşturmamakla birlikte alınan tedbirlerin toplam etkisi dolaylı kamulaştırma sonucunu doğurmaktadır²¹⁵. Ev sahibi ülkenin aldığı tedbirlerin dolaylı kamulaştırma kapsamında değerlendirilmesi için alınan tedbirlerin yatırımcının yatırımdan mahrum bırakılması veya yatırım üzerindeki haklarının etkili şekilde kullanamama boyutuna ulaşması gerekir. Örneğin, *PSEG Global v. Türkiye* tahkim davasında, tahkim heyeti yatırımdan yoksun bırakmanın gerçekleşmesi için yatırımın kontrolü, şirketin günlük işlemlerindeki yönetim, idari işlere müdahale etme, temettü dağıtımını engelleme, yetkililerin ve yöneticilerin atanmasına müdahale etme, şirketin mül-

and-the-Scope-of-Investment-Protection-Obligations.pdf (Erişim tarihi: 21.04.2018). Ancak tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda Pazar erişimin belirli koşullar altında kamulaştırmaya konu olabileceğini işaret etmektedir. Bunun en güzel örneği *Pope & Talbot v. Canada* davasında görülebilir. Söz konusu davada davacı yumuşak ağaç kerestesi için ihracat kontrol rejiminin uygulaması sonucunda pazara erişim hakkının ihlal edildiğini ve bunun sonucunda yatırımlarının kamulaştırıldığını iddia etmiştir. Tahkim heyeti davaya ilişkin uç hususa dikkat çekerek, dolaylı kamulaştırmanın söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Bahse konu hususlar şu şekilde sıralanabilir. 1. Pazara erişim yatırım faaliyetinin sürdürülmesi bakımından önemlidir. Şöyle ki, yatırımcının asıl amacı yatırım ile ilgili olduğu dikkate alındığında, yatırımın büyük ölçüde ihracata bağlı olduğu açıktır. 2. Mülkiyet üzerindeki çıkarın diğer taşıması ve korunması gerekmektedir. 3. Ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcı üzerinde müdahalesinin bulunması gerekmektedir. Benzer karar için bkz. *Pope & Talbot v. Canada*, paras. 96-105.

²¹³ *Waste Management v. Mexican*, para. 174.

²¹⁴ Newcombe and Paradell, 2009, a.g.k, 356.

²¹⁵ *Walter BAU AG v. Thailand*, UNCITRAL, Award, para 12.43. Diğer bir davada ise bahse konu tedbirler “mülkiyet devretmeyi içermeyen ancak mülkiyetten yararlanma hakkından mahrum eden tedbirler” şeklinde ifade edilmiştir. *Parkerings v. Lithuania*, ICSID Case No: ARB/05/08, Award, para 420.

kiyetinden veya kontrolünden tamamen veya kısmen mahrum etme gibi unsurların bulunması gerektiğini belirtmiştir. Hakem heyeti ev sahibi ülkenin yabancı yatırım üzerinde olumsuz etki oluşturacak yanlış önlemler aldığını ancak bunların hiçbirinin kamulaştırma boyutuna ulaşmadığını belirtmiştir²¹⁶.

Kamulaştırmaya ilişkin tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlar incelendiğinde ağırlıklı olarak ekonomik unsurlardan yola çıkılarak sonuca ulaşıldığı söylenebilir. Bu bakımdan; bir yatırım resmi olarak kamulaştırılmamakla birlikte yatırım projesi için yerel bir yöneticinin atanması²¹⁷, yatırım projesinin durdurma emrinin verilmesi, yıkım, tutuklama, mal beyanında bulunma şartı, yatırımcının ev sahibi ülkeye tekrar giriş hakkı tanınmaksızın sınır dışı edilmesi, yatırım projesi çalışmalarının onarılamaz hâle getirilmesi²¹⁸ ve yatırım anlaşmasıyla öngörülen vergi ve diğer finansal yükümlülüklerle ilişkin istikrar şartını ihlal ederek önemli ölçüde vergi ve telif haklarına ilişkin ödenen ödeme oranlarının artırılması²¹⁹ dolaylı kamulaştırma kapsamında nitelendirilmiştir.

2.5. Sermaye Transferi

Yabancı yatırımcının ev sahibi ülkeye yatırım yapmasındaki asıl amacı kazanç elde etme olduğuna göre, yabancı yatırımcıya sermaye transfer hakkı tanınmalıdır. Günümüzde hemen hemen tüm yatırım anlaşmaları yabancı yatırımcının ev sahibi ülkede bulunan yatırımlardan elde ettiği kazançlarını serbest şekilde transfer edebileceği konusunda yasal güvence sağlamaktadır. Bu sebeple sermaye transfer hakkı, yabancı yatırım yapma özgürlüğünün temelini oluşturur ve ikili yatırım anlaşmalarının teşvik edilmesinin önemli bir unsurunu oluşturmaktadır²²⁰. Bu noktada belirtelim ki, yatırım anlaşmalarında düzenlenen sermaye transfer hakkı ve Uluslararası Para Fonu Anlaşması²²¹ kapsamında düzenlenen sermaye transferi kapsam bakımından farklılık arz etmektedir. Şöyle ki yatırım anlaşmalarıyla getirilen sermaye transfer hakkı, işlemin amacına bakılmaksızın yatırımlarla ilgili tüm transferler bakımından geçerlidir. Uluslararası Para Fonu Anlaşması

²¹⁶ PSEG Global Inc v. Turkey, ICSID Case No: ARB/02/5, Award, paras 278-279.

²¹⁷ Starrett Housing Corp v. Iran, 12.12.1983, 16 IRAN-USA. C.T.R 112.

²¹⁸ Biloune v. Ghana, ICSID Case No: , Award on jurisdiction and liability, para 209.

²¹⁹ Revere Copper v. OPIC, Award, 56 ILR, 268.

²²⁰ Continental Casualty Company v. Argentine, ICSID Case No: ARB/03/9, Award, para. 239.

²²¹ Uluslararası Para Fonu Anlaşmasının (The Agreement of the International Monetary Fund) İngilizce metni için bkz. : <https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/> (Erişim tarihi: 23.04.2018).

kapsamında düzenlenen sermaye transferi ise cari işlemlerin bir şekli olarak düzenlenmiştir²²².

Öte yandan her ülke kendi egemenlik hakkına dayanarak kendi para birimini ve döviz rezervini yönetmektedir. Bunun en önemli nedeni olarak, her ülkenin ulusal ekonomik çıkarlarını korumak için ülke içine ve ülke dışına yapılan büyük miktarda döviz transferlerinin izlenmesi gösterilebilir. Üstelikte ani kısa vadeli sermaye girişleri iç mali piyasalarda istikrarsızlığa yol açabilmektedir²²³. Bahse konu istikrarsızlık ve sonuçlara karşı tedbir alan uluslararası finans kuruluşları²²⁴ bu konuda düzenleme yapmaya gitmişlerdir. Özellikle, ödemeler dengesiyle ilgili sorunlarla karşılaşan ev sahibi ülkeler, sermaye transferine yönelik kısıtlayıcı nitelikte önlemler (yıllık sermaye transfer tutarının kısıtlanması gibi) alabilmektedirler.

Öncelikle belirtelim ki, gerek yatırım anlaşmalarında, gerek ev sahibi ülke mevzuatında düzenlenen sermaye transferine ilişkin hükümler yabancı yatırımcıya mutlak hak sağlamamaktadır²²⁵. Yabancı yatırımcının sermaye transfer hakkından yararlanabilmesi için belirli şartların yerine getirilmesi beklenmektedir. Bu bakımdan yatırımcının sermaye transfer hakkından yararlanabilmesi için yatırım ve sermaye transferi arasında bir bağlantının bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla, her sınır ötesi sermaye hareketi yatırımla ilgili olarak nitelendirilemez ve bu kapsamda korunamaz. Sermaye transferinin ev sahibi ülke tarafından korunması için bu transferin yatırım anlaşmasında öngörülen bir veya birkaçının (gelir, anapara ve faiz ödemeleri) transfer türünden olması gerekir²²⁶.

²²² Uluslararası Para Fonu Anlaşması kapsamında cari işlemler ve uluslararası transferler ayrımı yapılmaktadır. İlk olarak, cari işlemler ticari ve hizmetlerle ilgili ödemeler ve yatırımlarla ilgili ödemeleri içermektedir. Uluslararası Para Fonu Anlaşmasının m.6.3 uyarınca IMF'ye üye ülkelerin sermaye transferine ilişkin sınırlama getirmede serbest oldukları belirtilmiştir. Uluslararası transferler ise anlaşmaya taraf üye ülkelerin ödemeler dengesine ilişkin yükümlülüklerinden kaynaklanan hususları içermektedir. Bkz. UNCTAD (2000 b) *Transfer of funds*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 12.

²²³ P. Muchlinski, P. Ortino and Ch. Schreuer (2008). *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford: Oxford University Press, 333; Dolzer and Schreuer, 2008a, a.g.k, 129.

²²⁴ 1945 tarihinde kurulan Uluslararası Para Fonu (IMF) küresel finansı takip etmek, gerekli denetim ve organizasyonu sağlamak amacıyla kurulmuştur. Günümüzde Uluslararası Para Fonu'na 189 ülke üye olmuştur. Fon; küresel çapta parasal işbirliğini güçlendirmek, finansal istikrarı sağlamak, uluslararası ticareti kolaylaştırmak, yüksek istihdam ve sürdürülebilir ekonomik büyümeyi teşvik etmek ve dünyadaki yoksulluğu azaltmak için çalışmaktadır. <http://www.imf.org/external/> (Erişim tarihi: 22.04.2018).

²²⁵ Continental Casualty Company v. Argentine, para. 240.

²²⁶ Continental Casualty Company v. Argentine, para. 242.

Bazı ikili yatırım anlaşmaları, sermaye transfer hakkının kullanımına ilişkin olarak, genel kısıtlamaların²²⁷ yanı sıra özel kısıtlamalar²²⁸da getirebilmektedir. Bahse konu kısıtlamalar çerçevesinde ev sahibi ülkeler sermaye transfer hakkının kullanımını sınırlandırabilmektedir. Bazı yatırım anlaşmaları ise serbest transfer hakkının kullanımına ilişkin hüküm getirirken ev sahibi ülke mevzuatına gönderme yapmaktadır²²⁹. Bu durumda yatırımcının serbest transfer hakkının kullanımı ev sahibi ülke mevzuatına göre belirlenecektir. Sermaye transfer hakkının ev sahibi ülke mevzuatına göre belirlenmesi söz konusu hakkın kullanımını kısıtlayabilmektedir. Özellikle, ev sahibi ülke mevzuatında yapılan değişiklik sonucunda transfer hakkının olumsuz etkilenebilmektedir.

Çoğu yatırım anlaşmaları yatırımcıya sermaye transferlerini dönüştürebileceği konusunda güvence sağlamaktadır. Ancak yatırım anlaşmalarıyla getirilen dönüştürebilme hakkı eleştirilebilir. Şöyle ki bahse konu hükümler, genel olarak, “*serbestçe dönüştürülebilir*” veya “*serbestçe kullanılabilir*” şeklinde ifade edilmektedir. Bu durumda yatırımcının sermaye transferi yaparken dönüştürmek istediği para biriminin serbestçe dönüştürülebilir olması gerekmektedir²³⁰. Söz konusu belirsizliği ortadan kaldırmak için Uluslararası Para Fonu Anlaşmasında “*serbestçe kullanılabilir para birimi*” şeklinde ifade edilmiştir. Üstelikte transfer yapıldığı anda dönüştürülmek istenen para birimi hazır bulunmayabilir. Ya da yatırım anlaşmasıyla getirilen serbest transfer ve dönüştürme hükmü yatırımcıya bu konuda güvence sağlamasına rağmen ev sahibi ülke sıkı döviz kısıtlamaları veya tüm döviz kurları üzerinde sabit kur uygulayabilir. Bu durumda resmi kurlar ve piyasa kurları arasında farklılık ortaya çıkabilir. Bu bakımdan iyi düşünülmüş sermaye transfer hükmü döviz kısıtlamalarına karşı çoklu döviz kurları belirleyebileceğine ilişkin koruma içermektedir. Söz konusu koruma hükmü çerçevesinde yabancı yatırımcı en elverişli kur üzerinden dönüştürme yapabilmektedir²³¹.

Yukarıda görüldüğü üzere sermaye transfer hakkı yatırım anlaşmalarıyla sağlanmaktadır. Sermaye transferi sınırlarını yatırımlarla ilgili olma ve yatırım anlaşmasında düzenlenen transfer türünden olma şartı oluşturmaktadır. Dolayısıyla, ev sahibi ülkenin

²²⁷ Türkiye-Japonya İkili Yatırım Anlaşması (m. 8.2) (RG 16.01.1993- 21467).

²²⁸ Türkiye-Fransa İkili Yatırım Anlaşmasının m.5.3 uyarınca “*ciddi ödemeler dengesi güçlülükleri ve dış finans zorlulukları ve bunlar tehdidi durumunda, her bir Akit Taraf transferleri, geçici olarak aşağıdaki şekilde olmak koşuluyla sınırlandırabilirler. 1. Diğer Akit Tarafa derhal bildirilecek 2. Uluslararası Para Fonu Anlaşmasıyla uyumlu olacak 3. Her durumda 6 ayı aşmayacak 4. Adil, ayrımsız ve iyi niyet temelinde uygulanacaktır*”.

²²⁹ Örneğin, Türkiye – Finlandiya İkili Yatırım Anlaşması (m.6.1).

²³⁰ UNCTAD, 2000b, a.g.k, 33.

²³¹ UNCTAD, 2000b, a.g.k, 34.

olağanüstü finansal ve ekonomik sorunlarla karşılaşması hâlinde uluslararası anlaşmalara uygun olma şartıyla kambiyo sınırlamaları getirilebilmektedir.

2.6. Şemsiye Hükümleri

Bazı yatırım anlaşmalarıyla getirilen yabancı yatırımcıyı korumaya ilişkin hükümler²³² geleneksel uluslararası yatırım standartlarının ötesinde koruma sağlayabilmektedir. Bu anlamda şemsiye hükümleri güzel örnek teşkil edebilir. Şemsiye hükmü olarak ifade edilmesinin en önemli nedeni ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen şemsiye hükmünün sözleşmeden doğan yükümlülükleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanabilmesidir²³³. Böylece yatırım anlaşmasında bulunan şemsiye hükmüne dayanarak tahkime başvuruda bulunan yatırımcı söz konusu hükümleri şemsiye olarak (özel koruma hükmü) kullanmaktadır.

Şemsiye hükmü, yatırım anlaşmalarında düzenlenen ilave hüküm olarak, yatırımcıya ev sahibi ülkeye karşı varsayılan yükümlülüklerinin gözetlenmesi bakımından güvence sağlamaktadır. Dolayısıyla şemsiye hükmü, ev sahibi ülkenin taraf sıfatıyla hareket etmesi ve sözleşme hükümlerini ihlal etmesi hâlinde aynı ihlalin ikili yatırım anlaşmasının da ihlali olarak değerlendirilmesidir²³⁴. Bu bakımdan yatırımcı şemsiye hükümlerine dayanarak sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıkları uluslararası tahkime taşıyabilecektir²³⁵.

²³² İkili yatırım anlaşmalarında düzenlenen şemsiye hükümleri birbiriyle benzer şekilde düzenlenmektedir. Genel olarak, bahse konu şemsiye hükümleri şu şekilde ifade edilmektedir: “*Her Akit Taraf diğer Akit Taraf yatırımcılarının yatırımlarına ilişkin taahhüt ettiği yükümlülüklerini sürekli olarak yerine getirmesini garanti edecektir*” veya “*Akit taraflardan her biri, ülkesinde kendisince kabul edilen yatırımlara ilişkin olarak diğer Akit Tarafın yatırımcısına karşı girmiş olabileceği mukavele yükümlülüklerini yerine getirecektir*” (Türkiye-Avusturya İkili Yatırım Anlaşması m.8). Benzer hükümler için bkz: Çin-Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği İkili Yatırım Anlaşması m.7.2, Çin-Avustralya İkili Yatırım Anlaşması m.7, Türkiye-Arjantin İkili Yatırım Anlaşması m.7, Türkiye-Almanya İkili Yatırım Anlaşması m.7.2.

²³³ Bununla birlikte, bahse konu hüküm “ayna etkisi (*mirror effect*)”, “asansör (*elevator*)”, “çifte etki (*parallel effect*)”, “sözleşmenin kutsallığı (*sanctity of contract*)”, “saygı şartı (*respect clause*)”, “ahde vefa (*pacta sunt servanda*)” şeklinde de ifade edilmektedir. OECD (2008 d) International investment law: understanding concepts and tracking innovations. https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/international-investment-law-understanding-concepts-and-tracking-innovations/interpretation-of-the-umbrella-clause-in-investment-agreements_9789264042032-3-en (Erişim tarihi: 27.04.2018).

²³⁴ SGK v. Pakistan, para 160.

²³⁵ A. Sinclair (2000). The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection, *Arbitration International*, 20(4), 417.

Öte yandan ev sahibi ülke tarafından yapılan her anlaşmazlık ihlali kendiliğinden uluslararası hukuk ihlali olarak görülmemektedir²³⁶. Ev sahibi ülkenin yatırımcıyla yaptığı sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi ve bu ihlalin ev sahibi ülkenin uluslararası sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi için bazı ilave şartların gerçekleşmesi (örneğin, hak dağıtmaktan kaçınma ve kamulaştırma gibi) gerekmektedir. Şemsiye hükmünün uygulanabilmesi için iki önemli şartın yerine getirilmesi gerekmektedir. İlk olarak, ev sahibi ülkenin taraf sıfatıyla hareket ettiği sözleşmenin yatırım ile ilgili olması gerekir. Bir sözleşmenin yatırım ile ilgili olması yatırım kavramıyla doğrudan ilgilidir²³⁷. Şemsiye hükmünün uygulanabilmesi bakımından aranan diğer bir şart ise ev sahibi ülkenin taraf olarak hareket ettiği sözleşmenin egemenlik haklarına dayanarak yapılmış olması gerekmesidir. Devlet egemenlik haklarına dayanarak kendi hareket edebileceği gibi, devletin kurumları da bu sıfatla işlem yapabilmektedirler. Bu noktada belirtilmelidir ki, devlet kurumları bakımından şemsiye hükmünün uygulanması ancak devletin verdiği taahhüt kapsamında yasama, yürütme, yargı ve diğer işlevlerini yerine getirirken söz konusu olabilmektedir²³⁸. Bu şartlar altında, kamu kurumları devlet adına sözleşme yaparak sözleşmeye taraf olmaktadır. Dolayısıyla, şemsiye hükmü çerçevesinde kamu lisansı ve imtiyaz vermeye yetkili devlet kurumları da değerlendirilebilir. Örneğin, Özbekistan Cumhuriyeti Maliye Bakanlığı sigorta ve denetim (*audit*) faaliyetleri için lisans vermeye tek yetkili organdır²³⁹. Söz konusu bakanlık bir devlet kurumu olduğuna göre bu kurum tarafından yapılan lisans ihlali devletin yaptığı ihlal olarak görülebilir. Bu husus şemsiye hükmü çerçevesinde devlet bakımından uluslararası sorumluluk doğurabilmektedir.

Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda şemsiye hükümlerinin dar ve geniş şekilde yorumlanarak nihai sonuca ulaştığı görülebilir. Şemsiye hükmünün dar şekilde yorumlanması bakımından *SGS v. Pakistan* tahkim davası örnek gösterilebilir. Davada hakem heyeti yatırım anlaşmasında düzenlenen şemsiye hükmünün değerlendirmesinde bahse konu hükmün içeriği dar şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre “neredeyse belirsiz bir şekilde” ve “kesin ve inandırıcı delillere ulaşmadan” şemsiye

²³⁶ *SGS v. Philippines*, para 134; *SGS v. Pakistan*, para 167; Ch. Schreuer (2004 ç). Travelling the BIT route: of waiting periods, umbrella clause and forks in the road, *Journal of Investment and Trade*, Vol 5, 250.

²³⁷ Yatırım kavramına ilişkin olarak “Doğrudan Yatırımların Ana Unsurları” başlığı altında detaylı bir şekilde izah edildi.

²³⁸ Bkz. *Noble Ventures Inc v. Romania*, ICSID Case No: ARB/01/11, paras 50-65.

²³⁹ Özbekistan Cumhuriyeti Maliye Bakanlığı Yönetmenliği m.2, Rusça metin erişimi için bkz, http://lex.uz/Pages/GetAct.aspx?lact_id=522594&search_text= (Erişim tarihi: 28.04.2018).

hükmü geniş şekilde yorumlanmamalıdır²⁴⁰. Bunun aksine bazı tahkim yargılamaları sonucunda verilen kararlar şemsiye hükmünün geniş yorumlanması gerektiği yönündedir. Buna göre ev sahibi ülke ve yatırımcı arasında yapılan basit bir sözleşme ihlali ikili yatırım anlaşması kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin, *Euroko v. Polonya* tahkim davasında hakem heyeti şemsiye hükmünün yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması kapsamında okunması gerektiğini ifade etmiştir²⁴¹. Üstelikte ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen şemsiye hükmü yatırımcının yararına yorumlanmalıdır²⁴². Şemsiye hükmünün işleyişi gereği, bu hükme dayanarak ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen asli hükümlerin ispat edilip edilmemesine bakılmaksızın bu hüküm bağımsız bir talep olarak varlığını sürdürmektedir. Yani, bazı durumlarda, yabancı yatırımcının ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen (adil ve eşit muamele, dolaylı kamulaştırma gibi) asli hükümlerin ihlal edildiğini ispatı zor olabilir²⁴³. Üstelikte, bazen yatırımcının korunmasını istediği talep, ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen asli hükümlerle korunmayabilir²⁴⁴.

Buraya kadar yapılan açıklamalarda görüldüğü gibi, şemsiye hükmünün ikili yatırım anlaşması kapsamında yükümlülük oluşturabileceği doktrinde kabul edilmektedir. Bununla birlikte tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda şemsiye hükmünün uygulanması bakımından görüş birliğinin bulunmadığı söylenebilir.

2.7. Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Genellikle, yabancı yatırımcının ev sahibi ülkede serbestçe yatırım faaliyetinde bulunması ve bu faaliyetini sürdürebilmesi için bahse konu ev sahibi ülke tarafından yabancı yatırımcıya yasal güvence sağlanmaktadır. Bu güvenceler ikili yatırım anlaşmaları başta olmak üzere birtakım uluslararası anlaşmalar aracılığıyla sağlanmaktadır. Ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcılar için sağladığı güvence gerek kapsam gerek içerik bakımından elverişli yatırım ortamı oluşturmaya yöneliktir.

²⁴⁰ SGS v. Pakistan, para 167. Benzer şekilde sözleşmeden kaynaklanan bir talebin ikili yatırım anlaşmasından kaynaklanan talebe dönüştürülmesi için bahse konu talebin açık ve net olması gerekir. Bkz. El Paso v. The Argentine, ICSID Case No: ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, para 74.

²⁴¹ Euroko v. Polland, Ad Hoç Tahkim, Partial Award, para 21.

²⁴² SGS v. Philippines, para 116.

²⁴³ Schreuer, 2004ç, a.g.k., 255.

²⁴⁴ Euroko v. Polonya davasında tahkim heyeti ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcıyla yaptığı sözleşmeden kaynaklanan yükümlülük, ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen hükümlerin (adil ve eşit muamele, doğrudan ve dolaylı kamulaştırma) ihlali olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Ancak hakem heyeti şemsiye hükmü bakımından ev sahibi ülkenin uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde sorumluluğu bulunduğunun altını çizmiştir. Bkz. Euroko v. Polonya, para 250.

Ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcıya sağladığı en önemli güvence, büyük olasılıkla, uyuşmazlık çözüm yollarıdır. Bu bakımdan ev sahibi ülke zaman zaman yabancı yatırımcıya verdiği taahhüdü yerine getirmeyebilir, gereken hassasiyeti göstermede başarısız olabilir veya yabancı yatırımcı keyfi uygulamalara maruz kalabilir. İşte bu durumda, ev sahibi ve yabancı yatırımcı arasında mevcut veya olası uyuşmazlıkların tarafsız ve uzmanlaşmış özel mahkemelerle çözüme kavuşturulma ihtiyacı doğmaktadır. Yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından birkaç uyuşmazlık çözüm mekanizması düşünebilir. Yabancı yatırımcı alternatif uyuşmazlık yolu olarak hangi mekanizmayı seçerse seçsin söz konusu uyuşmazlığın tarafsız ve siyasi etkilerden arındırılmış etkili çözüm mekanizmalarıyla çözümlenmesi önemlidir²⁴⁵.

²⁴⁵ Uyuşmazlık çözüm yolları III. bölümde ayrıntılı bir şekilde izah edilecektir.

3. DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI

Uluslararası yatırımlara ilişkin milletlerarası düzenleme yapmanın ana amacı istikrarlı, şeffaf ve öngörülebilir yatırım ortamı oluşturmaya yöneliktir. Çalışmamızın bu kısmında çok taraflı yatırım anlaşmaları, bölgesel yatırım anlaşmaları ve ikili yatırım anlaşmaları üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda bahse konu anlaşmaların ana amacı ve öne çıkan özellikleri irdelenecektir.

3.1. Çok Taraflı Yatırım Anlaşmaları

İkinci Dünya Savaşından sonra uluslararası ticaretin hız kazanması ve yatırımların serbestleştirme süreci devletleri bir araya getirmiştir. Bunun sonucunda devletler mal ve hizmetlerin serbest dolaşımına yönelik uluslararası düzeyde anlaşma yapma eğilimi göstermiştir. Bu süreçte devletlerin çok taraflı yatırım anlaşması yapma girişimleri siyasi ve ekonomik nedenlerden ötürü başarısızlığa uğramıştır. Buna rağmen günümüzde çok taraflı yatırım anlaşmaları oluşturma çabaları sürdürülmektedir²⁴⁶.

Çok taraflı yatırım anlaşmaları yabancı yatırımlara ilişkin koruyucu hükümler içermesine rağmen ikili yatırım anlaşmalarına kıyasla daha az esnekliğe sahiptir. Bu anlamda çok taraflı yatırım anlaşmalarında düzenlenen yabancı yatırıma ilişkin standartlar ve ayrımcılık yapmama kuralları tüm akit devletlere uygulanmakta ve belirli ülkelerle yapılan işbirliğinden beklenen çıkarları üst düzeye taşıma amacı taşıdığından daha çok esneklik sağlamada başarısız olabilmektedir. Üstelikte, bazı devletler bakımından çok taraflı anlaşmalara taraf olma onları diğer anlaşmaya taraf devletlere kıyasla daha da avantajlı konuma getirebilir²⁴⁷. Örneğin, anlaşmaya taraf devlette yoğun olarak nitelihsiz işgücünün bulunması veya devletin doğal kaynaklar bakımından zengin olması gibi.

Çok taraflı anlaşmaya özgü diğer bir husus, bahse konu anlaşmaların ikili yatırım anlaşmalarına kıyasla daha az ayrıntılı ve düşük standartlar içermesidir. Ancak bu husus

²⁴⁶ Bahse konu anlaşmalara ilişkin çalışmalar için bkz, OECD (1998 e) Multilateral agreement on investment, <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.htm> (Erişim tarihi: 2.05.2018). Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2891> (Erişim tarihi: 2.05.2018).

²⁴⁷ Schill, 2012a, a.g.k, 89.

yatırımların korunması bakımından sorun oluşturmayacaktır²⁴⁸. Dolayısıyla, ikili yatırım anlaşmalarının giderek artmasının ileride yapılacak çok taraflı yatırım anlaşmalarına zemin hazırladığı söylenebilir. Çünkü ikili yatırım anlaşmaları içerik itibarıyla çok taraflı yatırım anlaşmalarını esas almaktadır. İstikbalde ikili yatırım anlaşmalarının yoğun olarak yaygınlaşması ve internet ağı gibi dünyayı sarması çok taraflı anlaşmaları yeniden gündeme getirecektir.

3.2. Bölgesel Anlaşmalar

Bölgesel anlaşmalar belirli bir bölgede mal, hizmet, emek ve yatırımların dolaşımını kolaylaştırmak ve teşvik etmek amacıyla yapılmaktadır. Bölgesel düzeyde ilk aklı gelen sözleşmeler serbest ticaret sözleşmeleridir²⁴⁹. Genellikle, serbest ticaret anlaşmalarında kısıtlı olsa da yatırımlara ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bahse konu hükümler içerik itibarıyla yatırım kapsamı, milli muamele, en çok gözetilen ulus kaydı, kamulaştırmaya karşı koruma gibi hükümleri kapsamaktadır.

Bölgesel anlaşmalarda düzenlenen yatırımlara ilişkin hükümler, çok taraflı anlaşmalarda olduğu gibi, ikili yatırım anlaşmalarıyla karşılaştırıldığında daha az esnek hükümler içermektedir. Örneğin, ASEAN (*Association of Southeast Asian Nations*/ Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği) Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşması'nda her yatırım için onay alma ve ev sahibi ülke tarafından tescil ettirme şartı öngörülmüştür²⁵⁰. Yatırımların kabulüne ilişkin bahse konu şart anlaşmanın gözden geçirilmesinden sonra da varlığını sürdürmektedir²⁵¹. Benzer kısıtlama diğer bölgesel anlaşmalar bakımından da geçerlidir. COMESA (*Common Market for Eastern and Southern Africa* / Doğru ve Güney Afrika Ortak Pazarı) Yatırım Anlaşması m. 12 uyarınca anlaşma kapsamındaki tüm yatırımların akit tarafın ilgili yetkili kurumları tarafından tescil edilmesi gerekmektedir²⁵². Öte yandan bölgesel düzeyde en kapsamlı anlaşma olarak bilinen NAFTA yatırım

²⁴⁸ M. Houde and K. Yannaca-Small (2004). Relationship between international investment agreements, OECD Working Papers on International Investment. https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/WP-2004_1.pdf(Erişim tarihi: 2.05.2018).

²⁴⁹ Örneğin, NAFTA (North America Free Trade Agreement/ Amerika Serbest Ticaret Anlaşması), CEFTA (Central European Free Trade Agreement/ Orta Avrupa Serbest Ticaret Anlaşması), ASEAN (Association of Southeast Asian Nations/ Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği), COMESA (Common Market for Eastern and Southern Africa/ Doğru ve Güney Afrika Ortak Pazarı).

²⁵⁰ 1987 tarihli ASEAN Yatırımların Teşviki ve Korunması m.2.1, http://asean.org/?static_post=the-1987-asean-agreement-for-the-promotion-and-protection-of-investments (Erişim tarihi: 3.05.2018).

²⁵¹ Güncellenmiş anlaşmanın İngilizce metni için bkz, http://www.asean.org/storage/images/2013/economic/aia/ACIA_Final_Text_26%20Feb%202009.pdf (Erişim tarihi: 3.05.2018).

²⁵² Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, Anlaşmanın İngilizce metni için bkz, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3092>. (Erişim tarihi: 4.03.2018).

kapsamının belirlenmesi ve kabulüne ilişkin diğer bölgesel anlaşmalara kıyasla daha açık hükümler getirmektedir. Anlaşma kapsamında yatırım kabulüne ilişkin ev sahibi ülkeden onay ve tescil şartı aranmamaktadır²⁵³.

3.3. İki Tarafli Yatırım Anlaşmaları

Yabancı yatırımlar için yasal çerçeve oluşturan ikili yatırım anlaşmaları uluslararası hukukun bel kemiği²⁵⁴ veya dünyaya yayılan ağ²⁵⁵ olarak ifade edilmektedir. Diğer uluslararası hukukun kaynakları ikili yatırım anlaşmalarından farklı olarak, devletlerarasındaki yatırımların hukuki çerçevesi çok taraflı anlaşmalarla düzenlenmiş değildir²⁵⁶. Yabancı yatırımların teşviki ve korunması bakımından giderek dünya üzerinde yaygınlaşan ikili yatırım anlaşmaları ev sahibi ülkelerin en çok yöneldiği yatırım anlaşmasıdır. Ev sahibi ülke ikili yatırım anlaşmasına taraf olmakla yabancı yatırımcılara güven vermekte ve yatırımcının elverişli yatırım ortamında faaliyet yürütebileceklerine dair taahhütte bulunmaktadır.

Umumiyetle, ikili yatırım anlaşmalarının eşit taraflar arasında yapıldığı söylenebilir. Şöyle ki ikili yatırım anlaşmaları ağırlıklı olarak yatırım ihraç eden ve yatırım çekmek isteyen ülkeler arasında yapılmaktadır. Üstelikte gelişmekte olan ülkeler arasında yapılan ikili yatırım anlaşmalarının yatırım ihraç eden ülkelere kıyasla yaygın olmadığı açıktır. İkili yatırım anlaşmaları görünürde taraflar arasında karşılıklı yatırım akışını sağlama amacıyla yapılmaktadır. Gerçekte ise taraflar arasındaki zenginlik ve teknoloji eşitsizliğinden ötürü öngörülen ve uygulanabilir olan tek yönlü yatırım akışıdır²⁵⁷.

İkili yatırım anlaşmalarının ev sahibi ülke üzerinde yabancı yatırım çekmede ne kadar etkili olduğu tartışmalıdır²⁵⁸. İkili yatırım anlaşması ve ev sahibi ülke ulusal mevzuatı arasında bulunan etkileşime ilişkin iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk yaklaşıma

²⁵³ NAFTA m. 1102, İngilizce metin için bkz, <http://www.naftanow.org/> (Erişim tarihi: 3.05.2018).

²⁵⁴ B. Guthrie (2013). Beyond investment protection: an examination of potential influence of investment treaties on domestic rule of law, *International Law and Politics*, Vol 45, 1154.

²⁵⁵ G. Tarcisio and E. Brabandere (2012). International investment law: The Source of rights and obligations, The Hague: Martinus Nijhoff, 101-102.

²⁵⁶ Bunun iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki bölgesel anlaşma olarak bilinen NAFTA'dır. İkincisi ise dünya üzerinde enerji sektöründe işbirliği ve yatırımların desteklenmesi amacıyla yapılan Enerji Şartı Anlaşması'dır. Her iki anlaşma da içerik itibarıyla ikili yatırım anlaşmalarıyla benzerlik arz etmektedir. Bkz. The Energy Charter (1994), <https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/> (Erişim tarihi: 11.05.2018).

²⁵⁷ Sornarajah, 2015b, a.g.k, 207.

²⁵⁸ T. Ginsburg (2006). *International substitutes for domestic institutions: bilateral investment treaties and governance*, Illinois Law and Economics Working Papers Series No: LE06-27; Guthrie, 2013, a.g.k.,

göre ikili yatırım anlaşmaları ev sahibi ülke ulusal mevzuatının iyileştirilmesine katkı sağlamaktadır. Bu bakımdan ev sahibi ülke hukuk sisteminde yapılan yenileme sonucunda iyileşmeler gözlemlenecektir. Böylece yabancı yatırımcı en azında bazı konularda ev sahibi ülke mahkemelerine yönelecektir. Dolayısıyla, yabancı yatırımcının yerel mahkeme ve uluslararası tahkim arasında tercihi söz konusu olduğunda yerel mahkemeler daha fazla dava çekebilmek için uluslararası tahkimlerle rekabete girebilir. Bahse konu rekabet yerel mahkemelerin iyileştirilmesine katkı sağlamakta ve yabancı yatırımlara ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından deneyim elde etme imkânı sunmaktadır²⁵⁹. Bu yaklaşımın en çok eleştirilen yönü ikili yatırım anlaşmasıyla getirilen kaçınma hükmü (*escape clause*) ile yabancı yatırımcıların ev sahibi ülke mahkemelerini devre dışı bırakması ve uluslararası yatırım tahkimlerine yönelmesidir. Söz konusu durum yabancı yatırımcının ev sahibi ülke hukuk sistemine katılımını en aza indirmektedir²⁶⁰. İkinci yaklaşıma göre ise ikili yatırım anlaşmaları ev sahibi ülke hukuk düzeni üzerinde hem olumlu hem de olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir. Buna göre ikili yatırım anlaşmalarıyla getirilen yatırımcı-devlet tahkim hükmü, ev sahibi ülke hukuk sistemi etrafından sapmaya neden olabilmektedir²⁶¹. Çünkü yabancı yatırımcının uyuşmazlığı uluslararası tahkime taşınması ve orda kendi lehine çıkarılan kararın ev sahibi ülke tarafında tanınması ve tenfiz edilmesi istenmektedir. Bu durumda söz konusu kararın ev sahibi ülke hukuk sistemi bakımından ne kadar uyumlu olduğu sorgulanabilir.

Yukarıda görüldüğü üzere ikili yatırım anlaşmaları ev sahibi ülkeye yabancı yatırım akışını sağlayan ana belirleyici unsur olarak görülmemektedir. Bu yaklaşımı hem bu konuda yapılan araştırmalar hem de doktrindeki görüşler desteklemektedir. Aslında, bir ülkenin yabancı yatırım akışını belirleyen unsur olarak bu ülkede bulunan siyasi ve ekonomik koşullar²⁶² görülmektedir. Bu sebeple, ikili yatırım anlaşmaları ev sahibi ülkeye yabancı yatırım akışını sağlayan tamamlayıcı enstrüman olarak ifade edilebilir.

1162; M. Hallawar-Driemeier (2003). *Do bilateral investment treaty attract foreign investment? Only a bit and they could bite*, Policy Research Working Paper, WPS-1121.

²⁵⁹ Guthrie, 2013, a.g.k, 1169.

²⁶⁰ S. Franck (2007). Foreign direct investment, investment treaty arbitration and the rule of law, Mc George *Global Business and Development Law Journal*, Vol 19, 368.

²⁶¹ Guthrie, 2013, a.g.k, 1171.

²⁶² Aynı yöndeki yaklaşım için bkz. Sornarajah, 2015b, a.g.k, s. 217.

3.4. Ev Sahibi Ülke Yatırım Mevzuatı

Günümüzde gelişmekte olan ülkeler başta olmak üzere tüm ülkeler yabancı yatırım arayışındadır. Uluslararası yatırım akışını sağlamak amacıyla kaynak devletlerce sınırlı olsa da yabancı yatırım havuzu oluşturulmaktadır. Öte yandan ev sahibi ülkeler daha fazla yatırım çekebilmek için birbirleriyle yoğun bir rekabet içerisine girmektedir. Ev sahibi ülkeler yabancı yatırımlar bakımından cazip hâle getirmek için ulusal altyapılarını bir miktar geliştirebilirken bu ülkelerin yer altı kaynakları sabittir. Bu anlamda yabancı yatırım çekmek için rekabet ev sahibi ülkede bulunan yatırım koşullarına ilişkin olmaktadır. Yatırım koşulları bakımından önem taşıyan ilk husus, ev sahibi ülkede bulunan yasal yatırım ortamıdır²⁶³. Ev sahibi ülkenin, özellikle gelişmekte olan ülkelerin, hukuk güvenliğinde yaşanan sorunlar yabancı yatırımlar için caydırıcı nitelikte olabilir. Böyle durumda ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcıların yasal beklentilerini karşılayabilmesi adına kendi hukuk sisteminde bağımsız veya en azında uluslararası düzeyde koruma sağlayan bir yasal yatırım rejimi oluşturma ihtiyacı doğmaktadır. Bunun en güzel örneği, ev sahibi ülkede bulunan yabancı yatırımlara ilişkin temel hükümleri düzenleyen ulusal yatırım yasalarıdır (yatırım teşvik yasaları). Uluslararası hukuk bakımından yatırım yasaları tek taraflı beyan olarak nitelendirilmektedir²⁶⁴. Genellikle, çoğu yatırım yasası yabancı yatırımların teşvikini esas alırken bazı yatırım yasası ise yatırım yapma ve yatırım faaliyetinin sürdürülmesini kolaylaştırmaya odaklanmaktadır. 2016 tarihi itibarıyla dünya üzerinde ev sahibi ülkelerin yabancı yatırım yasalarının sayısı 108'e ulaşmıştır²⁶⁵. Yukarıda yabancı yatırımcının ev sahibi ülkeye karşı yasal beklentileri bulunduğundan bahsetmiştik. Bu noktada belirtelim ki, yasal beklenti yatırımcı ve ev sahibi ülke arasında yapılan ikili müzakereye dayanmaz. Bunun aksine yasal beklenti ev sahibi ülkede bulunan genel düzeydeki hukuki güvenliği ifade etmektedir²⁶⁶. Bu kapsamda ev sahibi ülkenin genel hukuk düzeninin yanı sıra yabancı yatırımlara ilişkin özel düzenlemeleri de değerlendirilebilir.

²⁶³ W. Reisman and M. Arsanjani (2004). The Question of unilateral governmental statements as applicable law in investment disputes, ICSID Review, *Foreign Investment Law Journal*, 19(2), 328.

²⁶⁴ Brandes Investment Partners v. Venezuela, ICSID Case No: ARB/08/03, Award, s.81, Bkz. D. Caron (2011). The interpretation of national foreign investment laws as unilateral acts under international law, M. Arsanjani, J. Cogan, R. Sloane and S. Weissner (Editörler), *Looking to the future: Essays on international law in honor of Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, 650.

²⁶⁵ UNCTAD (2016 c) *Investment laws: a widespread tool for the promotion and regulation of foreign investment*, Investment Policy Monitor, Special Issue, 3-6.

²⁶⁶ Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No: ARB/06/18, Award, 70.

Uygulamada yaygın olarak görüldüğü üzere ev sahibi ülkenin yabancı yatırımların teşviki ve korunması amacıyla yaptığı tek taraflı bildirim ve açıklamalar bulunmaktadır. Örneğin; bir ülkede bulunan yatırım imkânlarına ilişkin duyurular, büyükelçilik resmi web sitelerindeki açıklamalar²⁶⁷, muhtemel yatırımcılar için bilgilendirme amacıyla hazırlanan broşür ve yayınlar²⁶⁸ gibi. Ev sahibi ülke tarafından yabancı yatırımların teşviki amacıyla yapılan açıklama ve bildirimlerin hukuki sonuçları konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Yabancı yatırımlara ilişkin tek taraflı bildiri ve açıklamalar ev sahibi ülkenin yabancı yatırımlara karşı nasıl bir tavır sergileyeceği konusunda sağladığı güvence olarak ifade edilebilir. Söz konusu bildiri ve açıklamanın genel uluslararası hukuk kapsamında hak ve yükümlülük doğurabilmesi için tek taraflı eylemler kategorisine girmesi gerekmez²⁶⁹. Ancak bildiri ve açıklamalar yabancı yatırımcılar için açık bir şekilde düzenlenmiş belirli şartları veya uygulanacak muameleyi içermesi hâlinde geçerli olabilecektir. Günümüzde bu tür açıklamalar sıklıkla kamuya açıklanır ve devamlı yayınlanmaktadır. Böylece yabancı yatırımcı bu açıklamalara dayanarak ev sahibi ülkede yatırım faaliyetinde bulunmaktadır. Bunun sonucunda ev sahibi ülke söz konu taahhüt beyanlarını geri alamaz veya yabancı yatırımcılarla yapacağı sözleşmenin tamamlanmasına kadar devleti bağlamadığını iddia edemez²⁷⁰.

Öte yandan yabancı yatırımlara ilişkin tek taraflı bildiri ve açıklamaların yasa hükmü ve yasa niteliği taşımadığı belirtilmektedir. Buna göre ev sahibi ülkenin yabancı yatırımlara ilişkin yaptığı açıklama ve bildirimler yatırım hukuku kapsamında düzenlenen hükümlerden ziyade genel yatırım politikasının beyanı olarak değerlendirilmektedir²⁷¹. Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda yabancı yatırımlara ilişkin tek taraflı bildiri ve açıklamaların ev sahibi ülkenin yatırım yasasında düzenlenen hükümlerin açıklığa kavuşturulması bakımından ispat niteliği taşıyabileceği²⁷² ifade edilmektedir.

²⁶⁷ Brandes Investment Partners v. Venezuela, para.100.

²⁶⁸ Brandes Investment Partners v. Venezuela, para.101.

²⁶⁹ Mbengue, 2012, a.g.k., 192.

²⁷⁰ Reisman and Arsanjani, 2004, a.g.k., 422.

²⁷¹ Mbengue, 2012, a.g.k., 193.

²⁷² Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador, ICSID Case No: ARB/09/12, Claimant Pac Rim Cayman LLC's rejoinder on respondent's objections to jurisdiction, paras 305-306.

4. MİLLETLERARASI YATIRIM ANLAŞMALARININ YORUMLANMASI

Milletlerarası yatırım anlaşmalarının yorumlanması ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcılara sağladığı haklarla doğrudan ilgilidir. Yatırım anlaşmalarının dar anlamda yorumlanması yabancı yatırımcılara sağlanan haklar kapsamını kısıtlarken aynı anlaşmanın geniş yorumlanması hak kapsamını genişletebilir. Öğreti ve uygulamada yatırım anlaşmalarının yorumlanmasına ilişkin birtakım yol gösterici nitelikte araçlar bulunmaktadır.

4.1. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Kapsamında Yatırım Anlaşmalarının Yorumlanması

Gerek öğretilerde gerek uygulamada yatırım anlaşmasının yorumlanmasında ilk olarak Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne başvurulmaktadır²⁷³. Sözleşme uluslararası hukukun tamamı için anlaşmaların yorumlanmasına ilişkin olarak asgari düzeyde uyum sağlamaktadır²⁷⁴.

Sözleşmenin 31.maddesi uyarınca “*Bir anlaşma, hükümlerine anlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır*”. Görüldüğü üzere madde hükmü bilinçli olarak bir bütün kural şeklinde ifade edilmiştir. Madde hükmü kapsamında herhangi bir anlaşmanın yorumunda iyi niyetle anlaşmanın konu ve amacından hareket edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu yorum şekli tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda da geniş uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin, toplam incelenen 229 tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlardan 132'sinde VAHS'nin yorum kurallarının uygulandığı açık şekilde belirtilmiştir²⁷⁵. Yatırım anlaşmalarının bu yolla yorumlanması ağırlıklı olarak yatırımcı lehine olacaktır²⁷⁶. Çünkü ikili yatırım anlaşmalarında içerik itibarıyla yabancı yatırımcıların korunması öne

²⁷³ 23.05.1969 tarihinde Viyana'da imzalanan Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 27.01.1980 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1.05.2018 tarihi itibarıyla Anlaşmaya 116 devlet taraf olmuştur. United Nations, Viyana Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, United Nations Treaty Series Vol.1155, s.331.bkz, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en (Erişim tarihi: 19.05.2018).

²⁷⁴ M. Waibel (2011). International investment law and treaty interpretation, R. Hoffman ve C. Tams (Editörler), *International investment law and general international law: from clinical isolation to systematic integration*, 32; S. Erdal (2015). Uluslararası anlaşmaların hukuksal geçerliliği, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23(1), 71-91.

²⁷⁵ H. Yen (2014). The interpretation of investment treaties: interpretation of investment treaties, The Netherlands: BRILL, 38.

²⁷⁶ Ch. Schreuer (2006 d). Diversity and harmonization of treaty interpretation in investment arbitration, *TDM*, 3, 2.

çıkmaktadır. Yatırım anlaşmasının konu ve amacının belirlenmesinde anlaşmanın giriş (*preamble*) kısmı önem taşımaktadır. *Siemens v. Arjantin* tahkim davasında tahkim heyeti anlaşmanın yorumlanmasında ne özgürlükçü ne de kısıtlayıcı yaklaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre anlaşmanın başlık ve önsözünde ifade edildiği gibi anlaşmanın amacı takip edilmelidir. Anlaşmanın önsözü esas itibarıyla yatırımların korunması ve teşvikini içermektedir. Bu anlamda tarafların asıl amacı yatırımlar için uygun koşullar oluşturma ve özel girişimi teşvik etmektir²⁷⁷. Ancak bu yorum yöntemi tarafların amaçlarından sapmaya yol açabileceği noktasında eleştirilmektedir. Buna göre anlaşmanın konu ve amacı üzerinde gereksiz vurgu yapılması amaçsal yorumu (*teleological method*) teşvik etme riski taşımaktadır. Böyle durumda taraf niyetlerinin önemi inkâr edilebilmektedir²⁷⁸.

4.2. Tamamlayıcı Yorum Araçları

Sözleşmenin 32.maddesinde bir anlaşmanın yorumlanmasında genel yorum kuralıyla bir sonuca varılamaması hâlinde tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabileceği belirtilmektedir²⁷⁹. Yatırım anlaşmalarının yorumunda ev sahibi ülke ve yatırımcı arasındaki ince dengeyi koruma adına tamamlayıcı yorum araçlarına da başvurma ihtiyacı doğabilmektedir. Genellikle, tamamlayıcı yorum araçlarına anlaşmanın özüne uygun düştüğü ölçüde başvurulmakta ve böylece tamamlayıcı yorum araçları ortaya çıkan belirsizlikleri ortadan kaldırmak için katkı sağlamış olmaktadır.

4.2.1. İki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmaları

Genelde yatırım anlaşmalarında düzenlenen yabancı yatırımlara ilişkin koruyucu hükümler büyük ölçüde benzerlik arz etmektedir. Ancak bahse konu hükümler kapsam ve nitelik bakımından farklıdır²⁸⁰.

En basit düzeyde, farklı anlaşmalarda düzenlenen özdeş veya çok benzer ifadeler aksi söz konusu olmadıkça aynı anlamı taşıyacaktı²⁸¹. Örneğin, *Enron v. Arjantin* tahkim davasında hakem heyeti konuya ilişkin şöyle değerlendirmede bulunmuştur. Uluslararası

²⁷⁷ Siemens v. Argentine, s.81.

²⁷⁸ Plama Consortium v. Bulgaria, ICSID Case No: ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, para 193.

²⁷⁹ Tamamlayıcı yorum araçları iki durumda söz konusu olabilmektedir: a) Mağnayı muğlak veya anlaşılmaz bırakıyorsa b) Çok açık bir şekilde saçma olan veya makul olmayan bir sonuca götürüyorsa, mağnayı tespit etmek için anlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve yapıma şartları dâhil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.

²⁸⁰ Mohammad Amar v. Tajikistan, SCC Case No: 064/2008, para 111.

²⁸¹ Schreuer, 2006d, a.g.k., 7.

hukuk uyarınca, aksi belirtilmedikçe ikili yatırım anlaşmalarının yorumlanması ile diğer ikili yatırım anlaşmasının yorumlanması aynıdır. *Pope v. Kanada* tahkim davasında ise tahkim heyeti NAFTA’da düzenlenen milli muamele ilkesini GAAT (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması – *General Agreement on Tariffs and Trade*) ile karşılaştırmıştır. Hakem heyeti NAFTA’da düzenlenen milli muamele ilkesinin GATT’da düzenlenen milli muamele ilkesine kıyasla benzerlik taşıdığını belirtmiştir. Ancak GATT, NAFTA’dan farklı olarak genel kuralların yanı sıra istisnai hükümler (ithalata ilişkin kısıtlamalar) de getirmektedir. Bu sebeple GATT kapsamında yabancı şirketlere farklı muamele uygulanmasına, rekabet koşullarını değiştirmeme şartıyla, resmen izin verilmektedir²⁸².

Bazen yatırım anlaşmalarının yorumlanmasında kavram kargaşasıyla ilgili sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Böyle durumlarda yatırım anlaşmalarıyla ilgili kavram kargaşasını açıklığa kavuşturmak için diğer yatırım anlaşmalarıyla getirilen benzer hükümlere başvurulmaktadır. Örneğin, *Pac Rim Cayman v. El Salvador* tahkim davasında hakem heyeti Enerji Şartı Sözleşmesi (ECT) ve Merkezi Amerika Serbest Ticaret Anlaşması’nda (CAFTA) düzenlenen *denial of benefit* hükmü üzerinde karşılaştırma yapmıştır. Buna göre Enerji Şartı Sözleşmesiyle getirilen *denial of benefit* hükmü tahkimin yargılama yetkisini etkilemeyecektir. Çünkü söz konusu sözleşmenin IV. kısmında bulunan kısıtlama, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükmü etkilemeyecektir. Bunun aksine, CAFTA’da düzenlenen *denial of benefit* hükmü ise uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükmü kapsamakta ve bu bakımdan tahkimin yargılama yetkisi üzerinde etki yaratmaktadır²⁸³.

4.2.2. Uluslararası tahkim yargılaması neticesinde verilen kararları

İlk başta belirtelim ki, önceki uluslararası tahkim kararlarının görülmekte olan dava bakımından bağlayıcılığı yoktur. Bununla birlikte tarafların ileri sürdüğü gerekçelerin uluslararası tahkim kararlarına dayandırılması söz konusu kurala ters düşmeyecektir. Hakem heyetinin tarafların önceki tahkim kararlarına dayandırdığı alıntı ve göndermeleri uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirilecektir²⁸⁴. Aynı şekilde, tahkim heyeti kendi gerekçelerinde diğer tahkim kararlarına atıfta bulunabilirler²⁸⁵. Çoğu tahkim yargılaması

²⁸² Pope Talbot v. Canada, Award on the Merits of Phase 2, para 52. Methanex v. USA, UNCITRAL, Part IV Chapter B, paras 4-9.

²⁸³ Pac Rim Cayman v. El Salvador, ICSID Case No: ARB/09/12, Objections to jurisdiction, para 204.

²⁸⁴ Enron v. Argentine, Decision on jurisdiction, para 40.

²⁸⁵ RosInvestCo UK v. Russia, SCC Case No: V079/2005, Final Award, paras 284-285.

neticesinde verilen kararlarda, ağırlıklı olarak, önceki tahkim kararlarının öneminden bahsedilmemektedir. Bunun yerine söz konusu kararlarda görülmekte olan dava bakımından önceki tahkim kararlarının bağlayıcı olmadığı belirtilerek uygun düştüğü ölçüde dikkate alınacağı ifade edilmektedir²⁸⁶. Bazı durumlarda ise tahkim heyetinin görülmekte olan dava bakımından önceki tahkim kararlarına atıfta bulunmakla birlikte bunlara yönelik eleştirilerde de bulunduğu görülmektedir²⁸⁷.

Anlaşmaların yorumlanmasında önceki tahkim kararlarına başvurma, hukuki istikrarın sağlanması bakımından önemlidir. Çünkü anlaşma yorumunda tahkim kararlarına başvurulması ileride öngörülebilen ve tutarlı tahkim kararlarının verilmesini sağlayacaktır²⁸⁸. Önceki tahkim kararları görülmekte olan dava bakımından tahkim heyetini bağlamadığını belirtmiştir. Ancak günümüzde tahkim yargılaması neticesinde verilen kararların uluslararası hukukta kaynak olarak az ya da çok oranda kabul edildiği göz ardı edilemez. Bu anlamda sonuçlanmış tahkim kararları neticesinde verilen kararlar kolaylık ve karşılaştırma kaynağı olarak kullanılabilir²⁸⁹.

Yukarıda belirttiğimiz üzere tahkim yargılaması sürecinde taraflar ileri sürdüğü gerekçeleri önceki tahkim kararlarına dayandırabilir veya onlara atıfta bulunabilir. Ancak önceki tahkim kararlarının benzerlik taşıması, görülmekte olan dava bakımından aynı sonucun çıkacağı anlamında gelmez. *AES v. Arjantin* tahkim davasında tahkim heyeti görülmekte olan dava bakımından önceki tahkim kararlarına ilişkin değerlendirmede bulunmuştur²⁹⁰. Hakem heyetine göre diğer mahkemelerin yargılama yetkisi ve esas olarak hukuki uyumsuzluğun görülmekte olan davayla yüksek bir benzerlik göstermesi hatta içinde bulunduğu şartların örtüşmesi hâlinde bile, ilk olarak, söz konusu mahkeme görüş ve değerlendirmelerinin dikkate alınması bakımından engel teşkil etmez²⁹¹.

4.2.3. Doktrin

Anlaşmaların yorumunda, tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda olduğu gibi, öğretide de tamamlayıcı yorum aracı olarak kullanılmaktadır. Genel olarak, yatırım

²⁸⁶ Bayindir v. Pakistan, ICSID Case No: ARB/03/29, Decision on jurisdiction, para 76, Corn Products v. Mexican, ICSID Case No: ARB/04/1, Decision on responsibility, para 77.

²⁸⁷ SGS v. Philippines, paras 131-135, SGS v. Pakistan, paras 183-170.

²⁸⁸ Schreuer, 2006d, a.g.k., 11.

²⁸⁹ Romak. S.A v. Uzbekistan, UNCITRAL, PCA Case No: AA280, para 170. Benzer davalar için bkz. Bayindir v. Pakistan, para 76.

²⁹⁰ AES Corp v. Argentina, ICSID Case No: ARB/02/17, Decision on jurisdiction, paras 18-25.

²⁹¹ AES Corp v. Argentina, paras 27-28.

anlaşmaları belirli bir miktar belirsizlik içermektedir. Bahse konu belirsizlik birkaç nedenden (anlaşmalarla getirilen hükümlerin koruma kapsamını veya istisnai hükümlerin uygulama alanının geniş tutulması gibi) kaynaklanabilir. Bu tür belirsizlikler çoğu durumlarda doktrinde yapılan ciddi çalışmalar sonucunda ortaya çıkarılabilmektedir. Böylece doktrinde yapılan çalışmalar ileride yapılacak düzenlemeler ve belirsiz hükümlerin açıklığa kavuşturulması bakımından önemlidir. Dolayısıyla tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlarda, tahkim heyeti gerek anlaşmada düzenlenen hükümler gerek bu hükümlerin uygulanması bakımından sorunlarla karşılaşabilir. Hakem heyetinin ortaya çıkan sorunları sağlam gerekçelere dayandırarak cevaplandırması için konunun daha derin bir şekilde araştırılması gerekebilir.

Günümüzde tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda, hakem heyetinin doktrine başvurusu kısıtlı kalmaktadır (anlaşma hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin çalışmalar gibi). Bu kapsamda taslak anlaşma çalışmaları, uluslararası kuruluşların bağlayıcılığı olmayan belgeleri ve akademik çalışmalar sayılabilir. Yukarıda sıkça belirttiğimiz üzere söz konusu kaynakların taraflar bakımından bağlayıcılığı yoktur. İncelenen toplam 229 davadan 101’inde hakem heyeti doktrine atıfta bulunmuştur²⁹².

²⁹² Yen, 2014, a.g.k, 71.

İKİNCİ BÖLÜM

DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARA İLİŞKİN KURUMSAL YAPI VE ULUSAL MEVZUAT

1. RUSYA FEDERASYONU'NUN DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARA İLİŞKİN POLİTİKASI, İLGİLİ KURUMLARI VE ULUSAL YATIRIM MEVZUATI

Dünyanın en büyük yüz ölçümüne sahip ülkesi olan Rusya Federasyonu, Kuzey Asya'nın tamamını kaplamaktadır. Rusya Federasyonu devlet yapısı bakımından başkanlık sistemiyle idare edilmektedir. Bu kapsamda Rusya, kendi anayasaları ile yasama ve yürütme organlarına sahip 21 cumhuriyet, 9 eyalet, 41 bölge ve 2 federal statüye sahip (Moskova ve St. Petersburg), 5 özerk bölgeden oluşan toplam 83 idari birimden ibaret bir federasyondur.

Rusya'nın sahip olduğu doğal kaynaklar, eğitilmiş işçi gücü, büyük pazar payı, istikrarlı siyasi ortamı ve düşük kamu borcu ülkeyi yabancı yatırımlar bakımından cazip hâle getirmektedir. Rusya'nın Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) ile yaptığı üyelik müzakereleri ve 2012' den itibaren DTÖ üyeliğine kabul edilmesi sonucunda Rusya'da yatırım mevzuatında yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemelerin uluslararası standartlara uyumlu hâle getirme konusunda önemli gelişmeler yaşanmıştır. Ancak Rusya'nın devlet kurumlarının yönetimindeki sorunları, yolsuzluk ve bölgesel istikrarsızlık yabancı yatırımların akışını olumsuz etkilemiştir. Rusya'nın doğrudan yabancı yatırım istatistikleri bu durumu desteklemektedir²⁹³. 2008 'de Rusya, 74.783 milyar dolar doğrudan yabancı yatırım girişi gerçekleştirerek, 1992 'den bu yana ülkeye en çok doğrudan yabancı yatırım girişi değerine ulaşmıştır. Ancak 2008'den sonraki süreçte Rusya'ya yabancı yatırımların girişinde önemli ölçüde azalma gözlemlenmiştir. 2013'te bu sayı 69.219 milyar dolar olurken, 2015'te 6.853 milyar dolarla yabancı yatırım akışında sert bir düşüş yaşanmıştır. 2017'de 28.684 milyar dolarla Rusya'ya yabancı yatırım girişi az oranda artmıştır.

²⁹³ The World Trade Bank, <https://data.worldbank.org/indicator/BX.KLT.DINV.CD.WD?locations=RU> (Erişim tarihi: 5.12.2018).

1.1. Rusya'nın yatırım politikaları

Ev sahibi ülkeler yatırım politikalarını, ekonomi alanında düzenlenen yasalar veya yabancı yatırımlara ilişkin yasa ve yönetmeliklerle belirlemektedirler. Rusya Yabancı Yatırımlar Kanununun önsöz kısmında²⁹⁴, Rusya'nın yabancı yatırımlara ilişkin ana hedefleri belirtilmektedir. Buna göre devletin yatırım politikaları, toplumun refahını artırmayı, üretim odaklı, bilimsel ve araştırmaya dayalı faaliyetlerini geliştirmeyi, eğitim ve sağlık alanlarında hizmet göstermeyi amaçlamalıdır. Yatırım politikası, yerli veya yabancı yatırımcı olsun tüm yatırımcı grupları doğrudan ilgilendiren bir konudur. Şeffaflık, mülki hakların korunması ve ayrımcılık yapmama ilkeleri tüm yatırımcılar bakımından elverişli yatırım ortamı oluşturma çabalarını destekleyen yatırım politikası unsurlarıdır. Rusya'nın yatırım politikalarının öngörülebilirliğinin azalması, özellikle enerji sektöründe yapılan uzun vadeli yabancı yatırımlar bakımından risk taşımaktadır²⁹⁵.

Ev sahibi ülke yatırım mevzuatının yabancı yatırımlara karşı aşırı derecede kısıtlayıcı nitelikte düzenlemeler içermesi yabancı yatırımların bahse konu ülkeye girişini ve yatırım faaliyetlerinin sürdürülebilirliğini zorlaştırabilmektedir. Rusya'da özellikle düzenleyici kurumların yabancı yatırımlara ilişkin koşulları değiştirmek ve lisansları iptal etmek gibi konularda geniş takdir yetkisine sahip olması, yabancı yatırımlar üzerinde olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin taşımacılıkta lisans alma şartı hem yerel yatırımlar hem de yabancı yatırımlar bakımından geçerlidir. Ancak lisanslama sisteminin karmaşık yapıya sahip olması, yabancı yatırımcılar bakımından farklı uygulamalara sebebiyet verebilmektedir²⁹⁶. Son zamanlarda Rusya'da yaşanan gelişmeler özellikle enerji sektöründeki yatırım anlaşmalarının iptal edilmesi ve kamulaştırmalar, Rus yatırımcıların yanı sıra yabancı yatırımcıları da etkilemiştir. Örneğin, 2003'te Rusya'nın en büyük özel şirketi Yukos'un vergi kaçırma iddiasıyla tasfiye edilmesi, 2006'de *Royal Dutch Shell* şirketinin Sahalin'de sıvılaştırılmış doğal gaz akışını yönetmek için aldığı lisansının şirketin çevreye zarar verdiği iddiasıyla geri alınması, 2007'de uluslararası petrol şirketi

²⁹⁴ Rusya Yabancı Yatırımlar Kanunu, 09.07.1999, N.160-FZ. Kanunun Rusça metni için bkz, <http://docs.cntd.ru/document/901738493> (Erişim tarihi: 10.12.2018).

²⁹⁵ OECD (2008 f). Russia's energy investment policy: The policy challenges of involving private investment in key primary sectors, 5, <https://www.oecd.org/investment/globalforum/40311537.pdf> (Erişim tarihi: 16.12.2018).

²⁹⁶ OECD (2006 g). Obzori investitsionnyy politiki OECF: Rosiyiskaya Federatsiya povishenie prozrachnosti politiki (OECD yatırım politika incelemeleri: Rusya politikalarında artan politika şeffaflığı), 23.

British Petroleum’un şirket hisselerinin Gazprom’a satışa zorlanması vb. bu gibi vakialarda yabancı yatırımcıların karşılaştığı ortak sorun, yatırım anlaşmalarıyla getirilen hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak Rusya’da bağımsız, tarafsız ve uzmanlaşmış yargı sisteminin olmamasıdır²⁹⁷.

2014’ten günümüze kadar uzanan süreçte, Rusya’nın ABD, AB, Kanada, Japonya ve diğer devletlerle yaşadığı siyasi gerilim, ülkeye giren yabancı yatırım akışını olumsuz etkilemiştir. İlk başta Rusya’ya karşı (Rus şirketlerinin küresel piyasadaki rekabet gücünü azaltmayı hedefleyen) birtakım yaptırımlar uygulanmıştır ve sonradan bu yaptırımların kapsamı genişletilmiştir. Özellikle yaptırımların Rusya ekonomisinin önemli sektörlerine (petrol, gaz, savunma sanayi ve banka sektörü) yönelik olduğu dikkate alındığında, söz konusu yaptırımların Rusya ekonomisi üzerinde oluşturduğu etkinin büyük olduğu söylenebilir²⁹⁸.

Rusya doktrininde “yatırım yapma” ve “yatırım” kavramlarının tamamen ekonomik kavramlar olduğu, söz konusu kavramların hukuki anlam ve önemi olmadığı yaklaşımı yaygındır. Bu yaklaşım, Rusya’nın yatırım politikaları oluşturma sürecini olumsuz etkilemektedir²⁹⁹. Konu şu bakımdan önem taşımaktadır; yabancı yatırım tamamen ekonomik bir kavram olarak kabul edildiğinde, yabancı yatırımlara ilişkin hususlar genel mevzuat çerçevesinde değerlendirilecektir. Böyle bir durumda yabancı yatırımcıların uluslararası yatırım hukukunda kabul edilen yabancı yatırımlara ilişkin temel hükümlerden yararlanması önemli ölçüde engellenebilmektedir.

1.2. Rusya’nın DTÖ’ye Katılım Süreci ve Bunun Yabancı Yatırımlarla İlgili Yasal Düzenlemeler Üzerindeki Etkileri

Rusya, yaklaşık on sekiz yıl süren müzakere sonucunda, 2012 tarihi itibarıyla DTÖ’ye üyeliğe kabul edilmiştir³⁰⁰. Bu süre zarfında Rusya, ulusal mevzuatını önemli ölçüde (gümrük tarifelerinin indirilmesi, pazara erişimin sağlanması, fikri mülkiyetin korunması, yatırımlara ilişkin düzenlemeler gibi) DTÖ kurallarıyla uyumlu hâle getirmiştir.

²⁹⁷ OECD, 2008f, a.g.k., 12; E. Glusker (2010). Arbitration hurdles facing foreign investors in Russia: Analyses of present issues and implications, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 10(3).

²⁹⁸ O. Gorbunova (2018). Attracting foreign investment in the Russian economy under sanctions (Privlechenie pryamih inostranih investitsiy v Rossiysku ekonomiku v usloviyah deystviya sanksiya), *Russian of Entrepreneurship*, Vol.8, 2188.

²⁹⁹ G. Dororina (2012). Problem i puti razvitiya rossiyskogo investitsionnogo zakonadatelstva (Rusya yatırım mevzuatında sorunlar ve öneriler), *Prava i Politika*, 2, 8.

³⁰⁰ World Trade Organization, https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/a1_russie_e.htm (Erişim tarihi: 4.12.2018).

Rusya'nın DTÖ'ye katılımı, sosyal ve ekonomik reformların sürdürülmesi, ekonominin yeniden yapılandırılması ve iş ortamının iyileştirilmesine ilişkin yeni yasalar yapılmasına vesile olmuştur³⁰¹. Bunun en somut örneği olarak, Rusya 1 Ekim 2018 tarihinde DTÖ kurallarıyla uyumlu olmayan otomobil sektöründe yürütülen yatırım programını askıya aldığını duyurmuştur³⁰².

DTÖ, Ticaretle Bağlantılı Yatırım Tedbirleri Anlaşması (*Agreement on Trade Related Measures - TBYTA*)³⁰³ kapsamında, üye ülkelere ticaretle bağlantılı yatırımları kısıtlayıcı nitelikteki birtakım düzenlemeleri kaldırma yükümlülüğü getirmektedir. Bazı durumlarda ev sahibi ülkeler, yabancı yatırımlardan beklenen yararı en iyi şekilde değerlendirmek için yabancı yatırımcıya kullandığı ham maddeyi yerel üreticiden tedarik etme veya iç piyasadan satın alma şartı getirebilmektedir³⁰⁴. Ev sahibi ülkeler tarafından alınan bu tür önlemlerin çoğu, yabancı yatırımcıların uluslararası pazarla etkileşim kurma, ithalat ve ihracat yapma kabiliyetlerini sınırlandırmaktadır. Söz konusu önlemlerin boyutu, ticaretle bağlantılı yatırım tedbirleri anlaşmasıyla belirlenmektedir ve bu anlaşma ülkelerin tarife veya kota gibi ticaret politikasına ilişkin önlemleriyle eş değerdir. Örneğin, yerel içerik kullanma şartının üretim maliyeti üzerinde etkisi vardır³⁰⁵.

³⁰¹ S. Kirsanov and E. Safonov (2014). The consequences of Russian accession to WTO: Conclusions and recommendations, *European Scientific Journal* 10(6), 196.

³⁰² Söz konusu yatırım programı otomobil parçası ihracatı yapan yatırımcılara yerel içerik şartını yerine getirmesi halinde (*local content requirement*) gümrük vergisi muafiyeti tanımaktaydı. Bkz. WTO, Russia to end its WTO – incompatible auto investment program on 1 July 2018, https://www.wto.org/english/news_e/news18_e/trim_06jun18_e.htm, (Erişim tarihi: 5.12.2018).

³⁰³ Anlaşmanın uygulama alanı ticaretle bağlantılı yatırım tedbirleriyle kısıtlıdır. Bundan dolayı söz konusu anlaşma yatırım anlaşması olmaktan ziyade ticari anlaşma niteliği taşımaktadır. *Agreement on Trade Related Measures*, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/18-trims.pdf (Erişim tarihi: 8.11.2018).

³⁰⁴ A. Danelyan (2016). Soglashiyem po svyazyam s tovgovliy investitsennoy meram i prinsip “performance requirement”, (Ticaretle Bağlantılı Yatırım Tedbirleri (TRIMS) ve “performans requirement” ilkesi), *Eurasian Legal Journal* 2,.93.

³⁰⁵ N. Djorjo i P. Anjelika (2004) Torgovie aspekti investionih meri (TRIMS) investisioniy kliymat (Yatırımla bağlantılı ticari tedbirler bakımından yatırım ortamının değerlendirilmesi), <http://documents.worldbank.org/curated/en/590271484240052039/text/111978-WP-RUSSIAN-PUBLIC-module-15.txt> (Erişim tarihi: 6.12.2018).

Günümüzde Rusya Federasyonu Ticaret Bakanlığı uzmanları ve birçok yazar³⁰⁶, Rusya mevzuatında bulunan bazı yasaların TBYTA ile uyumlu olmadığını belirtmektedir. Örneğin; Üretim Paylaşım Anlaşması³⁰⁷, yerel yatırımcılara daha elverişli koşullar sağlamak ve yabancı yatırımcıya yerel malzeme kullanma veya malzemeyi yerel tedarikçiden temin etme gibi ek şartlar getirmektedir. Anlaşmanın 7/2.maddesinde yatırımcılara üretim için gereken ekipman ve teknik araçların en az %70'ini Rus tüzel kişilerinden satın alma şartı getirilmektedir. Üretim Paylaşım Anlaşması'yla getirilen hükümlerin hukuki niteliği ve DTÖ kurallarıyla uyumlu olup olmadığı konusu, Rus doktrininde tartışmalara neden olmuştur. Bu çerçevede bazı yazarlar³⁰⁸ ürün paylaşım anlaşmasını idari sözleşme çerçevesinde değerlendirirken, diğerleri³⁰⁹ özel hukuk sözleşmesi kapsamında değerlendirmektedir. Rus doktrininde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, ürün paylaşım anlaşmasının içinde idari hukuk sözleşmesi unsurlarını barındıran bir özel hukuk sözleşmesi olduğu yönündedir³¹⁰. Öte yandan DTÖ kurallarıyla uyumlu olmayan veya bu kurallara aykırılık teşkil eden üretim paylaşım anlaşmasıyla düzenlenen hükümlerin, Rusya ekonomisi çıkarlarının korunması bakımından son derece önemli olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte söz konusu anlaşmayla getirilen hammadde ve emeğin kullanımına ilişkin hükümler, serbest ticareti engellemektedir³¹¹. Rusya mevzuatında Üretim Paylaşım Anlaşması dışında DTÖ kuralları çerçevesinde ihlal oluşturan birkaç yasa hâlâ yürürlükte. Bu kapsamda Devlet Mülkiyetini Özelleştirme Yasası'nın³¹² 21/5.maddesi, anlaşmaya taraf yatırımcılara, belirli şartlar altında yerel malzeme kullanma şartı getirmektedir.

³⁰⁶ A. Grigoryan (2004). Soglashiyem po Svyazyam s Torgovliy Investitsennoy (Ticaretle Bağlantılı Yatırım Tedbirleri), *Jurnal Prava i Politika* 3, 12; İ. Golovina (2014) Pravo posledstva vstupleniya Rossiya v BTO priminitelno k soglasniyu o razdele produksii (DTÖ kuralları çerçevesinde Ürün Paylaşım Anlaşmasının yasal sonuçları), *Trudi Instituta Gosudarstva i Prava Rossiyskiy Akademiyi Nauk* 2.

³⁰⁷ Üretim Paylaşım Anlaşması, N.225-F3, Kanunun Rusça metni için bkz, <http://docs.cntd.ru/document/9014988> (Erişim tarihi: 4.12.2018).

³⁰⁸ S. Krupko (2002). Investitsyonni spori mejdu gosudarstvom i inostranim investrom (Devlet ve yabancı yatırımcılar arasındaki yatırım uyuşmazlıkları), Moskva: BEK, 75.

³⁰⁹ Z. Fathuddinov (2005 a). Mejdunarodnoe investitsionno prava (Milletlerarası yatırım hukuku), Moskva: Wolters Kluwer, 227; V. Vasilevskaya (2007). Pravovie regulirovanie otnosheniy nedropolzovaniya v Rossiyskiy Federatsii i zarubejnih strani (Rusya Federasyonu ve yabancı ülke hukuklarında toprak altı kullanımına ilişkin düzenlemeler), Moskva: Nestor Akademik, 265-275; İ. Braginiskiy i V. Vitiryanskiy (2006). Dogovornie prava (Sözleşmeler hukuku), I. Bölüm, Moskva: Statut, 24.

³¹⁰ A. Kursky (2003). Product Sharing Agreement (PSA) in Russian mining industry, *CIS Energy and Mining Law Journal* 1, 31.

³¹¹ V. Silkin (2003). Prayomoe inostranie investitsiya v Rossiyu: Praviye formi privilecheni i zashiti (Rusya'da doğrudan yabancı yatırımlar: Yabancı yatırımcılara sağlanan imtiyaz ve korumanın hukuki çerçevesi), Moskva: Yurist, 147-148.

³¹² Devlet ve Belediye Mülkiyetinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun, N.123-F3, Kanunun Rusça metni için bkz, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_15273/ (Erişim tarihi: 5.12.2018).

Yukarıda görüldüğü üzere, Rusya'nın DTÖ'ye üyelik süreci, Rusya yatırım mevzuatının uluslararası standartlarla uyumlu hâle getirilmesi bakımından önemli katkı sağlamıştır. Bu süreçte Rusya yatırım politikalarını yeniden gözden geçirerek DTÖ kurallarına uyum sağlama çabasını göstermiştir. Yaşanan olumlu gelişmelere rağmen, Rusya mevzuatında hâlâ serbest ticaret ve rekabeti engelleyen ticaretle bağlantılı yatırım tedbirleri mevcuttur.

1.3. Rusya mevzuatında doğrudan yabancı yatırımların hukuki çerçevesi

Yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemeler, bir ülkenin yatırım politikalarına ne kadar bağlı ve objektif olduğunun göstergesidir. Ev sahibi ülkenin yabancı yatırım rejiminin mülkiyet, uluslararası ve iç hukuk boyutları bulunmaktadır³¹³. Ancak bu noktada belirtelim ki gerek uluslararası yatırım anlaşmalarında gerek ulusal yatırım mevzuatlarında, yabancı yatırımlara ilişkin hususların ağırlıklı olarak ulusal mevzuata göre belirleneceği kabul edilmektedir. Diğer bir tanıma göre ev sahibi ülke yatırım mevzuatı, ekonomik yasaların bir parçası olarak imtiyaz anlaşmaları ve üretim paylaşım anlaşması dâhil olmak üzere yatırım faaliyetine ilişkin idari hukuk normlarının yanı sıra, özel hukuk sözleşmelerinden oluşmaktadır. Bununla birlikte ev sahibi ülke yatırım rejiminin, hemen hemen tüm ekonomik sektörleri kapsayan özel ve kamu hukuk normlarından oluşan kapsamlı bir mevzuattan oluştuğu da söylenebilir³¹⁴.

Çalışmamızın bu kısmında yabancı yatırımlara ilişkin Rusya mevzuatı izah edilecektir. Bu aşamada ilk olarak, Rusya mevzuatında yabancı yatırımlara ilişkin hükümler getiren temel yasalara değinilecektir. Ardından, doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin hususları doğrudan düzenleyen yasalar açıklanacaktır. Son olarak, yabancı yatırımlara ilişkin idari düzenlemeler incelenecektir.

1.3.1. Genel düzenlemeler

Rusya Anayasası'nda³¹⁵ düzenlenen yabancı yatırımcılara ilişkin hükümler, ekonomik ilişkiler çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, Anayasada düzenlenen özel

³¹³ G. Bogatirev (1992). *İnvostrannie investitsiya* (Yabancı yatırımlar), Moskva: Rossiyskiy Prava, 46.

³¹⁴ G. Dororina (2012). Problem i puti razvitya rossiyskogo investisonnogo zakonadatelstva (Rusya yatırım mevzuatında sorunlar ve öneriler), *Prava i Politika*, 2, 5.

³¹⁵ Rusya Federasyonu Anayasası, Rusça metin için bkz. <http://www.constitution.ru/> (Erişim tarihi: 6.12.2018).

mülkiyetin korunması (m. 8/2.) ve ulusal ekonomik düzenin sağlanmasına (m.8/1) ilişkin hükümler belirtilmelidir. Ekonomik ilişkileri anayasal düzeyde düzenleme, sosyal-ekonomik sistemi benimseyen ülke anayasalarında yaygındır. Bununla birlikte Rusya birçok ülke tarafından benimsenen piyasa ekonomisini kabul etmiştir. Devlet, piyasa ekonomisinin korunması için gereken önlemleri alarak toplum ve vatandaşların çıkarlarını korumaktadır. Ekonominin bu özelliği anayasada sabit olmasa da bu husus anayasanın özel mülkiyetin korunması ve eşitliğe ilişkin hükümlerine (m.8/2) dayandırılabilir³¹⁶.

Yabancı yatırımlara ilişkin temel yasa niteliğindeki diğer bir düzenleme, Rusya Medeni Kanunu'dur. Eşitlik ilkesine dayanan Medeni Kanun, kamu ve özel mülkiyet ayrımı gözetmeksizin taraflara eşit koruma sağlamak ve yatırım ilişkilerinin hukuki çerçevesinin oluşturulması bakımından önem taşımaktadır³¹⁷. Kural olarak, Medeni Kanun'da düzenlenen hükümler, aksi belirtilmedikçe yabancı tüzel ve gerçek kişiler bakımından önem taşıyacaktır. Mevcut Rusya Medeni Kanunu özel hukuka ilişkin temel hususları düzenleyerek toplumun ekonomik yaşamında eşitliği, mülkiyet haklarının korunmasını ve ihlal edilen hakkın geri alınmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla Kanun, özel girişimcilerin serbest bir şekilde faaliyet yürütmelerini sağlayan hükümler getirmektedir³¹⁸.

1.3.2. Özel düzenlemeler

Rusya'da bulunan yabancı yatırımlara ilişkin kapsamlı ve ayrıntılı hükümler getiren temel düzenleme, Rusya Yabancı Yatırımlar Kanunu'dur³¹⁹. Bu Kanun, önsöz kısmında belirtildiği üzere, temel olarak yabancı yatırımcıların Rusya Federasyonu topraklarında yatırım haklarını ve elde ettikleri kazançları güvence altına almaktadır. Bununla birlikte Rusya yatırım mevzuatında, yabancı yatırımlara ilişkin hususlar ve yabancı yatırımcıları korumaya yönelik birtakım düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu yabancı yatırımlara

³¹⁶ A. Dnelyan i Z. Farhutdinov (2013). Mejdunarodiy investitsionniy arbitraj (Milletlerarası yatırım tahkimi), Sankt-Peterburg: Sentr Gumanitarnih İnisiativ, 105.

³¹⁷ E. Veselkova (2016). Ob obshhiye polojeniyah pravogo regularovaniya inistranih investitsiy v Rossiya (Rusya yatırım mevzuatı çerçevesinde yabancı yatırımlarla ilişkin genel şartlar), *Yuridicheskiye Nauki* 1, 2.

³¹⁸ Dnelyan i Farhutdinov, 2013, a.g.k., 106.

³¹⁹ Bugüne kadar kanunda birkaç değişiklik (1995, 2003, 2008, 2011, 2017) yapılmıştır. Rusya Federasyonu Yabancı Yatırımlar Kanunu, N-160 F-3, Kanunun İngilizce ve Rusça metinleri için bkz, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/InvestmentLaws/laws/87> ve http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_89/ (Erişim tarihi: 10.12.2018).

ilişkin düzenlemeler kapsamında; Sermaye Şeklinde Yapılan Yatırım Faaliyetleri Hakkında Kanun³²⁰, Üretim Paylaşım Anlaşması Hakkında Kanun³²¹ ve İmtiyaz Anlaşması Hakkında Kanun³²² sayılabilir. Yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemelerde son zamanlarda görülen eğilim, bölgesel yatırım mevzuatlarının ortaya çıkması ve gelişmesidir³²³. Bu çerçevede Rusya'nın bazı bölge veya eyaletlerinde ekonomik kalkınmayı desteklemek ve yabancı yatırımları teşvik etmek amacıyla yapılan yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, Sahalin eyaletinde Yabancı Yatırımlar Hakkında Kanunu, Permiskoy eyaletinde Yabancı Yatırımlar Hakkında Kanun ve Tataristan Cumhuriyetinde Yabancı Yatırımlar Hakkında Kanunu³²⁴ gibi.

Rus doktrininde bazı yazarlar, Rusya yatırım mevzuatını “yabancı yatırımcılar bakımından son derece elverişsiz” şeklinde tanımlamaktadır. Söz konusu yatırım mevzuatı çerçevesinde “milli muamele ilkesinin yabancı yatırımcılara gerçek yarar ve güvence sağlaması gerektiği” belirtilmektedirler³²⁵. Rusya yatırım mevzuatına ilişkin diğer bir sorun, yabancı yatırımlara ilişkin birçok düzenleme yapılmasına rağmen genel anlamda söz konusu düzenlemelerin olumlu etkisinin görülmemesidir. Yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemelerde, yabancı yatırımcılara ilişkin güvenceleri tekrar eden hükümler yanı sıra yatırım mevzuatında bulunan tutarsız ve çelişkili hükümler de Rusya yatırım rejimini karmaşık hâle getirmektedir³²⁶. Örneğin Ürün Paylaşım Anlaşması'nın 2.maddesi uyarınca; “Anlaşmayla öngörülen toprak altı kullanım şartları Rusya Federasyonu'nun yasa ve yönetmelikleriyle uyumlu olacaktır. Toprak altı kullanım hakkı, Rusya Federasyonu kanun ve yönetmeliklerine uygun olarak anlaşmada belirtilen şartlar çerçevesinde sınırlandırılabilir, askıya alınabilir ve feshedilebilir”. Madde hükmünden anlaşıldığı üzere bu hüküm,

³²⁰ Rusya Federasyonunda bulunan Sermaye Şeklindeki Yatırımlar Hakkında Kanun, N-39-FZ, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_22142/, Kanunun Rusça metni için bkz (Erişim tarihi: 10.12.2018).

³²¹ Kanunun Rusça metni için bkz, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8816/ (Erişim tarihi: 10.12.2018).

³²² Kanunun Rusça metni için bkz, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_54572/ (Erişim tarihi: 10.12.2018).

³²³ İ. Belyayeva (2009). K voprosu o garantiyah prav inostranix investirov v zakonadatelstva Rosiyiskiy Federatsiy (Rusya Federasyonu hukukunda yabancı yatırımların korunmasına ilişkin sorunlar), *Yuridichskiy Nauki* (Hukuki Bilimler) 11, 165.

³²⁴ Rus hukukunda bulunan yabancı yatırımlara ilişkin tüm kanunların Rusça metinlerine şu adresten ulaşılabilir: <http://www.consultant.ru/> (Erişim tarihi: 10.12.2018).

³²⁵ K. Nilov (2016). Pravovie garanti osushestvitelnaya inostranix investitsiy po zakonadatelstvu Rosiyiskiy Federatsiy (Rusya mevzuatı çerçevesinde yabancı yatırımcılara sağlanan yasal güvenceler), *Mejdunarodniy sotrudestvo: Yuridichesky Aspekti* 4, 7.

³²⁶ Nilov, 2016, a.g.k., 9.

toprak altı kullanım hakkını Rusya mevzuatına tabi tutarak toprak altı kullanımına ilişkin kısıtlama, askıya alma ve feshetme gibi hususları öngörülemez hâle getirmektedir³²⁷.

Rusya mevzuatında yabancı yatırımların korunmasına ilişkin birçok yasa bulunmasına rağmen, yabancı yatırımcılara sağlanan güvence kapsamı geniş değildir. Bahse konu düzenlemelerin hepsi, Yabancı Yatırımlar Hakkındaki Kanun'a göndermede bulunmaktadır³²⁸. Başka bir ifadeyle, Rusya mevzuatında bulunan yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemelerin koruma kapsamı, yabancı yatırımlar kanununda düzenlenen koruma boyutunu aşmamaktadır.

1.4. Doğrudan Yabancı Yatırımlarla İlgili Kurumlar

Rusya'da yabancı yatırımlara ilişkin hususların düzenlenmesi ve yabancı yatırımların teşviki bakımından iki önemli kurum bulunmaktadır. Ekonomi Bakanlığı, ağırlıklı olarak yatırım politikalarının oluşturulmasında aktif yer alırken; Yatırım Ajansı, yurtdışında yabancı yatırımların teşviki ve Rusya'da bulunan yatırım fırsatları hakkında tanıtım yapmaktadır. Aşağıda bahse konu kurumların öne çıkan özellikleri izah edilecektir.

1.4.1. Ekonomi Bakanlığı

2002'de yatırım faaliyetleriyle ilgili devlet yatırım politika, kanun ve yönetmeliklerinin oluşturulması ve kamu-özel ortaklığının geliştirilmesi amacıyla Ekonomi Bakanlığı çatısı altında Yatırım Politikası ve Kamu-Özel Ortaklığını Geliştirme Dairesi teşkil edilmiştir³²⁹. Daire; Rus ekonomisinin yatırım cazibesini artırılmasına katkı sağlamakta, Rusya'nın yurtdışında yatırım itibarının yükseltilmesi konusunda çalışmalar yapmakta, yurtdışında bulunan Rus yatırımcılarına elverişli yatırım ortamında faaliyet yürütmelelerine yönelik yatırım politikaları oluşturmakta ve buna ilişkin tedbirler almaktadır. Bununla birlikte Ekonomi Bakanlığı, yabancı yatırımlara ilişkin devlet kurumları arasında koordinasyonu sağlayarak yabancı yatırımcıların elverişli şartlar altında yatırım faaliyetinde bulunmalarını amaçlamaktadır.

³²⁷ Rusya Ortak Ürün Paylaşım Anlaşmasına ilişkin değerlendirmeler için bkz, N. Fet (2007). The problem of investment protection under Russian Production Sharing Agreement, *International Trade Law Journal* 16.

³²⁸ N. Voznasenskaya (2002). İnostranie investitsi. Rossiya i mirovoy opit (Yabancı yatırımlar: Rusya ve Dünya Deneyimi), Moskva: İnfra-M Kontrakt, 84; Belyayeva, 2009, a.g.k.,166.

³²⁹ Rusya Federasyonu Ekonomi Bakanlığı, <http://economy.gov.ru/en/home/about/stucture/dep13/> (Erişim tarihi: 11.12.2018).

Yatırım politika ve mevzuatının oluşturulmasında yabancı yatırımcıların sorun ve beklentilerinin göz önünde bulundurulması önemlidir. 29.06.1994 tarihinde, ülkeye yabancı yatırım girişini artırma ve kamu kurumları arasında koordinasyonunun sağlanması amacıyla Yabancı Yatırım Danışma Konsey'i kurulmuştur³³⁰. Konsey'e kamu kurumlarından başta Ekonomi Bakanlığı olmak üzere birçok federal bakanlık ve bölüm başkanları katılmıştır. Günümüzde Konsey çalışmalarının sağlanması ve çalışma gruplarının koordinasyonu Ekonomi Bakanlığı tarafından yürütülmektedir. Otuzdan fazla yabancı yabancı şirket tarafında temsil edilen Konseyde, kurul üyeleri dönemsel olarak değişmektedir. Bununla birlikte, Konsey'in daimî üyeleri de bulunmaktadır. Konsey'in daimî üyeleri; Rusya'daki Alman Ekonomi Birliği, Rusya'daki İş Adamları Kulübü ve Rusya'daki Amerikan Ticaret Odası'dır. Daimî üyeler, Konsey faaliyetlerinin sürdürülmesi bakımından koordinasyon görevini üstlenmektedirler. Danışma Konseyi, federal ve bölgesel otoriteler ve yabancı yatırımcıların temsilcilerinden oluşan çalışma gruplarıdır. Grup çalışmalarında, yabancı yatırımcılara ilişkin vergi mevzuatının geliştirilmesi ve yatırım ortamının iyileştirilmesine ilişkin konular ele alınmaktadır³³¹.

1.4.2. Yatırım Ajansı

Yabancı yatırımların teşviki, gelişmekte olan ülke ekonomileri açısından hayati öneme sahiptir ve bu sebeple birçok gelişmekte olan ülke yabancı yatırımların teşviki amacıyla yatırım teşvik ajansları kurmuştur. Yabancı yatırımlara ilişkin tanıtımın temel ilkesi en az ev sahibi ülke yatırım politikaları kadar etkili olmalıdır³³². Rusya Yatırım Ajansı, 20.12.2013 tarihinde, Dünya Yatırım Ajansları Birliği (*World Association of Investment Promotion Agencies*) ile işbirliğinin geliştirilmesi amacıyla kurulmuştur³³³. Kâr amacı gütmeyen ve sivil toplum örgütü niteliği taşıyan Ajans, Rusya'ya daha fazla yatırım çekmek amacıyla kurulmuştur. Rusya Yatırım Ajansı'nın iki önemli fonksiyonu bulunmaktadır. İlk olarak Ajans; Rusya bölgelerinin yatırım potansiyeli, yatırım ihtiyaçları

³³⁰ Rusya Federasyonu Hükümet Kararnamesi N.487, Kararnamenin Rusça metni için bkz, <https://rg.ru/2004/09/23/investicii-dok.html> (Erişim tarihi: 11.12.2018).

³³¹ L. Gornostaeva (2009). Nekotorie aspekti gosudarstvennogo regulirovaniya inostranikh investitsiy v Rossiyskiy Federatsi (Rusya Federasyonunda yabancı yatırımlara ilişkin idari düzenlemelerin bazı yönleri), *Sosialno-ekonomicheskaya yavleniya i prossesa*, 3(15), 11.

³³² OECD (2014 ğ). Mobilizing resources for sustainable development: Creating an environment for investment and sustainable development, 150, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/dcr-2014-16-en.pdf?expires=1544523076&id=id&accname=oid014567&checksum=5ECFE4DA5FB3DF128553008929EF2C43> (Erişim tarihi: 11.12.2018).

³³³ Rusya Yatırım Ajansı, <http://www.investment-in-russia.com/site/en?view=ABOUT-THE-AGENCY>, (Erişim tarihi: 11.12.2018).

ve yeni yatırım fırsatları hakkında bilgi sağlamaktadır. İkinci fonksiyonu ise yabancı yatırımcıların Rus pazarına giriş aşamasında, Rusya mevzuatı çerçevesinde yabancı yatırımcıların çıkarlarını koruması ve yatırım projelerinin uygulanma aşamasındaki her türlü anlaşmazlığın çözümünde koordinasyon sağlamasıdır.

Genellikle ev sahibi ülkelerin yatırım ajanslarında sıkça karşılaşılan ihracat teşviki, işyeri sicil kaydı ve arazi tahsis gibi sorunların çözülmesinde otoriteler arası koordinasyonun beklenen düzeyde sağlanamaması, yabancı yatırım çekme çabalarını olumsuz etkileyebilmektedir. Yatırım ajanslarının performans değerlendirmesi ve iş çevreleriyle güçlü bir şekilde iletişim kurması elverişli bir yatırım ortamı oluşturması bakımından önemlidir³³⁴. Son zamanlarda Rusya'nın karşı karşıya kaldığı siyasi gerilim ve kriz, Rusya Yatırım Ajansı'nın yabancı yatırım teşvikindeki çabaları üzerinde olumsuz etki yaratmış olabilir. Ancak Yatırım Ajansı'nın asıl amacı, en azından ilk aşamada Rusya ekonomisinde bulunan yatırım fırsatlarına yabancı yatırımcıların dikkatini çekmek olmasıdır. Ev sahibi ülkeye yabancı yatırım akışının düşük seviyede seyretmesi, bahse konu yatırım fırsatlarının mevcut olmaması birbiriyle bağlantılı değildir³³⁵. Öte yandan ev sahibi ülkenin yatırım ajansının sınırlı kaynaklara sahip olmasından dolayı; yatırım ajansları, ev sahibi ülkeye yatırım yapma olasılığı yüksek yatırımcılara yönelebilmektedir. Ancak bu yatırım ajanslarının; yatırımcı nezdinde ev sahibi ülkeden ne aradığını, yabancı yatırımcıların yatırım yapacağı alandaki ihtiyaç ve beklentilerini ve ev sahibi ülkeyi diğer ülkelere kıyasla yabancı yatırım çekmede avantajlı konuma getiren özelliklerini göz önünde bulundurmaları gerekmektedir³³⁶.

Yatırım ajanslarının ev sahibi ülkede bulunan yatırım fırsatlarıyla ilgili tanıtım yaparken üzerinde durması gereken diğer bir husus yatırımcı gözünde ev sahibi ülkenin itibarıdır. Bu kavram, yabancı yatırımcının ilgisini çeken belirli bir bölgeye odaklanmasından veya çok uluslu şirketin ev sahibi ülkeye yatırım yapma konusunda ikna edilmesinden ziyade ev sahibi ülkeye karşı olumsuz algıların üstesinden gelinmesi anlamına gelmektedir. Yatırım ajanslarının (herhangi bir marka örneğinde olduğu gibi) yatırımcıların gözünde olumlu bir ev sahibi ülke görüntüsü oluşturmaları gerekmektedir. Bununla birlikte, başarılı yatırım teşvikinin en önemli unsuru, ev sahibi ülkenin ikna çabasıdır (yabancı

³³⁴ OECD, 2014ğ, a.g.k., 151.

³³⁵ OECD (2005 h). A policy framework for investment: Investment promotion and facilitation, 4, <https://www.oecd.org/investment/investmentfordevelopment/35489737.pdf>, (Erişim tarihi: 11.12.2018).

³³⁶ OECD, 2005h, a.g.k., s.4.

yatırımcıları yatırım yapmaya ve yerel ortaklar aramaya ikna etme, hükümetin tüm kademelerinde daha etkili iş yapmaya ilişkin düzenlemelerin avantajları konusunda ikna etmesi gibi). Şöyle ki yatırım ajansları ev sahibi ülke ve yabancı yatırımcı arasında iletişim sağlayan bir aracı olarak, hükümet içinde bulunan yabancı yatırımcıların savunucusu şeklinde hareket etmeli ve yabancı yatırımcıların endişeleri konusunda ev sahibi ülkenin yatırım politikalarını oluşturan kurumlara görüş bildirmelidir³³⁷.

Rusya Yatırım Ajansı'nın yabancı yatırımların teşviki dışında hükümette resmi görevi bulunmamaktadır. Yani ajansın yatırım politikalarının oluşturulmasına katılımı söz konusu değildir. Örneğin Çin'de Ticaret Bakanlığı, hem yabancı yatırımların teşviki konusunda çalışmalar yapmakta hem de yatırım politikalarının önemli kısmını oluşturmaktadır. Ya da Singapur Ekonomik Kalkınma Kurulu (Economic Development Board), yabancı yatırımların teşvikinin yanı sıra yabancı yatırım politikalarının oluşturulmasında ve uygulamasında da geniş yetkiye sahiptir³³⁸. Yatırım ajanslarının ev sahibi ülke yatırım politikalarının oluşturulmasına aktif olarak katılımı; yabancı yatırımcıların endişe ve beklentilerini ev sahibi ülke yasa ve yönetmeliklerine daha iyi bir şekilde yansıtılması bakımından önem arz etmektedir.

1.5. Doğrudan Yabancı Yatırımların Kabulü

Karşılaştırmalı hukukta sıkça görüldüğü üzere, ev sahibi ülkeler yabancı yatırımcıları yatırımların ülkeye girişi aşamasında belirli şartlara tabi tutabilmektedirler³³⁹. Ev sahibi ülkenin, yabancı yatırımları giriş aşamasında onay sistemine veya belirli şartlara (yerel hammadde kullanma, yerel istihdam sağlama gibi) tabi tutması ulusal ekonominin korunma çabası olarak değerlendirilebilir. Günümüzde ev sahibi ülkeler, yabancı yatırımların kabulüne ilişkin liberal sistem ve kontrol sistemini benimsemektedirler³⁴⁰. Liberal sistemde ev sahibi ülkeler (ABD, Japonya, Türkiye, Almanya gibi) yabancı yatırımların

³³⁷ OECD, 2005h, a.g.k, s.9.

³³⁸ OECD, 2005h, a.g.k, s.12.

³³⁹ S. Elshihabi (2001). The difficulty behind securing sector-specific investment establishment rights: The case of the Energy Charter Treaty, *The International Lawyer* 35 (1), 139.

³⁴⁰ OECD (2007 i). OECD's FDI regulatory restrictiveness index: Revision and extension to more economies and sectors, 138; A. Kawharu (2015). The admission of foreign investment under TPP and RCEP, *The Journal of World Investment and Trade* 16 (1), 1060-1065; P. Juillard (2001). Freedom of establishment, freedom of capital movement, and freedom of investment, *ICSID Review* 15, 323; G. Sacerdoti (2000) The Admission and treatment of foreign investment under recent bilateral and regional treaties, *The Journal of World Investment and Trade* 1(1),106.

kabulüne ilişkin bazı ekonomik sektörler hariç (savunma ve sanayi, ülke ekonomisi bakımından stratejik sektör olarak kabul edilen alanlar) herhangi bir şart getirmezken; kontrol sisteminde ev sahibi ülkeler (Çin, Türkmenistan gibi) yabancı yatırımların kabulüne ilişkin onay sistemi öngörmektedir.

Milletlerarası alanda yaşanan son gelişmeler ışığında ev sahibi ülkelerin giderek yabancı yatırımları kısıtlayıcı nitelikte tedbirler aldığı görülmektedir. Özellikle Rusya'nın enerji sektöründe, yabancı yatırımları kısıtlama kapsamının genişlediği belirtilmelidir. Bu gelişmenin arkasında yatan en önemli temel etken; yabancı yatırımcıların ev sahibi ülkede bulunan stratejik şirketleri, kritik altyapı ve anahtar teknolojileri planlı bir şekilde devralmasına karşın ev sahibi ülkelerin bu tür şirket el değiştirmelerini kontrol etmek istemesidir. Günümüzde yabancı yatırımların kısıtlanmasına ilişkin düzenlemeler birçok ev sahibi ülkenin gündeminde olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ileride söz konusu eğilimin devam etmesi muhtemel görülmektedir³⁴¹.

1.5.1. Yatırımın ön kabulü ve milli muamele

Genel olarak Rusya yatırım mevzuatında yabancı yatırımların kabulü, bazı istisnalar dışında onaya veya incelemeye tabi değildir. Ancak bu noktada belirtelim ki Rusya'nın taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen yabancı yatırımların kabulüne ilişkin hükümlerde, ağırlıklı olarak ev sahibi ülke mevzuatına bağlama eğilimi olduğu söylenebilir. Örneğin; Rusya-Norveç İkili Yatırım Anlaşması'nın 2. maddesi uyarınca “Her bir Akit Taraf diğer Akit Taraf yatırımcılarını kendi sınırları içerisinde yatırım yapmaya teşvik edecek ve bu yatırımları kendi mevzuatı çerçevesinde kabul edecektir”³⁴² ya da Rusya-Danimarka İkili Yatırım Anlaşması'nın 2. maddesi uyarınca, “Her bir Taraf diğer Akit tarafın yatırımcılarının kendi ülkesinde yatırım yapmalarını teşvik edecek, onlara elverişli koşullar sağlayacak ve bu tür yatırımları kendi mevzuatı çerçevesinde kabul edecektir”³⁴³. Rusya'nın son tarihli ikili yatırım anlaşmalarında da yabancı yatırımların kabulünü ulusal mevzuata tabi tutma eğilimine devam edildiği görülmektedir³⁴⁴. Bahse

³⁴¹ UNCTAD (2018 ç). World investment report 2018: Investment and new industrial policies, 162, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf. (Erişim tarihi: 11.12.2018).

³⁴² Rusya-Norveç İkili Yatırım Anlaşması (1998).

³⁴³ Rusya-Danimarka İkili Yatırım Anlaşması (1996).

³⁴⁴ Rusya-Singapur İkili Yatırım Anlaşması (2012) m.3, Rusya-Kamboçya İkili Yatırım Anlaşması (2015) m.2, Rusya-Ürdün İkili Yatırım Anlaşması (2009) m. 2, Rusya-Zimbabve İkili Yatırım Anlaşması (2014) m.3.

konu hükmün etkisi iki şekilde ortaya çıkabilmektedir. İlk olarak taraflar kendi yatırımcılarına ev sahibi ülkenin yabancı yatırımları kabulüne ilişkin şartlarını uygulamasına izin vermekte ve bu kapsamda yabancı yatırımların kabulü ev sahibi ülke mevzuatı çerçevesinde onaya tabi tutulabilmektedir. Dolayısıyla taraflar kendi yatırımcılarına yabancı yatırımların kabulü aşamasında yerli ve yabancı arasında ayırım yapılmasına izin vermektedir. Bu nedenle kontrol sistemini benimseyen ülkelerdeki ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen ayrımcılık yapmama kurallı, ancak yabancı yatırımların kabulünden sonra uygulanmaktadır³⁴⁵.

Karşılaştırmalı hukukta sıkça görüldüğü üzere, ev sahibi ülke bakımından stratejik olarak kabul edilen ekonomik sektörler vardır ki söz konusu alanlarda tüm yabancı yatırımın faaliyeti kısıtlanmaktadır. Son zamanlarda Rusya'nın yabancı yatırımlara ilişkin göze çarpan kısıtlamalar getirdiği söylenebilir. Bu bağlamda 2017 tarihinde yabancı yatırımlara ilişkin iki kanunda³⁴⁶ değişiklik yapılmıştır. İlk yapılan değişiklik *offshore* şirketlerin³⁴⁷ Rusya şirketlerine yatırım yapmasına ve onların Rusya devlet varlıklarının özelleştirme sürecine katılmasına ilişkin kısıtlamalardır. Buna göre *offshore* şirketler, Rusya'nın stratejik şirketlerine yatırım yapan yabancı devlet ve uluslararası kuruluşlar gibi, sıkı kurallara tabi tutulacaktır. Diğer bir değişiklik ise stratejik şirketlere yabancı yatırım yapılmasına ilişkin kısıtlamadır. Bu kapsamda Yabancı Yatırımları İzleme Devlet Komitesi'ne stratejik sektörlerde yapılan yatırımlar üzerinde denetim yapmada geniş yetki tanınmıştır.

1.5.2. Yatırım yapıldıktan sonra milli muamele kaydı

Gerek Rusya Yabancı Yatırımlar Kanunu gerek Rusya'nın taraf olduğu ikili yatırım anlaşmaları milli muamele kaydının uygulanacağına ilişkin hüküm getirmesine rağmen Rus hukukunda milli muamele kaydının uygulama alanı kısıtlıdır. Rusya'nın ikili yatırım anlaşmalarında ağırlıklı olarak milli muamele kaydının uygulanması ulusal mevzuat çerçevesinde sınırlandırılmaktadır. Örneğin Rusya-Singapur İkili Yatırım Anlaşması'nın

³⁴⁵ I. Gomez-palacio and P. Muchlinski (2012). The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford: Oxford University Press, 11.

³⁴⁶ Milli Savunma ve Devletin Güvenliği Bakımından Stratejik Öneme Sahip Teşebbüslerde Yabancı Yatırımların Kısıtlanması Hakkında Kanun, N.57-FZ ve Özelleştirme Hakkında Kanun, No. 178-FZ, Kanunların Rusça metni için bkz, <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102121606&rdk=8> (Erişim tarihi: 4.12.2018).

³⁴⁷ Offshore şirketlerin listesi Rusya Federasyonu Maliye Bakanlığı tarafından güncellenmektedir. 4.12.2018 tarihi itibarıyla offshore şirketlerin sayısı 42'ye ulaşmıştır. Bkz. http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_73100/4a32fa878af996f0b5994ea86e0e1f2238211e0f/ (Erişim tarihi: 4.12.2018).

m.4/3 uyarınca, “Her Akit Taraf kendi mevzuatına uygun olarak milli muamele kaydını uygulama veya milli muamele kaydının uygulanmasına ilişkin istisna getirme hakkını saklı tutar”³⁴⁸.

Rusya yatırım mevzuatında da milli muamele kaydının uygulanması birçok kısıtlamalara tabi tutulmaktadır. Buna örnek olarak, Rusya Yabancı Yatırımlar Kanunu m.4/1 olarak gösterilebilir. Madde hükmüne göre yabancı yatırımcılara ilişkin yasal rejim ve yatırımlardan elde edilen kazançların kullanımı, federal yasalarla belirtilen istisnalar hariç Rus yatırımcılara tanınandan daha az elverişli olamaz. Federal yasaların düzenlediği istisnalar kapsamında malların serbest dolaşımı, işgücü, vergilendirme ve belirli faaliyet türlerine erişim gibi hususlar gösterilebilir. Bazı ekonomik sektörler vardır ki ev sahibi ülke bakımından stratejik önem taşımakta ve bu alanlarda yabancı yatırımcıların faaliyeti kısıtlanabilmektedir. Başlangıçta Rusya yatırım mevzuatında yabancı yatırım faaliyetinin kısıtlandığı ekonomik sektörler tek yasayla düzenlenmeye çalışılmıştır. 1997 tarihinde “Yabancı Yatırımların Yasaklandığı ya da Kısıtlandığı Sektörler, Faaliyetler ve Bölgeler Listesi Hakkındaki Kanunu tasarısı Rusya Federasyonu Devlet Duma’sı tarafından reddedilmiştir³⁴⁹. Sonradan, “Milli Savunma ve Devletin Güvenliği Bakımından Stratejik Öneme Sahip Teşebbüslerde Yabancı Yatırımların Kısıtlanması Hakkındaki Kanun” yürürlüğe sokulmuştur. Kanunda yabancı yatırımcıların faaliyet yürütmesinin kısıtlandığı alanların geniş tutulması haklı olarak bazı eleştirilere neden olmuştur. Bu anlamda yabancı yatırımcıların katılımını kısıtlayan toplam 42 sektörde yabancı yatırımların kabulüne ilişkin sıkı şartlar getirilmektedir ve bu durumun bir bütün olarak ekonomi üzerinde olumsuz etki yaratması muhtemel gözükmektedir³⁵⁰. Bununla birlikte devlet tarafından böyle bir kontrolün gerektiği ve bununla ilgili çalışmaların kamuyla birçok kez paylaşıldığı belirtilmiştir³⁵¹.

³⁴⁸ Rusya-Singapur İkili Yatırım Anlaşması (2012), Rusya-Türkiye İkili Yatırım Anlaşması (2000) m.3.3, Rusya-Çin İkili Yatırım Anlaşması (2009) m.3.2, Rusya-Katar İkili Yatırım Anlaşması (2007) m.4/3.

³⁴⁹ Yasa tasarısının Rusça metni için bkz, <http://api.duma.gov.ru/api/transcript/96048616-2> (Erişim tarihi: 14.12.2018).

³⁵⁰ A. Gilsov i B. Karabelnikov (2009). Strategicheskaya investitsiya: Novelli ili kolezziya (Stratejik yatırımlar: değişiklik veya çarpışma), *Vestnik Grajdanstvoe Prava*, 4, 141-162; V. Shabrov (2009). Investsonie v hozaynstvie obshestva, imeyushi startegicheskoe znacheniya dlya obespecheniya oborni strani i pezipasnosti gosudarstva (Ulusal savunma ve devletin güvenliği bakımından stratejik öneme sahip alanlarda yatırım yapma), *Zakonadatelstva i Ekonomika*, 7, 7-21.

³⁵¹ E. Gubin (2006). Gosedarstvoy regularnoy otosheniy v sefere neftegazovogo kompleksa Rossi: Pravovie vaprosi (Rusya’nın petrol ve doğal gaz alanındaki düzenlemeleri: Yasal Sorunlar), *Energeticheskii Para* 2, 9-21.

Rus doktrininde ağırlıklı olarak milli muamele kaydı kısmen kabul edilmektedir. Bahse konu yaklaşım, çağdaş uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde yabancılar ile vatandaşlar arasında eşit muamele uygulanacağına ilişkin genel kural bulunmadığına dayandırılmaktadır. Bu bağlamda birçok ülke ulusal mevzuatı; medeni hukuk ve medeni usul hukukunda düzenlenen yabancı haklarının korunmasına ilişkin olarak, milli muamele kaydını genişletme eğilimi göstermektedir. Ancak söz konusu eğilimin istikrarlı olduğunu söylenemez. Şöyle ki kural olarak bu tür normlar önleyici niteliktedir ve ulusal mevzuatta düzenlenen milli muamele kaydı, devletin yargı uygulamalarında birçok istisna ile engellenmektedir³⁵². Dolayısıyla yabancı yatırımcılara milli muamele kaydının uygulanmasına rağmen belirleyici olan, mevcut normlardan ziyade ileride yürürlüğe girecek normlardır (*lex ferenda*). Bu nedenle, milletlerarası anlaşmalarda milli muamele kaydının uygulanmasına ilişkin istisnai hükümler yer almaktadır³⁵³. Örneğin; Rusya Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun m.4/2 kapsamında milli muamele kaydının uygulama alanı anayasal düzenin korunması, diğer kişilerin ahlaki değerlerinin, sağlık ve yasal çıkarlarını korunması, ulusal güvenlik ve savunmasının korunması hâlinde kısıtlanabilecektir. Öte yandan bazı yazarlar³⁵⁴, Rusya'da bulunan mevcut ekonomik koşulların yabancı yatırımcılar bakımından cazip olmadığını belirtmektedir. Rusya ekonomisine yabancı yatırım çekmek ve özellikle uzun vadeli yabancı yatırımları desteklemek için milli muamele kaydının uygulanmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu amacı gerçekleştirmek için vergi, yatırım ve kurumsal mevzuatta değişiklikler yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte milli muamele kaydı, yabancı yatırımcılara sağlanan faydalarla bağlantılı bir şekilde uygulanmalıdır.

³⁵² N. Nemateva (2010). *Mejdunarodnogo chastnogo prava* (Milletlerarası özel hukuk), Moskva: Yustitsiya, 139; N. Anufrieva (2002). *Mejdunarodnogo chastnogo prava* (Milletlerarası özel hukuk), 1.Bölüm, Moskva: BEK,76.

³⁵³ Z. Fathuddinov (2010 b) *Mejdunarodnoye investitsennoye prava i prosess* (Milletlerarası yatırım hukuku ve süreci), Moskva: Wolters Kluwer, 159.

³⁵⁴ E. Veselkova (2016). *Pravovoe regulirovanie inostranikh investitsi v RF: Opit i perspektivi* (Rusya Federasyonunda yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemeler: Deneyim ve perspektifler), Moskva: Knorius, 30; Y. Yushkarov (2006) *Pravovoe regularovaie inostranikh investitsi v mejdunarodnom chastnom prave: Sovremennie tendensiyyi* (Milletlerarası özel hukukta yabancı yatırımların hukuki çerçevesi: Çağdaş eğilimler), *Yurist* 12,.45.

1.6. Rusya Yatırım Mevzuatının Milletlerarası Yatırım Hukukunun Temel İlkeleriyle Uyumu

Genel olarak yabancı yatırımları korumaya ilişkin (ayrımcılık yapmama, kamulaştırmaya karşı koruyucu hükümler, yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yolları gibi) bazı hükümler vardır ki, bu hükümler ev sahibi ülke yatırım mevzuatının esasını oluşturmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta görüldüğü üzere, ev sahibi ülkeler yabancı yatırımcıları korumaya ilişkin temel hükümleri az ya da çok kabul etmektedir. Aşağıda uluslararası hukukta kabul edilen yabancı yatırımlara ilişkin temel hükümlerin Rusya yatırım mevzuatında ne ölçüde benimsendiği izah edilecektir.

1.6.1. Rusya yatırım mevzuatında düzenlenen milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı

Ekonomi alanda yerli ve yabancı ayrımı gözetmeksizin yatırımcıları benzer şartlara tabi tutma, ev sahibi ülkenin iyi niyetine bağlıdır. Ev sahibi ülke ulusal mevzuatta milli muamele kaydının uygulanacağı alanları belirlemede serbest olduğundan milletlerarası sözleşmeler ancak milli muamele kaydının izin verilen alanlarda uygulanmasına ilişkin hususları açıklığa kavuşturmaktadır³⁵⁵. En çok gözetilen ulus kaydı ise devletlerin kendi aralarındaki ekonomik, ticari ve diğer ilişkilerde; bazı devletlerin başkaları tarafından keyfi, tesadüfi, ayrımcı şekilde muameleye tabi tutulmasını engellemek suretiyle asgari düzeyde koruma sağlamaktadır³⁵⁶. Dolayısıyla yatırım anlaşmalarıyla getirilen en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin hükümler, hükmün içeriğini açıklamaktan ziyade referans niteliği taşımaktadır. Şöyle ki en çok gözetilen ulus kaydını oluşturan hak ve yükümlülüklerin kapsam ve içeriği, ev sahibi ülke hukuku ve taraf olduğu milletlerarası anlaşmalarla belirlenmektedir. Diğer bir ifadeyle, en çok gözetilen ulus kaydı değişkendir ve sürekli değişkenlik gösteren bir yapıya sahiptir³⁵⁷.

Yukarıda Rusya yatırım mevzuatında milli muamele kaydının bazı istisnalar dışında kabul edildiğini belirtmiştik. Bununla birlikte Rusya yatırım mevzuatında milli mu-

³⁵⁵ Z. Fathuddinov, 2010b, a.g.k.,141.

³⁵⁶ N. Yurova (2008). *Mejdunarodnoe grajdanskoe presisualnio prava: Teoritecheskie asnovi implementatsi norm v pravovoy sistemi Rossiyskiy Federatsi* (Milletlerarası medeni usul hukuku Rusya Federasyonu hukuk sisteminde hukuk normlarının uygulanmasına ilişkin esaslar), Moskva: Wolters Kluwer,78.

³⁵⁷ E. Veselkova (2011). *Rejim naibolshego blagopriyantsovanyia dlya razvitya mejdunaronogo nsotrujetstva investitsionnogo sotrudnijestva* (Uluslararası yatırım işbirliğinin geliştirilmesinde en çok gözetilen ulus kaydının önemi), *Vestnik Moskovskiy Mejdunarodniy Akademi*, 3, 108.

amele kaydının uygulanması ancak yatırım kabul edildikten sonra söz konusu olabilecektir. Rusya yatırım mevzuatı çerçevesinde yabancı yatırımcılar yatırımların kabulünde yerli yatırımcılardan farklı işlemlere tabi tutulabilmektedir. Rusya'nın taraf olduğu birçok yatırım anlaşmasında³⁵⁸ da milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Örneğin Avrasya Yatırım Anlaşması'nın³⁵⁹ m.4.2 ve 4.3 kapsamında en çok gözetilen ulus kaydının yanı sıra milli muameleye ilişkin hususlar da düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm devletlerin taraf olup olmadığına bakılmaksızın tüm ülke yatırımcıları bakımından uygulanmaktadır. Ancak, Avrasya Yatırım Anlaşması ile getirilen en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün yabancı yatırımcılara daha geniş koruma sağladığı söylenemez. Çünkü Rusya'nın taraf olduğu birçok ikili yatırım anlaşması, hâlihazırda en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin hükümler getirmektedir³⁶⁰. Milli muamele kaydı bakımından da aynı husus geçerlidir. Şöyle ki Avrasya Yatırım Anlaşması'nda düzenlenen milli muamele kaydının ulusal mevzuatla sınırlandırılması, Rusya'nın çoğu ikili yatırım anlaşmasında getirilen milli muamele kaydı hükmüyle benzerlik arz etmektedir.

1.6.2. Rusya yatırım mevzuatında düzenlenen kamulaştırmaya ilişkin hükümler

Rusya yatırım mevzuatında kamulaştırma ve millileştirmeye ilişkin hususları düzenleyen birkaç düzenleme bulunmaktadır. Bu kapsamda Rusya Yabancı Yatırım Kanunu'nun 8. maddesi, yabancı yatırımcılara kamulaştırmaya karşı koruyucu hükümler getirmektedir ve yabancı yatırımların tazminatsız kamulaştırılmayacağı konusunda yabancı yatırımcılara güvence sağlamaktadır. Bunun dışında, Rusya mevzuatında kamulaştırmaya ilişkin iki önemli düzenleme bulunmaktadır. İlk olarak, Rusya Medeni Kanunu'nun 235-306 maddeleri kamulaştırmaya ilişkin hükümler içermektedir. Medeni Kanun'un m.235 çerçevesinde mülkiyet hakkının kamu ihtiyaçları için mahkeme kararıyla sona erdirilebi-

³⁵⁸ Avrasya Ekonomik Topluluğu- Vietnam Serbest Ticaret Anlaşması (2015) m.8.15, Avrupa Ekonomik Topluluğu – Ortaklık ve İşbirliği Anlaşması m.28, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/175#iiaInnerMenu>, (Erişim tarihi: 16.12.2018).

³⁵⁹ Rusya önceliğinde Beyaz Rusya, Kazakistan, Kırgızistan ve Tacikistan katılımıyla 01.01.2015 tarihinde Avrasya Ekonomik Topluluğu Anlaşması çerçevesinde Avrasya Ekonomik Topluluğu kurulmuştur. Anlaşma söz konusu ülkelerde mal, emek ve yatırımların serbest dolaşımını sağlamaktadır. 11.01.2016 tarihinde Avrasya Ekonomik Topluluğu tarafından Avrasya Yatırım Anlaşması kabul edilmiştir. Anlaşmanın Rusça metni için bkz, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/175#iiaInnerMenu>, (Erişim tarihi: 16.12.2018).

³⁶⁰ Rusya-Çin İkili yatırım Anlaşması (2006) m. 3.3, Rusya-Singapur (2012) m.4.4, Rusya-İran İkili Yatırım Anlaşması m.3.2.

leceğinin mümkün olduğu belirlenmektedir. İkinci düzenleme ise Kamu Bakımından Yarar Sağlamayan Mülkiyetlerin Kamulaştırılması Hakkında Kanun³⁶¹ ve kanun kamulaştırmaya ilişkin detaylı hükümler getirmektedir. Ancak söz konusu kanun, Rusya'nın Yukos davası sonrası yabancı yatırımcılara yönelik aldığı bir önlem olarak nitelendirilmekte ve ileride kamulaştırma söz konusu olduğunda bu kanunun yabancı yatırımcılara karşı kalkan olarak kullanmasından endişe duyulmaktadır. Kanunun 1.maddesi kapsamında, mülk sahibinin kullanımı veya ticari faaliyetle ilgili olarak ortaya çıkan olumsuz sosyoekonomik sonuçların kaldırılması ve önlenmesi amacıyla, tüzel veya gerçek kişilerin sahip olduğu mülkiyetin kamulaştırılması mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda tüzel veya gerçek kişiye ait mülkiyetin kamulaştırılması, ancak mülkiyetin iş faaliyetinde verimsiz kullanılması sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu noktada belirtelim ki kanun hükmünün, mülkiyetin verimsiz kullanımının neye göre tespit edileceği ve bundan kaynaklanan olumsuz sosyoekonomik etkiyi neye göre değerlendireceği açıklığa kavuşturulmamıştır. Kanunun m.2/3 çerçevesinde, kamulaştırmaya konu edilen yabancı mülkiyet sahibine tazminat garantisi sağlanmaktadır. Buna göre Rusya Federasyonu'nda yerleşik olamayan yabancı gerçek ve tüzel kişilere ait mülkiyet, Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu milletlerarası anlaşmalarda aksi belirtilmedikçe, federal yasalara göre yürütülecektir.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus müsadere'dir. Rus hukukunda müsadere, bir suç işlendiğinde yaptırım olarak kabul edilmektedir. Genel olarak yasalarca öngörüldüğü durumlarda, mahkeme veya başka bir devlet kurumu, hiçbir tazminat ödemeden devlet hesabına ele geçirilmesi hakkında karar alabilmektedir. Böyle bir durumda müsadere idari ve hukuki sorumluluğun bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır³⁶².

Genellikle ev sahibi devletler, taraf oldukları yatırım anlaşmalarında, kamulaştırma karşılığında tazminat ödeneceği konusunda taahhütte bulunurlar. Rusya'nın taraf olduğu birçok yatırım anlaşması³⁶³ (Avrasya Yatırım Anlaşması, Serbest Ticaret Anlaşmaları ve İkili Yatırım Anlaşmaları) yabancı yatırımcılara doğrudan ve dolaylı kamulaştırmaya ilişkin koruma sağlamaktadır. Rusya'nın taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarının hemen hemen hepsinde kamulaştırmanın; kamu yararının ve ulusal hukuk sisteminin belirlediği prosedüre göre yürütüleceği, ayrımcılık yapmaksızın ve tazminat karşılığında yapılacağı

³⁶¹ N-273-6GD, 13.04.2012. Kanunun Rusça metni için bkz, <http://docs.cntd.ru/document/902341866> (Erişim tarihi: 2.12.2018).

³⁶² Z. Fathuddinov, 2010b, a.g.k, 175.

³⁶³ Rusya 2009'de Enerji Şartı Anlaşması'nı askıya aldığını duyurmuştur. <https://energycharter.org/what-we-do/knowledge-centre/occasional-papers/russia-and-the-energy-charter-treaty/> (Erişim tarihi: 4.12.2018).

düzenlenmektedir³⁶⁴. Bu noktada belirtelim ki kamulaştırmaya ilişkin işlemlerin ev sahibi ülke hukukuna tabi tutulması, uluslararası örf ve âdet kurallarına kıyasla daha sıkı şartlar getirebilmektedir. Rusya'nın taraf olduğu birçok ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen kamulaştırmaya ilişkin yabancı yatırımları koruyucu hükümler, uluslararası hukukta benimsenen kamulaştırmaya ilişkin derhal, yeterli ve etkili (*prompt, adequate and effective compensation*) hükümlerle uyumludur³⁶⁵. Kural olarak, tazminata ilişkin bu hükümlerin tanınması geriye dönük değildir ve bu tür hükümleri düzenleyen anlaşmaların yürürlüğe girmesinden önceki hususları içerecek şekilde genişletilemez. Dolayısıyla, ulusal mevzuat yatırım anlaşmalarında düzenlenen kamulaştırmaya ilişkin hükümleri sınırlayıcı etkiye sahiptir³⁶⁶.

2. ÇİN'İN YABANCI YATIRIMLARA İLİŞKİN POLİTİKASI, İLGİLİ KURUMLARI VE ULUSAL YATIRIM MEVZUATI

Güney Doğu Asya'da bulunan Çin, dünyanın en büyük 4. ülkesi konumundadır. Çin'in sınırları itibariyle yirmi komşu ülkesi (Afganistan, Bhutan, Brunei, Endonezya, Hindistan, Japonya, Kazakistan, Kuzey Kore, Kırgızistan, Laos, Malezya, Myanmar, Nepal, Pakistan, Filipinler, Rusya, Tayvan, Tacikistan, Vietnam) bulunmaktadır³⁶⁷.Günümüzde Çin gerek yabancı yatırımlara ev sahipliği yapan ülke olarak gerek yatırım ihracat eden ülke olarak büyük başarılar kaydetmiştir.

1978 yılından itibaren başlatılan dışa açılım süreci (ekonomik, siyasi, hukuki ve sosyal alanlarda yapılan yapısal reformlar), Çin'i yabancı yatırımlar bakımından en çok tercih edilen ülke konumuna getirmiştir. Çin'in son yıllardan ekonomik büyümede gösterdiği inanılmaz başarısı, bölgesel ve uluslararası kalkınmada görülmemiş bir durum olarak kabul edilmektedir. Dünya Bankası verilerine göre 1990 - 2000yılları arasında, Çin'in Gayri Safi Yurt İçi Hasılası %10,6 büyüme kaydetmiştir. 2000 - 2010 yılları arasında %9,6 büyüme kaydeden Çin, önceki dönemlerdeki büyüme oranını sürdürebilmiştir³⁶⁸. Bu muazzam artışın nedenleri arasında; geniş kapsamlı liberalleşme süresi, serbest piyasa ve

³⁶⁴ Rusya-Çin İkili Yatırım Anlaşması (2006) m.4/1, Rusya-Bulgaristan İkili Yatırım Anlaşması (2005) m.4/1, Rusya-Ekvator Ginesi İkili Yatırım Anlaşması (2011) m. 4/1,

³⁶⁵ Rusya-Kore İkili Yatırım Anlaşması (1991) m.5.1, Rusya-Litvanya (2004) m. 6.1, Rusya-Mangoluya (2005) m.4.

³⁶⁶ M. Boguslavskiy (2005). *Mejdunarodnoe chastnoe prava* (Milletlerarası özel hukuk), Moskva: İzvestiya, 99.

³⁶⁷ B. Elleman, S. Kotkin and C. Schofield (2015). *Beijing power and China's borders twenty neighbors in Asia*, New York: Routledge, 5.

³⁶⁸ The World Bank, <https://data.worldbank.org/country/china> (Erişim tarihi: 13.11.2018).

serbest ticaretin yaygınlaşması, yüksek iş gücü verimliliği, kaynakların verimli kullanımı ve aynı zamanda doğrudan yabancı yatırımların katkısı sayılabilir³⁶⁹.

Çalışmamızın bu kısmında, Çin'in yatırım politikaları ve yabancı yatırımların teşviki ve denetimi için özel olarak oluşturulan kurumlar üzerinde genel bir değerlendirme yapılacaktır. Ayrıca Çin'in yatırım mevzuatında düzenlenen yabancı yatırımı koruyan temel hükümler, özellikle ülkeye yabancı yatırımın kabulü, milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı, kamulaştırma ve millileştirmeye karşı koruyucu hükümler izah edilecektir. İkili yatırım anlaşmaları, yabancı yatırımların hukuki çerçevesinin belirlenmesi bakımından özel konumda bulunmaktadır. Bu sebeple Çin yatırım mevzuatının değerlendirilmesinde, gerek duyulduğunda Çin'in taraf olduğu yatırım anlaşmalarına da başvurulacaktır.

2.1. Çin'in Yatırım Politikaları

Ev sahibi ülkenin izlediği yatırım politikaları, elverişli yatırım mevzuatının oluşumu ve gelişimi bakımından önemlidir. Bu anlamda ev sahibi ülke yatırım mevzuatı, o ülkenin yatırım politikalarına göre şekillenecektir. 2018 yılında yayınlanan Dünya Yatırım Raporu'na göre, Çin, gelişmekte olan ülkeler arasında en çok yabancı yatırım çeken ülke olarak ilk sırada yer almaktadır³⁷⁰. Çin yatırım mevzuatında, geleneksel yatırım mevzuatlarında görüldüğü gibi yabancı yatırımlara ilişkin genel ilke ve koruma hükümlerini düzenleyen tek tip bir yabancı yatırım yasası bulunmamaktadır. Çin'de bulunan yabancı yatırımlara ilişkin hususlar, üç temel kanunla düzenlenmektedir. Bunlar; Yabancı Ortak Girişim Kanunu (*Sino-Foreign Equity Law*)³⁷¹, Yabancı Yatırımlı Teşebbüsler (*Wholly Foreign Invested Enterprises*)³⁷² ve Sözleşmeye Dayalı Ortak Girişim (*Contractual Joint Venture*)³⁷³ dir.

³⁶⁹ W. Guan (2017). Beijing consensus and development legitimacy: The evolution of China's foreign direct investment regime from law and development perspective, *Asian Journal of Comparative Law*, 12, 116.

³⁷⁰ UNCTAD, 2018ç, a.g.k., 44.

³⁷¹ The Law of the Republic of People's China on Law on Sino – Foreign Equity Joint Venture (1.06.1979), <http://english.mofcom.gov.cn/article/lawsdata/chineselaw/200301/20030100062855.shtml>, (Erişim tarihi: 11.11.2018).

³⁷² The Law of the Republic of People's China on Law on Sino-Foreign funded Enterprises, <http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/policyrelease/internationalpolicy/200703/20070304465919.html> (Erişim tarihi: 11.11.2018).

³⁷³ The Law of the People's Republic of China on Sino-foreign Co-operative Enterprises (13.04.1988), <http://english.mofcom.gov.cn/article/lawsdata/chineselaw/200301/20030100065891.shtml> (Erişim tarihi: 11.11.2018).

Ev sahibi ülkede yasa yapma süreci, yabancı yatırımları doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren bir konudur. Ayrıca yatırım politikalarının hızlı ve etkili bir şekilde uygulanması da yabancı yatırımlara ilişkin karar alma ve düzenleme mekanizmasının işleyişine bağlıdır. Bu anlamda Çin’de yasa yapma sürecine ilişkin hususlara genel hatlarıyla değinmemiz yararlı olacaktır. Çin’de Ulusal Halk Kongresi ve Devlet Konseyi yasama organı konumunda bulunmaktadır. Yerel düzeyde ise yerel halk kongresi ve ona bağlı komiteler yerel mevzuatı oluşturmaktadır. Ulusal Halk Kongresi, Devlet Komitesi ve yerel halk kongrelerinin yetkisi kapsamında devlet egemenliği temsili olarak Anayasa’yı revize etmekte ve diğer temel kanunları yapmaktadır. Devlet Komitesi, en üst idari makam olarak ülkenin genel politikası için hizmet edecek yasa tasarısı hazırlamakta ve yasalarla ilgili resmî açıklamalarda bulunmaktadır³⁷⁴. Çin’de yerel yönetimlerin ekonomiyile ilgili konularda politikalar oluşturma, yasa ve yönetmelikler yapma yetkisi bulunmaktadır. Yerel yönetimlere tanınan bu yetki, devlet hiyerarşisindeki statüyle belirlenen yerel yönetimlerin özerkliğiyle sınırlıdır³⁷⁵. Bu sebeple Çin’de bulunan yerel yönetimlerin izlediği yatırım politikaları farklılık arz edebilmektedir.

Çin yatırım mevzuatı, yabancı yatırımları kabul bakımından bir sınıflandırmaya tabi tutmaktadır. Bu sınıflandırmaya göre yatırımlar arasında “teşvik edilen”, “kısıtlanan” ve “yasaklanan” ayrımı yapılmaktadır. Bahse konu ayırım, pozitif ve negatif liste olarak da ifade edilmektedir. Yabancı yatırımcıların yatırım yapabilecekleri alanlar listesi, Çin Ticaret Bakanlığı tarafından belirli aralıklarda sürekli olarak güncellenmektedir³⁷⁶.

17.01.2017 tarihinde Çin Devlet Komitesi “Dışa Açılım ve Yabancı Yatırımların Etkili Kullanımına İlişkin İlave Tedbirler” başlıklı bir genelge³⁷⁷ yayınlamıştır. Bahse konu düzenlemeyle iş ortamını iyileştirmek ve ülkeye daha fazla yatırım çekmek amaçlanmıştır. Yeni yatırım politikası, yatırım iklimini iyileştirmeye yönelik yirmi özel tedbirden oluşmakta ve üç ana başlık altında düzenlenmektedir. İlk olarak, Yatırımcılara Rehberlik Ededen Yatırım Kataloğu ile getirilen yabancı yatırımcılar için yasaklanan yatırım sektörleri; hizmet, üretim ve madencilik alanları yeniden gözden geçirilerek söz konusu ekonomik sektörlerin yabancı yatırımlara açılması öngörülmektedir. Üstelik Çin

³⁷⁴ L. Yuan and T. Tsai (2000). Foreign direct investment policy in China, *China Review*, 12, 226.

³⁷⁵ G. Long (2005) China’s policies on FDI: Review and evaluation, (Editörler: H. Moran, M. Graham and M. Blomstrom) Does foreign direct investment promote development? *Institute for International Economics*, 318; Yuan and Tsai, 2000, a.g.k., 228.

³⁷⁶ Çin Ticaret Bakanlığı, <http://wzs.mofcom.gov.cn/article/n/201612/20161202088897.shtml> (Erişim tarihi: 6.11.2018).

³⁷⁷ State Council of China, http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-01/17/content_5160624.htm (Erişim tarihi: 6.11.2018).

inovasyon odaklı kalkınma projeleri için yabancı yatırımları teşvik etmektedir. Örneğin “*Made in China 2025*” girişimi kapsamında, yabancı yatırımcılar yüksek kaliteli, akıllı ve çevre dostu üretim yapmaya teşvik edilecektir. Genelgede ileriye dönük yatırım politikaları içerisinde yatırım ortamının açıklığı ve şeffaflığının artırılmasına yönelik özel tedbirler alınacağı da belirtilmektedir. Bu bağlamda, yabancı yatırım yapan şirketlere ait fikri mülkiyet haklarının korunması öne çıkmaktadır. Son olarak genelge, yerel yönetimlerin istihdam oluşturma, ekonomik kalkınma sağlama ve ileri teknolojilere ilişkin yatırım projelerini desteklemeye yönelik elverişli yatırım politikaları izleyeceklerini vurgulamaktadır.

2.2. Çin’in Dünya Ticaret Örgütü’ne Katılım Sürecinin Ulusal Yatırım Mevzuatının Gelişimindeki Rolü

Çin’in Dünya Ticaret Örgütü’ne katılım süreci, yabancı yatırım yanlısı politikalar izlemesi için yeni bir devir başlatmıştır. Bu çerçevede Çin, DTÖ’ye üyelik sürecini ekonomik kalkınma bakımından ana amaç olarak belirlemiş ve hep gündeminde tutmuştur. Çin DTÖ’ye üye olmadan önceki yaklaşık 30 yıllık dönem içerisinde tek taraflı olarak ekonomik liberalleşme sürecini başarılı bir şekilde yönetmeyi başarmıştır. Ardından, Çin’in DTÖ’ye katılımıyla başlatılan ekonomik liberalleşme süreci genişlemiş ve bu durum ülkenin küresel ticaret sistemiyle bütünleşmesini sağlamıştır. Üstelik DTÖ’ye üye olması Çin’in uluslararası yükümlülüklerini yerine getiren reformlar dizisinin düzenli bir şekilde hayata geçirilmesine vesile olmuştur³⁷⁸. Bahse konu gelişmeler, Çin’in yatırım mevzuatını yeniden revize etmesi ve yabancı yatırımlara ilişkin hükümlerin uluslararası standartlarla uyumlu hâle getirmesi için çağdaş yatırım politikaları oluşturulmasına zemin hazırlamıştır.

Genel olarak, DTÖ’ye üye olmak isteyen aday ülkelerin, ulusal mevzuatlarını DTÖ Anlaşmaları ile uyumlu hâle getirmesi gerekmektedir. Bu anlamda Çin’in mevzuatını yabancı yatırımlarla ilgili düzenlemeler dâhil olmak üzere gözden geçirme ihtiyacı doğmuştur. Çin’in DTÖ’ye katılım sürecinde yaşanan en önemli gelişme, yabancı yatırımlara ilişkin birtakım kısıtlamaların kaldırılmasıdır. Çin yatırım mevzuatında düzenlenen; döviz

³⁷⁸J. Qin (2007). China’s legal system: new developments and new challenges, *The China Quarterly* 191,721.

ilişkin kısıtlamalar (*foreign exchange restrictions*), ihracat kısıtlamaları (*export restriction*), yerel malzeme kullanma şartı (*local content requirement*) ve ortak girişimlerin üretim hedefleri hakkında bilgi verme zorunluluğu kaldırılmıştır³⁷⁹.

DTÖ'nün en temel ilkelerinden biri şeffaflıktır. DTÖ üye ülkelere; ticaretle bağlantılı yasa, yönetmelik ve diğer hükümet tedbirlerinin yürürlüğe sokulmadan veya uygulanmadan önce yayınlanması yükümlülüğünü getirmektedir. Ayrıca üye ülkeler; ticaretle ilgili yasa, yönetmelik ve hükümet önlemlerinde değişiklik yapmaları hâlinde DTÖ'yü bilgilendirmelidir. Çin, ulusal mevzuatında şeffaflığın sağlanmasına yönelik önemli ilerlemeler kaydetmiştir. Bunlar içerisinde kanun yapma sürecine sivil toplumun etkili bir şekilde katılması ve lisans alma süreçlerinin standardize edilmesi özellikle belirtilmelidir. Örneğin, devlet kurumlarının yönetmelik hazırlarken kamu görüşünü almak zorundur³⁸⁰ veya devlet kurumlarının resmî olarak yayınlanmayan yönetmeliğe dayanarak lisans vermesi yasaklanmıştır³⁸¹. Buna rağmen, yabancı yatırımcıları Çin'le ilgili en çok endişelendiren konuların başında şeffaflık gelmektedir. 2017 yılı Uluslararası Şeffaflık Örgütü'nün yayınladığı rapora göre Çin 180 ülke içinde 77.sırada yer almaktadır³⁸². Ev sahibi ülke mevzuatının şeffaf ve öngörülebilir olması, yabancı yatırımcılar bakımından son derece önemlidir. Çünkü yatırımcı, kendi yatırımlarını mevcut yasalara uygun olarak gerçekleştirmektedir. Ev sahibi ülke mevzuatının şeffaflıktan yoksun olması, yabancı yatırımların planlanmasını öngörülemez hâle getirerek büyük maddi kayıplara yol açabilmektedir. Bu durum, ev sahibi ülkenin uluslararası camiadaki itibarını zedeleyebilmektedir. Dolayısıyla araştırmalar, bir yabancı yatırımcının ev sahibi ülkede yatırım yaparken yabancı yatırımcılara sağlanan imtiyaz ve kolaylıklardan ziyade ev sahibi ülkenin genel mevzuatının düzenleme rejimini dikkate aldığını işaret etmektedir³⁸³.

Bu süreçte yaşanan diğer bir olumlu gelişme de Çin Devlet Konseyi Yabancı Yatırımcılara Rehberlik Eden Katalog 'da birkaç değişiklik yapılmasıdır. Yeni uygulamaya

³⁷⁹ Bkz. S. Qin (2011) Transition and incentives in China's Foreign Investment Law, *Korea University Law Review*, Vol 10(135), 140; Ch. YongMei (2008) The Legal climate for foreign investment in China after its WTO accession, *Bond Law Review* 20(1), 30-35; A. Yuan (2001) China's entry into the WTO: Impact on regulating regime of foreign direct investment, *The International Lawyer* 35, 198-206; Ch. Xuebin (2002) Criteria to identify trade related investment measures in Chinese Foreign Investment Law, *Bond Law Review* 15(1).

³⁸⁰ Congressional – Executive Commission on China, Legislation Law of the People's Republic of China, Kanunun İngilizce metni için bkz <https://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/legislation-law-chinese-and-english-text> (Erişim tarihi: 8.11.2018).

³⁸¹ Chinese Government's Official Web Portal, Administrative Permission Law of the People's Republic of China, http://english1.english.gov.cn/laws/2005-09/07/content_29926.htm (Erişim tarihi: 8.11.2018).

³⁸² Transparency International, <https://www.transparency.org/country/CHN> (Erişim tarihi: 8.11.2018).

³⁸³ OECD (2003 ı). China: progress and policy reviews, 15.

göre eskiden dört sınıfa ayrılan (teşvik edilen, izin verilen, kısıtlanan ve yasaklanan) yatırım projeleri, üç ana başlık (teşvik edilen, kısıtlanan ve yasaklanan) şeklinde düzenlenmiştir. Çin'in yeni yatırım politikaları kapsamında, teşvik edilen yatırım projelerine dâhil edilen yatırım alanları genişletilmiş, kısıtlanan ve yasaklanan sınıflandırmasına tabi tutulan yatırım alanları sayısı ise azaltılmıştır³⁸⁴.

30 yıla aşkın süre zarfında, doğrudan yabancı yatırımları teşvik eden Çin'in artık ekonomik kalkınma ve istihdamın sağlanması için yabancı yatırımlara bağlı olmayan bir döneme girmiş bulunduğu belirtilmektedir. Bu noktada belirtelim ki, burada bahsedilen husus, ülke ekonomisinin kalkınması bakımından önemli katkı sağlamayan yabancı yatırımlarla ilgilidir. Yoksa istikrarlı ve sürdürülebilir ekonominin en önemli unsurunu yabancı yatırımlar teşkil etmektedir. Bu çerçevede Çin'in bundan sonra nitelikli ve ülke ihtiyaçları bakımından önem taşıyan yabancı yatırımlara odaklandığı söylenebilir. Buna karşın Çin'de yabancı yatırım üzerindeki kontrolün artması, çeşitli kaygılara açık bir şekilde sebebiyet verirken bu durum, korumacılıktaki (*protectionism*) yükselme eğilimini işaret etmektedir. Bununla birlikte Çin'in DTÖ'ye karşı yükümlülüklerinin bahse konu eğilim üzerinde ne ölçüde etkili olacağı şimdilik belirsizdir³⁸⁵.

2.3. Yabancı Yatırımlara İlişkin Kurumlar

Yukarıda Çin'in düzenleyici yetkiye sahip olduğu Ulusal Halk Kongresi ve Devlet Komitesinden kısaca bahsedilmiştir. Bunun yanı sıra, Çin'de doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin düzenleyici ve denetleyici yetkiye sahip birkaç kurum daha bulunmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta sıkça görüldüğü üzere, yabancı yatırımlara ilişkin kurumlar ağırlıklı olarak yabancı yatırımların ev sahibi ülkeye teşviki ve tanıtımı amacıyla oluşturulmaktadır. Buna karşın Çin örneğinde yabancı yatırımlara ilişkin kurumların yabancı yatırımların teşvikinin yanı sıra yatırımları düzenleme ve denetleme özelliği de bulunmaktadır.

2.3.1. Ticaret Bakanlığı

Eski adıyla Dış Ticaret ve Ekonomi İş Birliği Bakanlığı olarak bilinen Ticaret Bakanlığı (*The Ministry of Commerce*)³⁸⁶, yabancı yatırımların ülkeye kabulü ve yabancı

³⁸⁴ J. Qin, 2007, a.g.k, 141.

³⁸⁵ J. Qin, 2007, a.g.k, 728.

³⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://english.mofcom.gov.cn/> (Erişim tarihi: 9.11.2018).

yatırımların yönetilmesinden sorumludur. Genel olarak Ticaret Bakanlığı, yerli ve dış ticarete ilişkin düzenlemeler ile yabancı yatırımların teşvik edilmesine ilişkin çalışmalar yapmakta ve yurtdışında bulunan Çin şirketlerine yardım sağlamaktadır. Bununla birlikte, ticari politikaların oluşturulması ve idari fonksiyonların yerine getirilmesi ile özellikle DTÖ'yle ilgili yükümlülükler, bakanlığın yetkisi dâhilindedir.

Bakanlığın yabancı tüzel kişilere ilişkin hususları düzenleme ve denetleme yetkisi bulunmaktadır. Örneğin ortaklık ve pay sahiplerine ilişkin sözleşmeleri gözden geçirmek suretiyle yabancı şirketlerin kurulması, hisse devri veya şirket birleşmeleri, yabancı yatırımcılar tarafından yerel şirket satın almaları gibi hususları denetlemektedir³⁸⁷. Bazı durumlarda, yabancı yatırımların kabulü ve onaylanması (teşvik edilen, izin verilen veya kısıtlanan yatırımlar) yabancı yatırım hacmi ve niteliğine bağlı olarak Ticaret Bakanlığı'nın bölgesel ve il bazında bulunan müdürlüklerinde yapılabilmektedir³⁸⁸. Yabancı holdingler veya limited şirketler için, Ticaret Bakanlığı tarafından açıkça yetkilendirilen bölge müdürlükleri hariç yabancı yatırım hacmine bakılmaksızın Ticaret Bakanlığı'ndan onay alınması gerekmektedir³⁸⁹.

2.3.2. Diğer kurumlar

Çin'de yabancı yatırımlar üzerinde düzenleme ve denetleme yetkisine sahip birtakım devlet kurumları bulunmaktadır. Bazı devlet kurumlarının belirli bir yatırım faaliyetiyle ilgili düzenleme ve denetleme yetkisi bulunurken, bazıları ise tüm yabancı yatırımları ilgilendiren konularda düzenleme yapmaktadır. Bu noktada, yabancı yatırımlar bakımından önem taşıyan birkaç önemli devlet kurumuna kısaca değineceğiz.

Ulusal Kalkınma ve Reform Komisyonu (eski adıyla Ulusal Kalkınma ve Planlama Komisyonu) yabancı yatırımların yönetilmesine ilişkin diğer bir önemli kurumdur. Komisyon; sanayi politikalarının hayata geçirilmesi, fiyat reformu, sabit kıymet yatırımı (*fixed asset investment*) ve ülkenin batı kısmının kalkınması için politikalar oluşturmaktadır. Üstelik bahse konu komisyon ekonomik istatistiklerin toplanması, işlenmesi ve diğer devlet kurumları ve şirketlere sağlanmasından da sorumlu tutulmaktadır. İmalat ve

³⁸⁷ Ch. Liu (2016). Chinese company and security law: Investment vehicles, mergers and acquisitions, and corporate finance in China, Kluwer Law International, Second Edition, 5.

³⁸⁸ W. Gu (2010). A comparative study on foreign investment legal system, *Front Law China* 5(3), 461.

³⁸⁹ Lui, 2016, a.g.k, 6.

inşaat projeleri ile sabit kıymet niteliği taşıyan diğer yatırımların da Ulusal Kalkınma ve Reform Komisyonu’ndan onay alması gerekmektedir³⁹⁰.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın ana amacı, piyasa düzeninin korunmasına yönelik yasal haklara (şirket ve tüketici hakları) ilişkin gerekli tedbirleri almaktır. Bakanlık yabancı ve yerel şirketler dâhil olmak üzere tüm şirket kayıtlarını yürütmektedir. Bu anlamda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın görevi, Ticaret Bakanlığı ile benzerlik arz etmekle birlikte bakanlığın şirket kaydının yürütülmesi ve lisans vermeye ilişkin yetkisi farklıdır. Şöyle ki Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, yabancı yatırımcının pay oranını dikkate almaksızın tüm şirket kaydını yürütmektedir.

2.4. Doğrudan Yabancı Yatırımların Hukuki Çerçevesi

Yukarıda Çin yatırım mevzuatının tek yatırım yasasından oluşmadığı belirtilmiştir. Çin yatırım mevzuatında yabancı yatırımlara ilişkin hususlar üç temel yasa niteliğindeki kanunla (Yabancı Ortak Girişim Kanunu, Yabancı Yatırımlı Teşebbüsler Kanunu ve Sermayeye Dayalı Ortak Girişim Kanunu) düzenlenmektedir. Bunun yanında eyalet ve ekonomik bölgelerin (örneğin, Özel Ekonomik Bölgeler) de doğrudan yabancı yatırımları düzenleyen düzenlemeleri bulunmaktadır. Bu düzenlemeler, yerel Halk Kongresi tarafından veya yerel devlet kurumları tarafından yapılmaktadır³⁹¹. İdari düzenlemelerin Çin yatırım mevzuatında özel yeri bulunmaktadır. Çin yetkililerine göre bir düzenlemenin yasalastıktan sonra uzun süre değişmemesi gerekmektedir. Ancak kural olarak yönetmelikler ve kurallar yasa olarak nitelendirilmemektedir. Bu sebeple söz konusu yönetmelik ve kurallar sıklıkla değiştirilmektedir. Bu durum, idari makamların yabancı yatırımlara ilişkin sorunların çözümünde daha esnek bir şekilde hareket etmesini sağlamaktadır³⁹².

Çin, diğer ev sahibi ülkelerde bulunan tek tip yatırım yasasından farklı olarak çift yönlü mevzuat modelini benimsemiştir. Şöyle ki Çin mevzuatında yerli ve yabancı şirketler farklı kanun ve yönetmeliklere tabi tutulmaktadır. Çin’in yabancı yatırımlarla ilgili çift yönlü mevzuat modeli, Çin’in dışı açılım sürecinin ilk döneminde oluşan özel bir sosyal ortamdan kaynaklanmaktadır. Çin’in pazar ekonomisine geçiş sürecinde kamu

³⁹⁰ Gu, 2010, a.g.k, 462.

³⁹¹ Rui-Ping, Lui (2000).China’s legal framework for foreign investment, *The Comparative and International Law Journal of South Africa* 33(1), 2;O. Gutierrez (2017) An analyses of the People’s Republic of China’s Foreign Investment Law and foreign direct investment in Shanghai’s free trade zones, *Bocconi Legal Papers* 9(15), 24.

³⁹² Liu, 2000, a.g.k., 4.

mülkiyeti devlet teşebbüsleri ve kolektif şirketlerin hâkim olduğu bir ortam oluşturulmuştur. Ancak sonraki dönemlerde gerçekleştirilen geniş kapsamlı liberalleşme ve dışa açılım süresinde Çin özel sektörün gelişmesini teşvik etmiş ve özel sektörün korunmasına yönelik tedbirler almıştır. Bu nedenle Çin'in oluşturduğu çift yönlü mevzuat modelinin, dışa açılım sürecinin içinde bulunduğu koşullar dikkate alındığında uygun olduğu belirtilmektedir³⁹³.

Çin yatırım mevzuatının öne çıkan diğer bir özelliği, doğrudan yabancı yatırımlardan ziyade yabancı sermayeli şirketlere ilişkin hususları düzenlemesidir. Doğrudan yabancı yatırımların yeni şekillerinin ortaya çıktığı göz önünde bulundurulursa, Çin yatırım mevzuatının söz konusu hususları düzenleme biçiminin günümüz ihtiyaçlarını karşılamadığı açıktır. Çin doktrinde, ağırlıklı olarak yabancı yatırımları düzenleyen yasaları tek çatı altında birleştirerek tek bir yatırım yasası oluşturulması konusunda görüş birliği bulunmaktadır³⁹⁴.

2.4.1. Genel düzenlemeler

1982 tarihli Çin Anayasası³⁹⁵, Çin'in kalkınması bakımından önem taşıyan yeni reformların yapılmasını öncelikli hedef olarak belirtmektedir. Bahse konu Anayasa, Çin'in günümüze kadar uzanan ekonomik reformlarına ve yabancı yatırımlara hukuki çerçeve çizmektedir. 1978-1991 yılları arasında Çin'de hüküm süren denetime tabi tutulmayan merkezi planlı ekonominin etkisi, Anayasa başta olmak üzere birkaç yasada görülebilir. Bu bakımdan Çin'in Anayasa hükümlerinde merkezi planlı ekonominin öneminin vurgulandığı belirtilmelidir. Örneğin Anayasa'nın 11.maddesine göre, “Devlet, ekonominin bireysel ve özel sektör katılımcılarının yasal hak ve çıkarlarını koruyacaktır. Devlet; özel sektörün gelişmesini teşvik edecek, destekleyecek, buna rehberlik edecektir ve yasalara uygun olarak özel sektör üzerinde denetim ve kontrol yapacaktır”³⁹⁶.

³⁹³Sh. Jia (2015). On the improvement of China's legal system of foreign direct investment, *Journal of Politics and Law* 8(4), 293; J. Zhou (2000). National treatment in Foreign Investment Law: A comparative study from Chinese Perspective, *Touro International Law Review* 10, 82.

³⁹⁴Y. Bian (2015). A revisit to China's Foreign Investment Law: With special reference foreign investment protection, *Journal of East Asia and International Law* Vol. 8, 452; Jia, 2015, a.g.k, 294.

³⁹⁵ Çin Anayasası 4.11.1982 tarihinde 5.Ulusal Halk Kongresi tarafından kabul edilmiştir. 1988, 1993, 1999, 2004 ve 2018'de değişiklikler yapılmıştır. Anayasa'nın İngilizce metni için bkz. http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/node_2825.htm (Erişim tarihi: 12.11.2018).

³⁹⁶ 2004'te yapılan değişiklikle “özel sektörü teşvik etme, destekleme ve koruma” eklenmiştir.

Çin Anayasası'nın 18.maddesi yabancı yatırımlara ilişkin temel ilkeleri belirlemektedir. Buna göre, *“Çin Halk Cumhuriyeti; yasalara uygun olarak yabancı sermayeli şirketler, yabancı ekonomik organizasyonlar ve yabancı yatırımcıların Çin'e yabancı yatırım yapmasına, Çin şirketleri ve diğer Çinli ekonomik organizasyonlarla farklı ekonomik şekillerde işbirliği yapmasına izin verecektir. Çin sınırları içerisinde bulunan tüm yabancı sermayeli şirketler, ekonomik organizasyonlar ve yabancı ortak girişimler, Çin Halk Cumhuriyeti yasalarına uyacaktır. Onların yasal hak ve çıkarları, Çin Halk Cumhuriyeti yasalarıyla korunacaktır”*.

Görüldüğü üzere Çin Anayasası'nda düzenlenen yabancı yatırımlara ilişkin temel ilkeleler, yabancı yatırımcıya güven veren şekilde düzenlenen temel yasa görüntüsü vermektedir. Ancak belirtelim ki Çin yatırım mevzuatının en çok eleştirilen yönü, yabancı yatırımlara ilişkin hususların detaylı bir şekilde düzenlenmesinden ziyade bu konularda genelleme yapılmasıdır. Bu yaklaşım, Anayasa hükümlerinde farklı biçimlerde ifade edilerek, devletin yabancı yatırımlar üzerinde denetim ve kontrol yapma yetkisi bulunduğunu belirtmektedir. Söz konusu yetkinin ölçüsünün belirlenmesi ancak ev sahibi ülke yatırım mevzuatının şeffaf, öngörülebilir ve tutarlı olması hâlinde mümkün olabilmektedir.

2.4.2. Özel düzenlemeler

Çin yatırım mevzuatında yabancı yatırımlara ilişkin hususları kapsamlı bir şekilde düzenleyen üç temel yasa bulunmaktadır. Bahse konu yasalar yatırımın ülkeye giriş şeklini esas alarak düzenlenmektedir. Yabancı yatırımlara ilişkin olan bu üç temel yasanın en çok eleştirilen yönü, yasalar arasında birbiriyle uyumluluğun bulunmamasıdır. Böyle bir durumda yabancı yatırımcılar yatırımın ülkeye giriş şekline göre eşit olmayan muamelelere tabi tutulabilmektedir. Örneğin yabancı yatırımlı şirketlerin tabi olduğu yasalara göre yabancı yatırımların onaylanmasına ilişkin süreleri farklıdır. Söz konusu onay süresi bakımından sermayeye dayalı ortak girişimler için 3 aylık süre öngörülürken, sözleşmeye dayalı ortak girişimlerde bu süre 45 gün ve yabancı yatırımlı teşebbüsler için ise 90 gündür. Diğer bir eleştirilen husus, Çin yatırım mevzuatının temelini oluşturan bu üç yasanın hangi ekonomik sektörler (teşvik edilen, kısıtlanan ve izin verilen) bakımından uygulama

alanı bulacağıının belirtilmemesidir³⁹⁷. Sermayeye Dayalı Ortak Girişim Kanunu kapsamında 20 endüstriyel alanda yatırım yapılabileceği belirtilmiş ancak söz konusu yatırımların hangi yatırım alanına (teşvik edilen, kısıtlanan ve izin verilen) dâhil olacağı düzenlenmemiştir. Yabancı Yatırımlı Teşebbüsler Kanunu, kısıtlanan ve yasaklanan yatırım alanları bakımından uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. Sözleşmeye Dayalı Ortak Girişim Kanunu kapsamında ise bahse konu yatırımın ihracat ve ileri teknoloji odaklı yatırım türlerinden olma şartı aranmaktadır.

2.4.2.1. Sermayeye dayalı ortak girişim kanunu

Yabancı yatırımcılar, Çin'e birkaç yolla yatırım yapabilmektedirler. Bunlardan ilki, Çinli şirketlerle ortaklık kurma yoluyla gerçekleştirilmektedir. Sermayeye Dayalı Ortak Girişim Kanunu, ortak girişim yoluyla Çin'e giriş yapan yabancı yatırımcılara ilişkin temel hususları düzenlemektedir. Kanunun 1.maddesinde kanunun amacı belirtilmektedir. Buna göre kanunun ana amacı, uluslararası ekonomik işbirliğinin güçlendirilmesi ve teknolojik değişimin genişletilmesi şeklinde ifade edilmektedir (m.1). Sermayeye dayalı tüm ortak girişimler, Çin şirketi olarak tescil edilecektir ve söz konusu şirketlerin Çin mevzuatına tabi tutulacağı ifade edilmektedir (m.2).

Kanun; yabancı şirketler, teşebbüsler, ekonomik organizasyonlar ve yabancı yatırımcılar tarafından Çin'de kurulan ortak girişimler bakımından uygulama alanı bulacaktır (m.1). Bu noktada belirtelim ki bahse konu kanun kapsamında, Çin'e bağlı özel yönetim bölgeleri (Hong Kong, Makao, Tayvan) tabiiyetindeki kişilerde yabancı muamelesi gerektirir. Başka bir deyişle Çin'de sermayeye dayalı ortak girişimde bulunmak isteyen söz konusu ülke tabiiyetindeki kişiler, diğer ülke vatandaşları gibi eşit haklara sahip olabilmektedirler. Ancak Çin'e bağlı özel yönetim bölge tabiiyetindeki kişilerin, gerçek kişiler hariç, kanun hükümlerinden yararlanabilmesi için tüzel kişiliklerinin bulunması gerekmektedir. Çin hukukuna göre siyasi partiler, hükümet organları ve idari birimler, sivil toplum örgütleri, akademik kurumlar, kentsel ve kırsal alanlarda bulunan özel işletmeler, aile girişimleri ve organizasyonların tüzel kişiliği bulunmamaktadır³⁹⁸. Görüldüğü üzere tüzel kişiliği bulunmayan bahse konu kişiler, kanun kapsamında yatırımcı olarak nitelendirilemez. Sermaye katılımlı ortak girişimlerin, sınırlı sorumlu şirket şeklinde olması ve yabancı yatırımcının kayıtlı sermaye tutarının en az %25 olması gerekmektedir (m.4).

³⁹⁷ Jia, 2015, a.g.k., 301.

³⁹⁸ Jia, 2015, a.g.k., 295.

Çin'in dışa açılım sürecinin ilk dönemlerinde sermayeye dayalı ortak girişim, Çin'in içinde bulunduğu koşullar içerisinde en uygun yabancı yatırım şekli olarak görülmüştür. Çünkü sermayeye dayalı ortak girişimler Çin'e yabancı sermaye getirmekle birlikte teknolojiye erişim ve yönetim tecrübesi de kazandırmıştır. Buna rağmen sermayeye dayalı ortak girişimlerin, yabancı ve Çinli yatırımcılar arasındaki ekonomik işbirliğinin güçlendirilmesi konusunda tüm alanlarda başarılı olduğu söylenemez. Özellikle petrol ve doğal gaz alanlarında yapılan sermayeye dayalı ortak girişimlerde beklenen hedefe ulaşamamıştır. Dolayısıyla sermayeye dayalı ortak girişim kanununun kâr dağıtımına ilişkin getirdiği sıkı kurallar veya ortak girişimin nasıl yönetileceği konusunda düzenlenen katı hükümler, bazı yatırımcıları hayal kırıklığına uğratmıştır³⁹⁹.

Sermayeye dayalı ortak girişimler inceleme ve onay sürecine tabidir. Çin Devlet Komitesi'ne bağlı dış ekonomik ilişkiler ve ticaret müdürlüğü veya devlet komitesinin yetkilendirdiği yerel yönetimler, ortak girişimlere ilişkin incelemede bulunma ve onay vermeye yetkili organlardır. Söz konusu yetkili organların, kurulacak ortak girişim hakkında olumlu veya olumsuz karar vermeleri gerekmektedir (m.24).

2.4.2.2. Sözleşmeye Dayalı Ortak Girişim Kanunu

Sermayeye dayalı ortak girişim kanunun yabancı yatırımcının beklentilerini yeterli düzeyde karşılamaması ve kati nitelikteki hükümler getirmesi Çin'in yabancı yatırımlara ilişkin yeni yasa yapma ihtiyacını doğurmuştur. Sözleşmeye dayalı ortak girişim kanunu, Çin-yabancı teşebbüsler işbirliği kanunu olarak da anılmaktadır⁴⁰⁰. Sözleşmeye dayalı ortak girişim kanunu sermayeye dayalı ortak girişim kanunundan farklı olarak daha esnek hükümler getirmektedir. Örneğin, sözleşmeye dayalı ortak girişim kanunu kapsamında, yabancı yatırımcı ortak girişimi tüzel kişi veya sınırlı sorumlu şirket şeklinde gerçekleştirebilmektedir (m.2).

Sözleşmeye dayalı ortak girişimin sermayeye dayalı girişimden ayrılan temel özelliği, her iki tarafın hak ve yükümlülüklerinin sermaye katılım oranına göre değil tarafların üzerinde mutabakata vardığı sözleşme yoluyla belirlenmesidir. Bu bağlamda ortak girişimin tarafları; yatırım ve işbirliğine ilişkin koşulları, kâr, risk ve zararların dağılımını ve

³⁹⁹ Bian, 2015, a.g.k., 445.

⁴⁰⁰ D. Yu (2017). Chinese business law, Singapore: The Private Series on Chinese Law, 84.

yönetim şekline ilişkin hususları sözleşmeyle kararlaştırabilirler (m.2). Bu bakımdan sözleşmeye dayalı ortak girişimler; şirket iç yapılandırması, yönetim ve kâr dağılımı konularda daha fazla esnekliğe sahiptir⁴⁰¹.

Sözleşmeye dayalı ortak girişimin tüzel kişiliği bulunması hâlinde, en üst yönetimde yetkili olarak bir yönetim kurulu belirlenecektir. Bu bakımdan sözleşmeye dayalı ortak girişimin yönetim şekli sermayeye dayalı ortak girişimle benzerlik arz etmektedir. Şayet kurulan ortak girişimin tüzel kişiliği bulunmuyorsa, söz konusu ortak girişim taraflarca kararlaştırılan sözleşmeye göre yönetilecektir. Böyle bir durumda, Çin hukukuna göre her bir tarafın tüzel kişiliği devam edecektir⁴⁰². Sözleşmeye dayalı ortak girişimin tüzel kişiliği bulunmuyorsa, taraf temsilcilerinden oluşan yönetim kurulu kurulabilmektedir. Bu kurul, ortak girişimin karar verme organı olarak hareket edecektir. Tüzel kişiliği bulunmayan ortak girişim bakımından yönetim kurul başkanının Çin tabiiyetindeki kişi olması hâlinde, başkan yardımcısı yabancı taraftan atanacaktır (m.6).

Sözleşmeye dayalı ortak girişimlerde sermayeye dayalı ortak girişimlerde olduğu gibi kurulacak ortak girişime ilişkin inceleme ve onay vermeye yetkili organ, Çin Devlet Komitesi'ne bağlı dış ekonomik ilişkiler ve ticaret müdürlüğü veya devlet komitesinin yerel yönetimleridir. İnceleme ve onay süresi azami olarak 45 gündür (m.5).

2.4.2.3. Yabancı Yatırımlı Teşebbüsler Kanunu

Yabancı yatırımlı şirketler; yatırımların yönetilmesi, teknoloji ve *know-how* hakları üzerine yabancı yatırımcılara güçlü bir koruma mekanizması sağlamaktadır. Yabancı yatırımlı şirketler, niteliği itibarıyla aynı sektörde faaliyet yürüten ortak girişimlere kıyasla daha yeni bir teknoloji kullanmakta, daha çok ihracata yönelik olmakta ve daha kaliteli mal üretebilmektedir⁴⁰³. Özellikle ticari sırların çalınma riskinin yüksek olduğu ortamlarda uluslararası şirketlerin tamamen yabancı sermayeli şirket kurmak suretiyle ev sahibi ülkede yatırım faaliyetinde bulunmaları kendileri açısından daha uygun çözüm olabilir. Öte yandan yabancı yatırımcıların tamamen yabancı yatırımlı şirketlere yönelmesi, yabancı yatırımların ev sahibi ülke ekonomisine katkısını en aza indirmektedir.

⁴⁰¹ Jia, 2015, a.g.k., 295.

⁴⁰² Yu, 2017, a.g.k., 85.

⁴⁰³ Liu, 2016, a.g.k, 12.

Çin’de kurulan yabancı yatırımlı şirketlere ilişkin hususlar, Yabancı Yatırımlı Teşebbüsler Kanun’uyla düzenlenmektedir. Kanunun 2.maddesinde belirtildiği üzere, yabancı yatırımlı şirketler bir veya birden fazla yabancı yatırımcı tarafından kurulmaktadır. Çin’de bulunan yabancı şirket şubeleri kanun kapsamı dışında tutulmuştur. Bahse konu yabancı şirket şubelerinin tüzel kişiliği bulunmamakta ve yabancı şirketler şubenin işlemleriyle ilgili medeni hukuk çerçevesinde sorumlu tutulmaktadır⁴⁰⁴. Kanun kapsamında Çin’e bağlı özel yönetim bölgeleri (Hong Kong, Makao, Tayvan) tabiiyetindeki şirketler, ekonomik organizasyonlar ve yabancı yatırımcılar özel teşebbüslerini Çin sınırları içerisinde kurma şartıyla yabancı teşebbüslerle aynı muameleyi görecektir⁴⁰⁵.

Kanunun 2.maddesi, Çin’in yabancı yatırımlı teşebbüslere karşı beklentilerini belirtmektedir. Buna göre kurulacak yabancı yatırımlı teşebbüs, Çin ulusal ekonomisinin gelişmesine katkıda bulunmalı ve kayda değer ekonomik sonuçlara ulaşabilmelidir. Hükümün devamında, belirli özellikleri taşıyan yabancı yatırımlı teşebbüslerin devlet tarafından destekleneceği düzenlenmektedir. Bu bağlamda devlet; ileri teknoloji ve ekipman kullanmayı, yeni ürünlerin geliştirilmesini, ürünlerin yenilenmesini ve eski ürünlerin yenileriyle değiştirilmesini, enerji ve hammadde ekonomisine katkıda bulunulmasını ve aynı zamanda ihracat odaklı yabancı yatırımlı teşebbüsleri teşvik etmektedir.

Yukarıda üzerinde durduğumuz doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin iki temel yasanın farklı olarak yabancı yatırımlı teşebbüsler kanunu, yabancı yatırımlı teşebbüslerin kurulmasına izin verilmeyecek hususları genel hatlarıyla belirtmektedir. Buna göre Çin’in egemenlik hakları ile sosyal ve kamusal haklarının incitilmesi, ulusal güvenliğinin tehlikeye atılması, yasa ve yönetmeliklerinin ihlal edilmesi, ulusal ekonomik kalkınmasının gerekliliklerine uygun olunmaması ve çevre kirliliğine neden olunması hâlinde yabancı yatırımlı teşebbüslerin kurulmasına izin verilmeyeceği belirtilmiştir (m.5). Görüldüğü üzere kanun bazı durumlarda yabancı teşebbüslerin kurulmasına izin verilmeyeceğini belirtmektedir. Ancak söz konusu hususların tespitine yönelik ölçütler belirlenmemiştir. Çin yatırım mevzuatında, kanunlarda boşluk bırakılarak idari makamlara geniş yetki tanınması yaygındır. Şöyle ki yeni bir durum ortaya çıktığında, hükümet konuya ilişkin alınması gereken önlemler konusunda emin değilken, idari makamlar, söz konusu hususları

⁴⁰⁴ Çin Şirketler Kanunu m. 199. Kanunun İngilizce metni için bkz. Company Law of the People’s Republic of China, <http://www.china.org.cn/english/government/207344.htm> (Erişim tarihi: 12.11.2018).

⁴⁰⁵ Tamamen Yabancı Yatırımlı Teşebbüsler Hakkındaki Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_2435_0_7.html (Erişim tarihi: 12.11.2018).

“kurallar” ve “yönetmelikler” ile düzenlemektedir. Yıllarca süren gözlem ve deneyimlerden sonra bu düzenlemeler yasa olarak kabul edilmektedir⁴⁰⁶.

2.4.3. Yabancı yatırım yasa tasarısına ilişkin çalışmalar

20 Ocak 2015 tarihinde Çin Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan yabancı yatırımlara ilişkin yasa tasarısı kamuoyuyla paylaşılmıştır⁴⁰⁷. Yasa, yabancı yatırımlara ilişkin birkaç yasayı tek yasa hâline dönüştürerek Çin yatırım mevzuatını öngörülebilir, yabancı yatırımcı beklentilerini karşılayan ve çağdaş yatırım yasalarıyla uyumlu bir hale getirmeyi amaçlamaktadır. Çin yatırım yasa tasarısı, mevcut çift yönlü mevzuat modelini ortadan kaldırarak yerli ve yabancı yatırımcılar için negatif listeye getirilen yasaklı bazı sektörler hariç eşit haklar öngörmektedir⁴⁰⁸.

Çin’in mevcut yatırım mevzuatı, yabancı yatırımcılara bazı yasaklanan faaliyetlere ilişkin katı kurallar getirmektedir. Hükümet, yatırımcıların yasaklanan alanlardaki karmaşık lisanslama gereksinimlerini ve yurtdışı borsalarında işlem görecekt Çin şirketlerini izne tabi tutarak denetim sağlamaktadır. Yabancı sermayeye ihtiyaç duyan Çin şirketleri, bu yasakları özel olarak geliştirilen mekanizmalarla delmektedir⁴⁰⁹. Yeni yasa tasarısı, yabancı yatırımların yasaklanan alanlarda yabancı şirketlerin özel sözleşmeler yapmak suretiyle yerel şirketleri dolaylı olarak kontrol etmesini açık olarak yasaklamaktadır (m.16). Yasa tasarısıyla getirilen diğer bir önemli hüküm, yabancı yatırımların güvenlik gerekçesiyle kısıtlanmasıdır. Milli güvenlik gerekçesiyle yabancı yatırımların kısıtlanmasına ilişkin hükümler 2007 tarihli ABD Yabancı Yatırımlar ve Milli Güvenlik Kanunu ile benzerlik taşımaktadır⁴¹⁰.

Görüldüğü üzere yabancı yatırımlar yasa tasarısında, yabancı yatırımlara ilişkin mevcut sorunların belirli ölçüde ortadan kaldırılmasıyla birlikte yabancı yatırımlar üzerindeki kısıtlayıcı nitelikteki tedbirlerin “milli güvenlik” çerçevesinde yasal zemine oturtulmaya çalışıldığı da gözlemlenebilir.

⁴⁰⁶ Lui, 2016, a.g.k, 4.

⁴⁰⁷ Yasa tasarısının İngilizce metni için bkz. The State Council of the People’s Republic of China, http://english.gov.cn/state_council/ministries/2017/11/03/content_281475930350075.htm, (Erişim tarihi: 12.11.2018).

⁴⁰⁸ P. McKenzie and W. Zhang (2016). China’s draft foreign investment law still under review but “negative list” system comes into effective nationwide, 3, <https://www.jdsupra.com/legalnews/china-s-draft-foreign-investment-law-86027/> (Erişim tarihi: 13.11.2018).

⁴⁰⁹ M. Liu (2018). The new Chinese foreign investment law and its implication on foreign investors, *Northwestern Journal of International Law and Business* 35, 289.

⁴¹⁰ Y. Li and Ch. Bian (2016). A New dimensions of foreign investment law in China – evolution and impacts of the national security system, *Asia Pacific Law Review* 24(2), 145.

2.5. Çin Yatırım Mevzuatı Çerçevesinde Yabancı Yatırımların Kabulü ve Ona İlişkin Kısıtlamalar

Çalışmamızın bu kısmında, Çin yatırım mevzuatı çerçevesinde yabancı yatırımların kabulüne ilişkin hususlar izah edilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda Çin yatırım mevzuatı çerçevesinde yabancı yatırımların kabulüne ilişkin ulusal mevzuat, ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde ele alınacaktır. Yabancı yatırımcılara rehberlik eden katalog rejimi olarak adlandırılan Çin yatırım yasal rejimi, yabancı yatırımcıların yatırım yapabileceği sektör ve alanları gruplara ayırmaktadır. Katalog rejimi, 2015'ten itibaren üç ana başlık (teşvik edilen, kısıtlanan ve yasaklanan) altında düzenlenirken 2017 'de katalog rejimi negatif listeye dönüştürülerek kısıtlanan ve yasaklanan yatırım rejimleri hayata geçirilmiştir. İlk bakışta karmaşık görünümü veren negatif liste uygulaması, aslında Çin yatırım mevzuatının şeffaf ve öngörülebilir hâle getirilmesi bakımından son derece önemlidir. Çalışmamızın ikinci kısmında Çin yatırım mevzuatı kapsamında negatif liste uygulamasını genel hatlarıyla inceleyeceğiz.

2.5.1. Yabancı yatırımların kabulü

Çin yatırım mevzuatında yabancı yatırımların kabulüne ilişkin kontrol sistemi benimsenmiştir. Ev sahibi ülke yabancı yatırımlardan beklenen yararı en iyi şekilde değerlendirmek amacıyla yabancı yatırımları ülkeye giriş aşamasında onay sistemine tabi tutarak bir dizi yükümlülük getirebilmektedir. Örneğin istihdam sağlama, yerel hammadde kullanımı, belirlenen alanlarda yatırım yapma, yıllık belirli miktar ihracat yapma gibi. Bununla birlikte ev sahibi ülkeler, yabancı yatırımların giriş aşamasında, kamu sağlığı ve güvenliği (örneğin çevre kirliliği) gibi durumları da değerlendirmektedir. Ev sahibi ülkelerin yabancı yatırımların kabulüne ilişkin getirdiği onay sisteminin ana amacı yabancı yatırımın ekonomiye kazandırdığı faydaları en iyi şekilde değerlendirmek ve yabancı yatırımların olumsuz etkilerini en aza indirmektedir⁴¹¹. Ancak ev sahibi ülkenin yabancı yatırımların giriş aşamasında getirdiği söz konusu şartlar, yabancı yatırımların kabulüne ilişkin liberal modeli reddetmektedir. Liberal modelde, uluslararası şirketler ve yabancı yatırımcıların ev sahibi ülkede bulunan kaynak, pazar ve diğer imkânlarla en iyi şekilde erişim sağlamaktadır. Bu çerçevede yabancı yatırımlara ilişkin kararlar, ev sahibi ülkenin

⁴¹¹ M. Sornarajah (2000 c). International investment agreements: Admission and establishment, legal standards of treatment, *Commonwealth Law Bulletin* 26 (1), 75.

takdir yetkisinden ziyade ekonomik koşullara göre belirlenmektedir. Böylece liberal yaklaşımı benimseyen ülkelerde yabancı yatırımcılar, yabancı yatırımların ön kabul aşamasında milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı hükümlerinden yararlanabilmektedir⁴¹².

Gerek Çin'in ikili yatırım anlaşmalarında gerek Çin'in yatırım yasalarında, yabancı yatırımların kabulünün onaya tabi tutulduğu söylenebilir. Çin'in hemen hemen tüm ikili yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımların kabulünün Çin mevzuatına tabi tutulacağı açık bir şekilde belirtilmektedir. Söz konusu hükümler genellikle "Yatırımların Teşviki ve Korunması" başlığı altından düzenlenmektedir. Örneğin Çin-Rusya İkili Yatırım Anlaşması'nın 2.maddesi uyarınca, "*Her Akit Taraf diğer Akit Taraf yatırımcılarına kendi sınırları içerisinde yatırım yapmak için uygun koşullar oluşturacak ve bu yatırımlar Akit Tarafın kanun ve yönetmelikleri çerçevesinde kabul edilecektir*"⁴¹³ veya Çin-Özbekistan İkili Yatırım Anlaşması'nın 2.maddesi uyarınca, "*Her Akit Taraf diğer Akit Taraf yatırımcılarına kendi topraklarında yatırımların yapılmasını teşvik edecektir ve bu yatırımlar Akit Tarafın kanun ve yönetmelikleri çerçevesinde kabul edilecektir*"⁴¹⁴. Çin'in son tarihli ikili yatırım anlaşmalarında da söz konusu hüküm şekline, yani yabancı yatırımların kabulüne ilişkin kısıtlamalara devam edildiği görülmektedir⁴¹⁵. Görüldüğü üzere Çin'in ikili yatırım anlaşmaları yabancı yatırımların kabulüne ilişkin özel hükümler getirmektedir. Söz konusu hükümler, yabancı yatırımların kabulünü ev sahibi ülke mevzuatına tabi kılmaktadır. Böyle bir durumda yabancı yatırımların kabulü, ev sahibi ülke mevzuatına göre inceleme ve onay sürecine tabi tutulabilmektedir. Dolayısıyla bahse konu hüküm çerçevesinde, yabancı yatırımların ev sahibi ülkeye kabulü aşamasında ayrımcılık yapmama ilkelerinin (milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı) uygulanmayacağı belirtilmektedir. Son olarak belirtelim ki Rusya ve Çin ikili yatırımlar anlaşmalarının yabancı yatırımların kabulüne ilişkin benzer kısıtlamalar getirdiği söylenebilir. Bu anlamda her iki ülkede de yabancı yatırımların kabulüne ilişkin kontrol sisteminin benimsendiği belirtilmelidir.

⁴¹² Gomez-palacio and Muchlinski, 2012, a.g.k.,36.

⁴¹³ Çin- Rusya İkili Yatırım Anlaşması (2009).

⁴¹⁴ Çin- Özbekistan İkili Yatırım Anlaşması (2011).

⁴¹⁵ Çin – Kanada İkili Yatırım Anlaşması m. 3 (2014), Çin- Kolombiya İkili Yatırım Anlaşması m.2 (2013).

2.5.2. Yatırım öncesi milli muamele ve negatif liste uygulaması

2015 tarihli Yabancı Yatırımcılara Rehberlik Eden Katalog, Çin yatırım mevzuatından yabancı yatırımların kabulüne ilişkin farklı uygulamalar öngörmekte idi. Buna göre yabancı yatırımcıların yatırım yapabilecekleri yatırım alanları üç gruba (teşvik edilen, kısıtlanan ve yasaklanan) ayrılmıştı. Yabancı yatırımların kabulüne ilişkin şartlar, söz konusu yatırım grubuna göre değişebilmekte idi. Örneğin teşvik edilen gruba dâhil edilen yatırımlar onaya tabi tutulmazken, kısıtlanan yatırımlar onay ve incelemeye tabi tutulmaktaydı. 2017’de gözden geçirilen katalogda birkaç değişiklik yapılmıştır⁴¹⁶. Yeni katalogda yabancı yatırımcıların yatırım yapmasının kısıtlandığı alanlar iki grup altında (kısıtlanan ve yasaklanan ya da negatif liste uygulaması) düzenlenmiştir. 2017 tarihli katalogla getirilen diğer bir önemli gelişme yerli ve yabancı ayrımının kaldırılmasıdır. Şöyle ki söz konusu negatif liste uygulaması yerli ve yabancı yatırımcı ayrımı gözetilmeksizin eşit şekilde uygulanacaktır⁴¹⁷. Böylece ilk defa Çin yatırım mevzuatında yabancı yatırımların giriş aşamasında milli muamele kaydının uygulanabilme imkânı tanınmıştır.

Çin yatırım mevzuatında yabancı yatırımların kabulü, 2017 tarihli kataloga (Negatif liste) göre belirlenecektir. Şöyle ki yabancı yatırım yapılacak alan negatife listede bulunmuyorsa, söz konusu yabancı yatırımların kabulü onaya tabi değildir. Dolayısıyla bahse konu yatırımların kabul aşamasında milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı ilkeleri uygulanabilecektir. Bu bakımdan negatif listede yer almayan yatırımlara, gerek yatırımın giriş aşamasına gerek yatırım yapıldıktan sonra, Çin’in yabancı yatırımcılara uyguladığı muamelede değişiklik yapılmamaktadır⁴¹⁸.

Genel olarak Çin hukukunda, yabancı yatırımcıların yerel mahkemelerde dava açarak kendi haklarını araması bakımından herhangi bir engel yoktur. Bahse konu husus, Çin’in temel kanunlarıyla güvence altına alınmaktadır⁴¹⁹. Ancak Çin mevzuatının yabancı yatırımcılara ilişkin ek şartlar getirmemesine rağmen, uygulamada yabancı yatırımcıların milli muamele standartlarından daha az elverişli muameleye tabi tutulduğu görülebilmektedir. Öncelikle belirtelim ki, yerel mahkemelerin yabancı yatırımcılara karşı önyargılı

⁴¹⁶Catalogues of Industries for Guiding Foreign Investment, katalogun İngilizce metni için bkz, http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4851_0_7.html (Erişim tarihi: 19.11.2018).

⁴¹⁷ Special Management Measures for Foreign Investment Access: Explanations, İngilizce metin için bkz. http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4851_0_7.html (Erişim tarihi: 19.11.2018).

⁴¹⁸ Lui, 2016, a.g.k., 287.

⁴¹⁹ Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Usul Kanunu m. 5, Çin Halk Cumhuriyeti İdari Usul Kanunu m.71, <http://www.china.org.cn/english/government/207335.htm>, Kanunun İngilizce metni için bkz. http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383880.htm (Erişim tarihi: 19.11.2018).

yaklaşımı nadir görülen bir durum değildir. Dolayısıyla yabancı yatırımcılara milli muamele uygulayan yerel idari birimler denetime tabi tutulmamaktadır⁴²⁰.

2.5.3. Yabancı yatırımcılara rehberlik eden katalog rejimi

1995'ten itibaren Dış Ticaret ve Ekonomik İş Birliği Bakanlığı tarafından yayınlanmakta olan Yabancı Yatırımcılara Rehberlik Eden Katalog, yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemelerin şeffaf, erişilebilir ve öngörülebilir olmasını sağlamaktadır. Bu çerçevede söz konusu katalog rejimi, yabancı yatırımcılar için yabancı yatırımların ülkeye kabulüne ilişkin idari inceleme ve onay hakkında detaylı bilgiler içermektedir⁴²¹. Zaman içerisinde Yabancı Yatırımcılara Rehberlik Eden Katalogda birkaç değişik yapılmıştır (1997, 2004, 2007, 2010, 2015, 2017, 2018)⁴²². Yapılan değişiklikler ağırlıklı olarak yabancı yatırımlara kapalı sektörlerin kademeli olarak yabancı yatırımcılara açılması ve yabancı yatırımların kabulü aşmasında idari işlemlerin kolaylaştırılması üzerine odaklanmaktadır. 2017 yılında gözden geçirilen katalogda yabancı yatırımcıların yatırım yapamayacağı sektör sayısı 63 iken, en son gözden geçirilen 2018 tarihli katalogda bu sayı 48'e indirilmiştir.

2018 tarihli katalog rejimi (negatif liste uygulaması) üç gruba ayrılmaktadır; teşvik edilen⁴²³, kısıtlanan ve yasaklanan. Bahse konu yatırım alanları, sıkı onay işlemlerine tabi veya tamamen yabancı yatırımlara kapalı olan sektörleri ifade etmektedir. Bu noktada belirtelim ki, 2017'den itibaren katalog rejimin uygulanmasında yerli ve yabancı ayrımı kaldırılmıştır.

Katalogda düzenlenen “teşvik edilen yatırım” alanlarında yatırım yapan yatırımcılara vergi imtiyazları ve kolay yatırım ortamı sağlanmaktadır. Teşvik edilen yatırım alanları, “Bir Mekân Bir Kuşak Projesi”, Çin'in teknoloji bakımından gelişmesi için katkı sağlayan yatırımlar içerisinde, hammadde ve petrol, gaz ve mineraller gibi enerji kaynaklarında tedarik zincirlerini temin eden yatırımlar öne çıkmaktadır. Görüldüğü üzere, teş-

⁴²⁰ J. Zhou (2000). National treatment in foreign investment law: A comparative study from Chinese perspective, *Touro International Law Review* Vol 10,118.

⁴²¹ Catalogue for the Guidance Foreign Investment Industries (Promulgated by Decree No.5 of the State Planning Commission, the State Economic and Trade Commission and the Ministry of Foreign Trade and Economic Cooperation, 20.07.1995) <https://www.jus.uio.no/lm/china.guidance.of.foreign.investment.industries.catalogue.1995/> (Erişim tarihi: 20.11.2018).

⁴²² Çin Halk Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/aaa/201807/20180702765903.shtml> (Erişim tarihi: 20.11.2018).

⁴²³ 2017 tarihli katalogda yayınlanan teşvik edilen yatırım alanları grubunun uygulanmasına devam edilmektedir.

vik edilen yatırım alanları Çin'in öncelik verdiği yatırım alanlarını kapsamaktadır. Böylece Çin, kendi sanayi yapısındaki boşlukları doldurmakta ve iç pazara yönelik yabancı yatırımları teşvik etmektedir⁴²⁴.

Genellikle kısıtlanan yatırım faaliyetleri, bazı şartlar altında söz konusu alanlara yatırım yapılmasına izin verilen yatırım alanlarından oluşmaktadır. Yabancı yatırımcıların kısıtlanan alanlarda yatırım yapması, yerel şirketle ortak olma yoluyla ya da söz konusu alanlarda yabancı yatırım katılım payının kısıtlanması yoluyla olabilmektedir. Örneğin Çin'de bulunan güvenlik şirketleri, portföy yönetim şirketleri ve sigorta şirketlerinde yabancı yatırım payı en fazla % 51 olabilmektedir. Söz konusu katılım oranının aşamalı olarak 2021'e kadar kaldırılacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla, söz konusu alanlarda yabancı yatırımcıların yatırım yapabilmeleri için Ticaret Bakanlığı'ndan izin alınması gerekmektedir. Yasaklanan yatırım alanları, yabancı yatırımcıların yatırım yapamayacağı sektörlerden oluşmaktadır. Bu konuda yerel ve yabancı ayrımı yapılmamaktadır. 2018 tarihli katalogda, özel idari önlemler başlığı altında birkaç kısıtlama bulunmaktadır. Örneğin, yabancı yatırımcılar yerel hukuk şirketleriyle ortak olamaz veya yabancı yatırımcıların Çin'e film ithal etmesi veya sahne sanatlarına yatırım yapması yasaklanmıştır⁴²⁵. Bu noktada belirtelim ki, Çin yatırım mevzuatında yabancı yatırımcıların yatırım yapamayacakları ekonomik sektörlerin geniş tutulması eleştirilen konulardan birisidir. Bazı alanları (çay ve Çin tıbbı gibi) yabancı yatırımcılara kapalı tutmaktan ziyade bu alanlarda eğitimin yaygınlaştırılması, geleneksel kültür endüstrisinin korunması bakımından yararlı olabilmektedir⁴²⁶.

Çin'in yabancı yatırımların giriş aşamasında uyguladığı katalog rejimine ilişkin birkaç önemli sorun bulunmaktadır. Katalog rejimiyle ilgili ilk sorun istikrarlılık ve belirsizliktir. Örneğin 2007 tarihli katalogda otomobil üretimi "teşvik edilen" yatırım grubunda düzenlenirken, 2011'de yayınlanan katalogla "kısıtlanan" yatırım grubunda düzenlenmiştir. Yapılan değişikliklerin yarattığı belirsizlik, uzun dönemli yatırımlar planlayan yatırımcılar açısından sakıncalı görülebilir⁴²⁷. Çünkü yabancı yatırımcı, yatırımlarını ev sahibi ülkenin yatırım mevzuatına güvenerek planlamaktadır. Ev sahibi ülke mevzuatında

⁴²⁴ OECD (2008 j). Investment policy review: China, 38.

⁴²⁵ Order of the National Development and Reform Commission of the People's Republic of China and the Ministry of Commerce of the People's Republic of China No. 18 of 2019 on Special Administrative Measures (Negative List) for Foreign Investment Access (2018 Edition), <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/aaa/201807/20180702765903.shtml> (Erişim tarihi: 20.11.2018).

⁴²⁶ OECD, 2008j, a.g.k., 39.

⁴²⁷ Bian, 2015, a.g.k., 455.

yapılan ani değişiklikler yabancı yatırımcı bakımından büyük maddi kayıplara neden olabilmektedir. Katalog rejimine ilişkin diğer bir husus, negatif listede düzenlenmeyen yatırım alanlarının yabancı yatırımcılara açık olup olmadığı sorunudur. Örneğin bazı sektörlerle ilişkin getirilen kısıtlamalar, aynı sektörde bulunan bir kısım yatırımcıyı kapsarken diğerlerini kapsamamaktadır. 2006 yılında yayınlanan katalog, yabancı yatırımcıların otomobil parçaları üreten şirketlerde çoğunluk paya sahip olmasını kısıtlamıştır. Ancak aynı katalogda demir ve çelik endüstrisinde benzer bir kısıtlama yer almamaktadır. Son olarak, negatif listede düzenlenmeyen sektörlerin yabancı yatırımcılara açık olduğu yaklaşımı doğru değildir. Yabancı yatırımcılar, (bazı durumlarda yatırım politikalarını uygulayan yerel yönetimler de dâhil) yatırım için hangi sektörlerle izin verildiğini her zaman tam olarak bilemeyebilirler⁴²⁸.

2.6. Çin Yatırım Mevzuatının Milletlerarası Yatırım Hukukunun Temel İlkeleriyle Uyum

Çalışmamızın bu kısmında yabancı yatırımcılara ilişkin temel koruyucu hükümler; Çin'in ulusal yatırım mevzuatı ve yatırım anlaşmaları çerçevesinde değerlendirilecektir. Çin, ikili yatırım anlaşmalarının yanı sıra birkaç yabancı yatırımın korunmasına ilişkin milletlerarası anlaşmalara da taraf olmuştur. Bunlar, yabancı yatırımların korunmasına ilişkin kapsamlı hükümler içeren serbest ticaret anlaşmaları⁴²⁹ ve bazı yatırım anlaşmalarıdır⁴³⁰. Çin'in taraf olduğu yatırım anlaşmaları, yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikinin ötesinde iki önemli amacın gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir⁴³¹. İlk olarak Çin, yeni yatırım anlaşmaları yapmak suretiyle eskiden yabancı yatırımcılara karşı gösterdiği düşmanca tutumundan vazgeçtiğini ortaya koymuş olmaktadır. Böylece Çin, yabancı yatırımları korumaya yönelik ulusal mevzuatının yanı sıra yatırım anlaşmaları düzeyinde de koruma sağlayacağı konusunda mesaj vermektedir. İkincisi ise yabancı yatırımcılara sağlanan korumanın kapsam ve niteliği anlaşmaya taraflar arasındaki müzakereler yoluyla sağlanmaktadır. Bahse konu anlaşmalar içerik itibariyle birbirine benzemez,

⁴²⁸ OECD, 2008i, a.g.k., 40.

⁴²⁹ Çin bugüne kadar toplam 31 ekonomiden oluşan 14 serbest ticaret anlaşmasına taraf olmuştur. Bu çerçevede Çin – ASEAN Serbest Ticaret Anlaşması, Çin – Golf Cooperation Council (Avustralya, İzlanda ve Norveç) Serbest Ticaret Anlaşması, Asya-Pasifik Ticaret Anlaşması sayılabilir.

⁴³⁰ Çin-ASEAN Yatırım Anlaşması (China-ASEAN Investment Agreement), <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/treaty/3272> (Erişim tarihi: 23.11.2018).

⁴³¹ M. Sornarajah (1995 ç). Protection of foreign investment in the Asia Pacific Economic Co-operation Region, *Journal of World Trade*, 29(2), 118.

bu husus Çin'in anlaşmaya taraf her devleti bir potansiyel yatırımcı olarak gördüğüne işaret etmektedir.

2.6.1. Milli muamele

Çin hukukuna milli muamele ilkesi, ilk olarak 1994 tarihli Yabancı Ticaret Kanunuyla⁴³² getirilmiştir. Buna göre “*Çin Halk Cumhuriyeti uluslararası hizmet ticaretiyle ilgili olarak taraf olduğu uluslararası anlaşmalarda düzenlenen yükümlükleri çerçevesinde diğer Akit taraf katılımcılarına pazara erişim ve milli muamele sağlayacaktır*” (m.24). Bahse konu hüküm, milli muamele ilkesinin yabancı yatırımcılara uygulanmasıyla ilişkili olmamasına rağmen bazı yatırımcıları kapsamaktadır. Dolayısıyla hükmün uygulama alanı uluslararası hizmet ticaretiyle kısıtlı tutulmaktadır.

Yabancı Ortak Girişim Kanunu hariç Çin yatırım mevzuatının temelini oluşturan yasalarda (Yabancı Yatırımlı Teşebbüsler Kanunu, Sermayeye Dayalı Ortak Girişim Kanunu, Sözleşmeye Dayalı Ortak Girişim Kanunu, Yabancı Yatırım ve Yabancı Teşebbüslere İlişkin Gelir Vergisi Yasası⁴³³) milli muamele ilkesine ilişkin hükümler bulunmamaktadır⁴³⁴. Çin'in yabancı yatırımcılara karşı bu tutumu, yabancı yatırımlara ilişkin milli muamele ilkesini uzun süre kabul etmemesinden kaynaklanmaktadır⁴³⁵. Ancak bu noktada belirtelim ki, milli muameleye ilişkin hususların Çin'in yatırım yasalarında düzenlenmemesi diğer yasaların yabancı ve yerli yatırımcılar bakımından farklı hükümler getirebileceği şeklinde yorumlanmamalıdır⁴³⁶. Bununla birlikte, bazı durumlarda Çin yatırım mevzuatı yabancı yatırımcıları farklı uygulamalara tabi tutabilmektedir. Çin yatırım mevzuatında bulunan bazı ayrımcılık içeren uygulamalar, Çin'in çift yönlü mevzuat modelini benimsemesinden kaynaklanmaktadır. Örneğin 2015'de gözden geçirilen yabancı yatırımcılara rehberlik eden katalog kapsamında düzenlenen ve kısıtlanan yatırım alanları, yabancı yatırımcılar bakımından idari makamlar tarafından incelme ve onay sürecine tabi tutulurken yerel yatırımcılar bakımından böyle bir şart aranmamaktadır.

⁴³² Foreign Trade Law of the People's Republic of China, kanunun İngilizce metni için bkz. <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/internationalpolicy/200705/20070504715845.html>, (Erişim tarihi: 22.11.2018).

⁴³³ Income Tax Law of People's Republic of China for Enterprises with Foreign Investment and Foreign Enterprises, Kanunun İngilizce metni için bkz. <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/internationalpolicy/200703/20070304466440.html>, (Erişim tarihi: 22.11.2018).

⁴³⁴ W. Shan, N. Gallagher and Sh. Zhang (2012). National treatment for foreign investment in China: Changing landscape, *ICSID Review* 27(1), 128.

⁴³⁵ J. Zhou, 2000, a.g.k., 156.

⁴³⁶ Shan, Gallagher and Zhang, 2012, a.g.k., 129.

Çin'in DTÖ'ye üye olmasıyla birlikte milli muamele ilkesinin uygulanması daha yaygın bir hâle gelmiştir. Bu süre zarfında ayrımcılık içeren çoğu yasa gözden geçirilmiştir. Bunun en güzel örneği, Çin'in yabancı yatırım yasa tasarısında milli muamele ilkesinin açık bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Yeni yabancı yatırım yasa tasarısında yerli ve yabancı ayrımı kaldırılarak milli muamele ilkesinin uygulanacağı vurgulanmaktadır.

Çin'in yatırım anlaşmalarında düzenlenen milli muamele ilkesine ilişkin hususlar, Çin'in ulusal yatırım mevzuatında yaşanan gelişmelerle paralellik arz etmektedir. Çin'in ilk dönemlerde taraf olduğu ikili yatırım anlaşmaları milli muamele içermemekte⁴³⁷ veya bu anlaşmalar kapsamında milli muamele ilkesinin uygulanmasına ilişkin birtakım şartlar getirilmektedir. Çin'in ikili yatırım anlaşmalarında milli muamele kaydının kısıtlanması çaba gösterme⁴³⁸ (*endeavor*) veya ev sahibi ülke mevzuatına uygun olma (*without prejudice to its law and regulations*) şeklinde ifade edilmektedir. En iyi şekilde çaba gösterme tabiri, yükümlülük olmaktan ziyade sembolik anlam taşımaktadır⁴³⁹. Bu nedenle milli muamele kaydının bu şekilde düzenlenmesi ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcılara nasıl davranacağı konusunda herhangi bir kısıtlama getirmemektedir⁴⁴⁰. Örneğin Çin ve Kore arasındaki İkili Yatırım Anlaşması'nın 3.maddesinde düzenlenen milli muamele kaydının uygulanmasının; yatırımların yönetilmesi, sürdürülmesi, kullanımı, fayda sağlaması, genişletilmesi ve elden çıkarılmasıyla sınırlı olduğu belirtilmiştir. Çin ve Meksika arasındaki İkili Yatırım Anlaşması'nın 3.maddesiyle getirilen milli muamele kaydının uygulanması doğrudan kısıtlanmakla birlikte, milli muamele kaydının uygulanmasında ise ev sahibi ülke mevzuatına uygun olma şartı getirilmektedir. Milli muamele kaydının uygulanmasının ev sahibi ülke mevzuatına bağlı kılınması durumu, ancak ev sahibi ülke mevzuatıyla çelişmemesi hâlinde söz konusu olabilmektedir. Böylece ev sahibi ülke mevzuatı, milli muamele kaydı etkisini önemli ölçüde azaltmaktadır.

Çin'in taraf olduğu serbest ticaret sözleşmelerinde milli muamele kaydına ilişkin hususların, ikili yatırım anlaşmalarıyla benzer şekilde düzenlendiği söylenebilir. Bu bağlamda Çin-Kosta Rika Serbest Ticaret Anlaşması'nda milli muamele kaydının uygulama

⁴³⁷ Çin-Arjantin İkili Yatırım Anlaşması (1994) m. 3, Çin-Gürcistan İkili Yatırım Anlaşması (1995) m. 3, Çin – Yunanistan (1993) m.2.

⁴³⁸ Söz konusu hüküm “Büyükbaba Klozu (*grandfather clause*)” olarak da adlandırılmaktadır. Büyükbaba Klozu önceden var olan koşullara göre (yasa ve yönetmelik) muafiyet yaratan bir hükümdür.

⁴³⁹ J. Huang (2015). Challenges and solutions for the China- USA BIT negotiations: Insight from recent development of FTZs in China, *Journal of International Economic Law*, Vol.18, 323.

⁴⁴⁰ W. Wang (2005). Historical evolution of national treatment in China, *The International Lawyer* 39(3), 778;Shan, Gallagher and Zhang, 2012, a.g.k, 134.

alanı, Çin-Kosta Rika İkili Yatırım Anlaşması ile kısıtlanmıştır⁴⁴¹. Çin'in serbest ticaret anlaşmaları arasında yatırımların korunmasına ilişkin en kapsamlı hükümler içeren Çin-Yeni Zelanda Serbest Ticaret Anlaşması, milli muamele kaydının uygulanmasını tarafların mevcut ikili yatırım anlaşma hükümleri çerçevesinde sınırlandırmıştır⁴⁴². Şöyle ki söz konusu milli muamele kaydı, tarafların bağı olduğu ikili yatırım anlaşmasıyla getirilen milli muamele kaydı kapsamını aşamaz. Çin-ASEAN Yatırım Anlaşması'nda ise milli muamele kaydının uygulanması büyükbaba klozuyla kısıtlanmıştır⁴⁴³.

Çin'in bazı ikili yatırım anlaşmalarında ise milli muamele kaydının uygulama alanı geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Örneğin, Çin – Almanya arasındaki İkili Yatırım Anlaşması'nın 3/2.maddesinde milli muamele kaydının uygulanmasına ilişkin herhangi bir kısıtlama öngörülmemiştir. Ancak Anlaşmanın Ek Protokol kısmında, milli muamele kaydıyla uyumlu olmayan uygulamaların, milli muamele kaydına ilişkin herhangi bir alan bulamayacağı belirtilmektedir⁴⁴⁴. Bu bağlamda, Çin'in milli muamele kaydı ile uyumlu olmayan tüm uygulamaların aşamalı olarak kaldırılmasına ilişkin yükümlülük getirilmektedir.

Çin'in ikili yatırım anlaşmalarıyla getirilen milli muamele kaydının şekli ve kapsamı gelişmiş ve gelişmekte olan devletler bakımından farklılık arz etmektedir. Çin'in gelişmekte olan ülkelerle yaptığı ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen milli muamele kaydının uygulanması ev sahibi ülke mevzuatıyla sınırlandırılırken, gelişmiş devletlerle yaptığı ikili yatırım anlaşmalarında söz konusu hüküm kapsamı Çin'in milli muamele kaydıyla ilgili devam eden uyumsuz uygulamalarıyla (*the continuation of existing non-conforming measures*) kısıtlanmaktadır⁴⁴⁵. Ancak bu noktada belirtelim ki, milli muamele kaydının uygulanmasının ev sahibi ülke mevzuatıyla sınırlandırılması ile milli muamele kaydıyla uyumlu olmayan uygulamalar arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

⁴⁴¹ Çin-Kosta Rika STA m.89, anlaşmanın İngilizce metni için bkz, <http://fta.mofcom.gov.cn/topic/encosta.shtml>, (Erişim tarihi: 23.11.2018).

⁴⁴² Çin- Yeni Zelanda STA m.141/3, anlaşmanın İngilizce metni için bkz, <http://fta.mofcom.gov.cn/topic/encosta.shtml>, (Erişim tarihi: 23.22.2018).

⁴⁴³ Çin-ASEAN Yatırım Anlaşması m.6, Anlaşmanın İngilizce metni için bkz, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2596> (Erişim tarihi: 23.11.2018).

⁴⁴⁴ İki durumda milli muamele kaydı uygulanmayacaktır. İlk olarak, Çin'in kendi sınırları içerisinde mevcut milli muamele kaydıyla uyumlu olmayan uygulamalar. İkinci durumda ise milli muamele kaydıyla uyumlu olmayan ancak uygulanması devam eden uygulamalar. Bkz. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42> (Erişim tarihi: 22.11.2018).

⁴⁴⁵ Sh. Wei (2018). Evolution of non-discriminatory standards in China's BIT's in the context of EU-China negotiations, *Chinese Journal of International Law* 17, 808.

Çünkü her iki durumda da milli muamele kaydının uygulanması ev sahibi ülke mevzuatı çerçevesinde cereyan etmektedir.

2.6.2. En çok gözetilen ulus kaydı

Milli muamele kaydından farklı olarak, Çin'in hemen hemen tüm anlaşmalarında en çok gözetilen ulus kaydı düzenlenmesine de yer verilmektedir⁴⁴⁶. Çin'in ilk dönemlerde taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında, en çok gözetilen ulus kaydının uygulanması ancak yatırım yapıldıktan sonra söz konusu olabilmıştır. Başka bir deyişle, Çin'in ikili yatırım anlaşmalarında en çok gözetilen ulus kaydı yabancı yatırımların ön kabul aşamasına uygulanmamıştır. Benzer şekilde, en çok gözetilen ulus kaydı Çin'in STA'sında da düzenlenmektedir. Ancak son tarihli yatırım anlaşmalarında söz konusu hüküm kapsamı, gerek yatırımların kabulü aşamasında gerek yatırım yapıldıktan sonra uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin ASEAN-Çin Yatırım Anlaşması'nda en çok gözetilen ulus kaydının uygulanmasının; yatırımların kabulü, kurulumu, yönetimi, sürdürülmesi, kullanımı, yararlanılması, genişletilmesi ve elden çıkarılmasıyla ilgili olduğu belirtilmiştir (m.5/1).

Çin ikili yatırım anlaşmalarında en çok gözetilen ulus kaydının uygulanmasına ilişkin birkaç istisna bulunmaktadır. İlk istisna; gümrük birliği, serbest ticaret bölgeler, ekonomik teşkilatlar ve vergilendirmeye ilişkin anlaşmalardır⁴⁴⁷. Karşılaştırmalı hukukta, ağırlıklı olarak ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen en çok gözetilen ulus kaydının uygulamasına ilişkin getirilen istisna, bölgesel ekonomik birliklerdir (örneğin gümrük birliği ve serbest ticari bölgeler gibi)⁴⁴⁸. Dolayısıyla DTÖ, söz konusu bölgesel ekonomik birliklere ilişkin anlaşmaları uluslararası ticaret sistemiyle uyumlu olduğu müddetçe yasaklamamaktadır⁴⁴⁹. Bununla birlikte, yukarıda görüldüğü üzere milli muamele kaydının uygulanmasını kısıtlayan milli muamele kaydıyla uyumlu olmayan uygulamalar, bazı Çin ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenmektedir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ Çin-Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği İkili Yatırım Anlaşması m.3/2, Çin-Kamboçya İkili Yatırım Anlaşması m.3/2, Çin-Kanada İkili Yatırım Anlaşması m.5, Çin-Fransa İkili Yatırım Anlaşması m.4.

⁴⁴⁷ Çin- Fransa İkili Yatırım Anlaşması, Çin-Kore İkili Yatırım Anlaşması.

⁴⁴⁸ Wei, 2018, a.g.k., 824.

⁴⁴⁹ GATT m.24.

⁴⁵⁰ Çin-Çek İkili Yatırım Anlaşması m.3/3.

Günümüzde milletlerarası tahkim uygulamalarında en çok gözetilen ulus kaydının usulü haklar bakımından uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin tartışmalar devam etmektedir. Çin'in ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde, en çok gözetilen ulus kaydını değerlendiren *Ansung Housing Co. Ltd v. Çin* tahkim davası⁴⁵¹ konu bakımından güzel bir örnek teşkil edebilir. Davacı, Kore vatandaşlığını taşıyan yatırımcı *Ansung*, Çin-Kore İkili Yatırım Anlaşması'nda düzenlenen yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükmün Çin'in diğer ikili yatırım anlaşmalarına kıyasla daha sıkı şartlar getirdiği iddiasında bulunmuştur. Tahkim heyeti, Çin-Kore İkili Yatırım Anlaşması'yla getirilen en çok gözetilen ulus kaydının kapsamının yabancı yatırımcının "adliye mahkemesi, idari mahkeme ve idari mercilere erişimiyle (*access to court of justice and administrative tribunals and authorities*)" ilgili olduğunu ifade etmiştir⁴⁵². Hakem heyeti incelemesinin devamında, Çin-Kore İkili Yatırım Anlaşması'nda düzenlenen en çok gözetilen hükmün, uyuşmazlıkların çözümü bakımından da geçerli olacağının belirgin bir şekilde düzenlenmediğini ifade etmiştir. Son olarak hakem heyeti, söz konusu en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün tartışmaya mahal vermeyecek şekilde açık olduğunu belirterek yargılama yetkisi olmadığı sonucuna ulaşmıştır⁴⁵³. *Beijing Urban Construction Group v. Yaman* davasında⁴⁵⁴, hakem heyeti en çok gözetilen ulus kaydının değerlendirilmesinde ağırlıklı olarak ülkesellik şartı üzerinde durmuştur. Hakem heyeti, Çin-Yemen İkili Yatırım Anlaşması'nda⁴⁵⁵ düzenlenen en çok gözetilen ulus kaydının uygulanmasına ilişkin ülkesellik şartı getirildiğine dikkat çekmiştir. Buna göre "Diğer Akit Tarafın sınırları içerisinde gerçekleştirilen yatırımlarla ilgili olarak..." ifadesi ülkesellik şartı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu çerçevede hakem heyeti, en çok gözetilen ulus kaydının uygulanmasının ülkesellik şartıyla kısıtlandığını belirtmiştir. Söz konusu kısıtlama, tarafların en çok gözetilen ulus kaydından yararlanılarak uyuşmazlığın çözümüne ilişkin hükmün kapsamını genişletmesine izin vermemektedir. Çünkü bu Çin-Yaman İkili Yatırım Anlaşması'nın 10.maddesinde düzenlenen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hüküm kapsamını aşmaktadır⁴⁵⁶.

Milletlerarası yatırım tahkiminde yaşanan gelişmeleri dikkate alan Çin, son tarihli milletlerarası anlaşmalarında en çok gözetilen ulus kaydı kapsamında usuli hakların dâhil

⁴⁵¹ *Ansung Housing Co., Ltd v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/14/25, Award.

⁴⁵² *Ansung Housing v. China*, para.139.

⁴⁵³ *Ansung Housing v. China*, para. 140.

⁴⁵⁴ *Beijing Urban Construction v. China*, ICSID Case No. ARB/14/30.

⁴⁵⁵ Çin-Yemen İkili Yatırım Anlaşması 3/1.

⁴⁵⁶ *Beijing Urban Construction v. China*, para.120.

edilmeyeceği konusunda açık hükümler getirmektedir. Örneğin, Çin-Kanada İkili Yatırım Anlaşması'nın 5/3.maddesinde en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlıkların çözümü bakımından uygulanmayacağı belirtilmektedir veya ASEAN-Çin Yatırım Anlaşması'nın 5/4.maddesinde en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin usuli hükümleri içermediği ifade edilmektedir⁴⁵⁷.

2.6.3. Kamulaştırma ve millileştirmeye ilişkin hükümler

Çin mevzuatı çerçevesinde kamulaştırma ve millileştirmeye ilişkin hükümlerin ulusal mevzuattaki mevcut durum ve yatırım anlaşmaları olmak iki ayrı başlık altında irdelenmesi yerinde olacaktır. Çünkü ulusal mevzuatta yaşanan gelişmeler milletlerarası yatırım anlaşmalarıyla paralellik arz etmektedir.

2.6.3.1. Çin yatırım mevzuatında yabancı yatırımların kamulaştırılmasına ilişkin hükümler

Genel olarak Çin yatırım mevzuatı yabancı yatırımcılara kamulaştırma ve millileştirmeye karşı koruma sağlamaktadır. Bu bağlamda kamulaştırma ve millileştirmeye ilişkin hükümleri doğrudan düzenleyen Sermayeye Dayalı Ortak Girişim Kanunu'nun 2.maddesi⁴⁵⁸ ve Yabancı Yatırımlı Ortak Teşebbüsler Kanunu'nun 5.maddesi⁴⁵⁹ üzerinde durulması gerekir. Bahse konu hükümler, önceki düzenlemelerden farklı olarak kamulaştırma ve millileştirmeye ilişkin detaylı hükümler getirmesine rağmen birtakım belirsizlikler de içermektedir. Kanun kapsamında; “özel durumlar”, “kamu yararı“, “uygun tazminat” ve “makul tazminat” kavramlarına açıklık getirilmemiştir. Buna rağmen, Çin mevzuatında kamulaştırmaya ilişkin temel prensipleri belirleyen hükümler ilk defa yasal bir

⁴⁵⁷ Benzer hüküm için bkz. Çin-Yeni Zelanda Serbest Ticaret Anlaşması m.139(2).

⁴⁵⁸ Kanunun 2.maddesi uyarınca sermayeye dayalı ortak girişimler özel durumlarda millileştirme ve kamulaştırmaya tabi değildir. Ancak Devlet kamu gereksinimlerini yerine getirmek için yasal prosedürlere uygun olarak sermayeye dayalı ortak girişimleri kamulaştırabilir ve yalnız bazı tazminatlar ödenecektir (*The State shall not subject equity joint ventures to nationalization or expropriation in special circumstances, however, in order to meet public interest requirements, the State may expropriate an equity joint venture in accordance with the legal procedures, but certain compensation must be paid*).

⁴⁵⁹ Kanunun 5.maddesi uyarınca yabancı yatırımlı teşebbüsler millileştirilmeyecektir ve kamulaştırılmayacaktır. Ancak özel durumlarda, kamu yararına gerek duyulduğu hallerde yasal işlemlere uygun olarak yabancı yatırımlı teşebbüsler kamulaştırılabilir ve söz konusu teşebbüslere uygun tazminat ödenir (*The State will not nationalize or expropriate enterprises with sole foreign investment but in special circumstances, where it is necessary to the public interest, an enterprise with sole foreign investment may be expropriated in accordance with legal procedures and the appropriate compensation paid*.).

zemine kavuşturulmuştur. Bu temel prensip çerçevesinde, yabancı yatırımların kamulaştırmasının ancak istisnai durumlarda söz konusu olabileceği ve buna ilişkin olarak devletin uygun tazminat ödeyeceği belirtilmektedir. Dolayısıyla Çin'in yabancı yatırımlara ilişkin kamulaştırma konusundaki tavrının değişmesi, Çin'in yalnız batılı devletlerin geleneksel olarak haklı gördüğü koşullar altında kamulaştırma ve kendince haklı gördüğü ölçüde tazminat ödeme şeklindeki yaklaşımına dayandırılabilir⁴⁶⁰.

Çin doktrininde yabancı yatırımların kamulaştırılmasına ilişkin tartışmalar, Çin hükümetinin ilk dışa açılım sürecinde serbest ticari bölgeler ve deniz kıyılarında bulunan şehirlerin yabancı yatırımcılara açılmasıyla başlamıştır. Çin doktrininde birçok yazar, yabancı yatırımların uzun vadeli ekonomik kalkınmayı teşvik ettiği ve bu nedenle yabancı yatırımların korunmasına ilişkin mevzuatın açık ve öngörülebilir olmasının yatırımların akışı bakımından önemli etken olduğu konusunda hemfikirdirler. Ancak yabancı yatırımcılara sağlanacak korumanın kapsamı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır⁴⁶¹. İlk yaklaşıma göre devlet, egemen güç olarak, kendi topraklarında yabancı yatırımları kamu yararını gözetmek ve ulusal bağımsızlığını sürdürebilmek için kamulaştırabilmelidir⁴⁶². Öte yandan ikinci bir yaklaşıma göre devletin iç ve dış işlerini bağımsız olarak yürütme konusunda yetkisi bulunmasına rağmen, egemenlik hakkının kullanımı kısıtlanmadan hiçbir zaman bağımsız olunamaz. Genel olarak tüm hak ve yükümlülükler karşılıklıdır. Bu nedenle tüm anlaşmalar eşitlik ve karşılıklı çıkar prensibine dayanmaktadır⁴⁶³. Örneğin, 1984 tarihinde Çin ve Birleşik Krallık bir anlaşma üzerinde mutabakat sağlamıştır. Anlaşma, 1 Temmuz 1997'de Birleşik Krallık'ın kira süresi sona erdikten sonra Çin'in Hong Kong üzerindeki egemenlik hakkının geri alınmasına ilişkin hükümler içermektedir. Bu kapsamda Çin, Hong Kong'un mevcut sosyal ve ekonomik yapısında 50 yıl süresince değişiklik yapmama taahhüdünde bulunmuştur.

Çin doktrininde tartışılan diğer bir husus, kamulaştırmaya ilişkin hakkın kullanımıyla ilişkilidir. Geleneksel yaklaşıma göre devletin yabancı yatırımları kamulaştırma hakkına sahip olması, bu hakkın kullanılması anlamına gelmez. Ancak devlet, şartlar bü-

⁴⁶⁰ L. Lin and J. Allison (1994). An Analyses of nationalization and expropriation risk in China, *Yale Journal of International Law* 19, 175; W. Shan (2012 a). The Legal protection of foreign investment: Comparative study, Oxford: Hart Publishing, 272.

⁴⁶¹ An. Chen (1988 a). Should an immunity from nationalization for foreign investment be enacted in China's economic law ?, *Legal Aspects of Foreign Investment in the People's Republic of China*, 39, 49.

⁴⁶² An. Chen (2013 b). The Voice from China: An Chen on International Economic Law, London: Springer, 40.

⁴⁶³ Lin and Allison, 1994, a.g.k., 165.

yük ölçüde değiştiği takdirde manevra yaparak kamulaştırma hakkına sahip olabilmektedir⁴⁶⁴. Bununla birlikte ikinci bir yaklaşıma göre, Çin Anayasası'nın 18.maddesinde düzenlenen, Çin hukukunun yabancı yatırımcıların yasal hak ve çıkarlarını korumasına ilişkin getirilen hükmünden hareketle, Çin kamulaştırmaya ilişkin mutlak bir egemenlik hakkına sahip değildir. Bu çerçevede mülkiyet sahipliği yabancı yatırımcının temel ve yasal hakkıdır. Bu nedenle bahse konu hüküm, Çin'in egemenlik hakkının kullanımına Anayasa'da düzenlenenden daha çok kısıtlama getirmektedir⁴⁶⁵.

Çin doktrinde kamulaştırmaya ilişkin ana prensipler (kamu yararı, ayrımcılık yapmama, izlenmesi gereken hukuki prosedür) konusunda anlaşmazlık yoktur⁴⁶⁶. En çok tartışılan husus tazminatın hesaplanmasına ilişkindir. Bu çerçevede Çin doktrinde, uluslararası örf ve âdet hukukunda kabul edilen kamulaştırma karşılığında verilen tazminatın hesaplanmasında başvurulacak ölçütler derhal, yeterli ve etkili (*prompt, adequate and effective compensation*) kabul edilmemektedir. Bu görüşe göre ABD önceliğinde desteklenen tazminatın hesaplanmasına ilişkin ölçütler, devletin kamulaştırmaya ilişkin egemenlik hakkını ortadan kaldırmaktadır. Bu sebeple, gelişmekte olan ülkeler kendi mevzuatları elverdiği ölçüde kamulaştırma karşılığında tazminat sağlamalıdır. Sömürge döneminden bu yana yabancı yatırımcılar tarafından toplanan devasa kârlar ve gelişmekte olan ülkelerin zayıf ekonomik konumu dikkate alındığında, söz konusu ülkelerin siyasi ve ekonomik egemenliklerini koruması için tazminata ilişkin esnek ölçütler getirilmelidir⁴⁶⁷.

Bu noktada belirtelim ki, Çin'in yatırım politikalarının kamulaştırma konusunda yabancı yatırım yanlısı hükümler getirme eğiliminde olduğu söylenebilir. Bu bağlamda Çin, yabancı yatırımcıların beklentilerini karşılayabilmek adına, kamulaştırma karşılığında sağlanan tazminatın hesaplanmasına ilişkin bir formül geliştirmiştir. Buna göre, Çin hukukunda tazminatın hesaplanmasına ilişkin prensipler; “tazminat yasal prosedüre uygun olarak ödenmelidir (*compensation should be paid according to legal procedure*)”, “ödeme yöntemi olarak çevrilebilir ve serbestçe transfer edilebilir olmalıdır (*the method of payment must be convertible and freely transferable*)” ve “ödeme makul gerekçe olmadan gecikmeksizin yapılmalıdır (*payment must be made with delay unless with justified*

⁴⁶⁴ Chen, 2013b, a.g.k.,41.

⁴⁶⁵ Chen, 2013b, a.g.k., 41.

⁴⁶⁶ Lin and Allison, 1994, a.g.k., 163.

⁴⁶⁷ Ch. Weishu (1993). Reforming China's property system, *Economic Reform and Social Changes* 14, 45.

reasons)”. Söz konusu ölçütlerin “derhal, yeterli ve etkili” ölçütüyle yakın olduğu belirtilmektedir⁴⁶⁸.

Görüldüğü üzere Çin yatırım mevzuatında kamulaştırmaya ilişkin hükümlerin, milletlerarası yatırım hukukunda kabul edilen standartlarla önemli ölçüde uyumlu olduğu söylenebilir. Bununla birlikte kamulaştırma karşılığında ödenen tazminatın hesaplanmasında geçmişten bugüne kadar uzanan gelişmelere bakıldığında, Çin’in bu hususta genel kabul gören prensipleri benimsemede çok istekli olmadığı belirtilmelidir. Ancak Çin’in gerek yabancı yatırımlara ev sahipliği yapan ülke gerek yatırımcı devlet olarak yer alması Çin yatırım mevzuatına yabancı yatırım yanlısı hükümler getirme girişimlerine vesile olmuştur.

2.6.3.2. Çin yatırım mevzuatı çerçevesinde kamulaştırma ve millileştirmeye ilişkin hükümler

Genel olarak Çin’in mevcut yatırım anlaşmaları, yabancı yatırımların kamulaştırılma ve millileştirilmesine karşı hükümler getirmektedir. Bu noktada belirtelim ki, ağırlıklı olarak kamulaştırmaya ilişkin hükümlerin uygulanması ev sahibi ülke mevzuatına bağlıdır ve bu sebeple kamulaştırmaya ilişkin koruyucu hükümler yabancı yatırımcıları tatmin etmeyebilmektedir. Dolayısıyla Çin mevzuatının şeffaflıktan yoksun olması kamulaştırmaya ilişkin hükümlerin yeterince koruma sağlayamamasına sebebiyet verebilmektedir⁴⁶⁹. Karşılaştırmalı olarak çoğu yatırım anlaşmasında görülebileceği üzere, Çin’in yatırım anlaşmalarında da dolaylı kamulaştırma tabiri “kamulaştırma ve millileştirmeye eşit etkisi (*having an effect equivalent to*)”⁴⁷⁰, “eşdeğeri (*tantamount to*)”⁴⁷¹ ve “aynı etkisi (*same effect*)”⁴⁷² bulunan tedbirler şeklinde ifade edilmektedir.

Genellikle Çin yatırım anlaşmalarında düzenlenen kamulaştırmaya ilişkin hükümlerde ilk göze çarpan husus, kamulaştırmanın ev sahibi ülke hukuki prosedürü çerçevesinde (*under domestic legal procedure*)⁴⁷³ yürütülmesinedair ibarenin kullanımıdır. Kar-

⁴⁶⁸ Lin and Allison, 1994, a.g.k., 171.

⁴⁶⁹ M. Sornarajah (2010 d). *India, China and foreign investment*, (Editörler: M. Sornarajah and W. Jiangyu China, India and the International Economic Order, Cambridge: Cambridge University Press, 143.

⁴⁷⁰ Çin-Çek Cumhuriyeti İkili Yatırım Anlaşması 4.1, Çin-Danimarka İkili Yatırım Anlaşması m. 4.1, Çin-İzlanda İkili Yatırım Anlaşması m.4, Çin-İsrail İkili Yatırım Anlaşması m.5.1.

⁴⁷¹ Çin-Yunanistan İkili Yatırım Anlaşması m.4.1.

⁴⁷² Çin-Fransa İkili Yatırım Anlaşması m. 5.

⁴⁷³ Çin-Pakistan STA m.49, Çin-Yeni Zelanda STA m.45, Çin-Kanada İkili Yatırım Anlaşması m.10.1.

şılaştırmalı olarak çoğu yatırım anlaşmasında söz konusu tabir “hukuki prosedür çerçevesinde” (*under due process of law veya in accordance with due process*) şeklinde kullanılmaktadır. “Hukuki prosedür çerçevesinde” tabiri, “ev sahibi ülke prosedürü çerçevesinde” tabirine kıyasla uluslararası örf ve âdet hukuku kapsamında yabancı yatırımcıyı daha iyi koruyabilmektedir. Çünkü kamulaştırmaya ilişkin işlemlerin ev sahibi ülke mevzuatına tabi kılınması, ev sahibi ülkeye kamulaştırmaya ilişkin işlemlerin yürütmesinde esneklik tanımaktadır ve ev sahibi ülkenin bu işlemleri kontrol etmesini sağlamaktadır⁴⁷⁴.

Çin’in taraf olduğu yatırım anlaşmalarında düzenlenen kamulaştırma karşılığında ödenen tazminatın hesaplanmasına ilişkin hükümler de dikkat çekicidir. Kamulaştırma karşılığında ödenen tazminatın hesaplanmasına ilişkin olarak ev sahibi ülkeler ve yabancı yatırım ihraç eden ülkeler arasında görüş farklılığı bulunmaktadır. Anlaşmazlık esas olarak, “tazminata ilişkin standartlar” ve “tazminatın değerlendirilmesi” üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu noktada belirtelim ki, gelişmiş ülkelerin savunduğu tazminatın hesaplanmasına ilişkin temel prensipler çerçevesinde belirlenen nihai tazminat tutarı, sadece büyük miktar para değildir. Bunun yanı sıra söz konusu tazminat astronomik bir değere de dönüşebilmektedir. Bu durum zayıf konumda bulunan gelişmekte olan ülkelere ağır ekonomik yükler getirebilmektedir. Öte yandan tazminatın hesaplanmasında “uygun standardı”na (*appropriate standard*) başvurulması, yeterli tazminatı (*adequate compensation*) kısmi tazminata dönüştürür ve bu durum yabancı yatırımcılar tarafından elde edilen tazminat miktarını büyük ölçüde azaltmaktadır⁴⁷⁵. Bununla birlikte Çin’in tazminatın hesaplanmasına ilişkin uygun standardına bağlı kalması ve bunu uygulamada ısrarcı olması, Çin’de hüküm süren komünist ideolojiye dayandırılabilir⁴⁷⁶. Buna rağmen Çin’de ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen kamulaştırma karşılığında ödenen tazminatın hesaplanmasına ilişkin temel ölçütlerin farklı şeklide düzenlendiği görülebilir⁴⁷⁷. Muhtemelen bu husus, Çin’in ikili yatırım anlaşmalarının müzakere sürecinde gelişmekte olan ülkelere bazı konularda esneklik sağlamasından kaynaklanmaktadır.

Çin’in çoğu yatırım anlaşmasında tazminatın miktarına ilişkin olarak piyasa değeri (*market value*) ve adil piyasa değeri (*fair market value*) tabiri kullanılmaktadır. Örneğin,

⁴⁷⁴ Sh. Wei (2015). Expropriation in transition: Evolving Chinese investment treaty practices in local and global context, *Leiden Journal of International Law*, 28, 590.

⁴⁷⁵ Chen, 2013b, a.g.k., 384.

⁴⁷⁶ Sornarajah, 1995ç, a.g.k., 119.

⁴⁷⁷ Çin-Kanada İkili Yatırım Anlaşması m. 10.1, Çin-Avustralya İkili Yatırım Anlaşması m. 8.2.

Çin-Rusya İkili Yatırım Anlaşması m.4.2 veya Çin-Finlandiya İkili Yatırım Anlaşması m.4.2’de yatırım anlaşmasında kamulaştırmaya tabi tutulan yabancı yatırımının değerine ilişkin hükümlere yer verilmesi, ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcıya adil tazminat vermede kararlı olduğunun göstergesidir⁴⁷⁸.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan görüldüğü üzere Çin’in taraf olduğu yatırım anlaşmalarında düzenlenen yabancı yatırımcıları kamulaştırmaya karşı koruyucu hükümler, uluslararası yatırım hukukunda kabul edilen temel hususlarla büyük ölçüde uyumluluk göstermektedir. Bu çerçevede Çin’in gerek yabancı yatırımlara ev sahipliği yapan ülke olarak gerek yabancı yatırım ihraç eden ülke olarak yer alması, Çin’in kamulaştırmaya ilişkin bazı konularda uzun zamandır değişmeyen tutumunu gözden geçirmesine ve kamulaştırmaya ilişkin bazı hususları yeniden formüle etmesine vesile olmuştur. Bahse konu gelişmelere rağmen, Çin’in taraf olduğu yatırım anlaşmalarında kamulaştırmaya ilişkin hükümlerdeki (kamulaştırmanın ev sahibi ülkedeki prosedüre uygun olma şartı gibi) bazı kısıtlayıcı nitelikteki uygulamalar varlığını sürdürmektedir.

3. TÜRKİYE’NİN YABANCI YATIRIMLARA İLİŞKİN POLİTİKASI, İLGİLİ KURUMLARI VE ULUSAL YATIRIM MEVZUATI

Türkiye’nin Avrupa, Orta Doğu ve Orta Asya’nın kavşağındaki coğrafi konumu, kültürel zenginliği, teknoloji ve ticarete önemli ilerlemeler kaydetmesiyle birlikte komşu ülkelerin çoğuna göre siyasi ve ekonomik istikrarı olması Türkiye’yi yabancı yatırımcılar bakımından cazip hâle getirmektedir⁴⁷⁹. 2003’ten itibaren Türkiye’ye yabancı yatırımların girişinde önemli ölçüde artma eğilimi gözlemlenmiştir. 1973 ve 2002 yılları arasında Türkiye’ye giren doğrudan yabancı yatırım hacmi 15 milyar ABD doları olurken 2003-2017 yılları arasında bu rakam 193 milyar ABD dolarına ulaşmıştır⁴⁸⁰. Dolayısıyla UNCTAD tarafından yayınlanan Dünya Yatırım Raporu’na (2018) göre Türkiye Batı Asya’da en çok yatırım çeken ülkeler sırlamasında İsrail’den sonra 2. ülke olmuştur⁴⁸¹. Söz konusu doğrudan yabancı yatırımların girişindeki büyük artışın ardında yatan en önemli etken-

⁴⁷⁸ Wei, 2015, a.g.k., 595.

⁴⁷⁹ AB Eşleştirme Projesi Raporu (2006). Bölüm II- Bölgesel Bir İş Merkezi Olarak Türkiye, s.132.

⁴⁸⁰ Invest in Turkey, <http://www.invest.gov.tr/TR-TR/INVESTMENTGUIDE/INVESTORSGUIDE/Pages/FDIinTurkey.aspx>, (Erişim tarihi: 3.01.2019).

⁴⁸¹ UNCTAD, 2018ç, a.g.k., 48.

lerden birisinin; Türkiye'nin 2001'den itibaren yabancı yatırımlara ilişkin ulusal mevzuatta önemli değişikliklere gitmesi ve yabancı yatırım yanlısı mevzuat oluşturma eğilimi olduğu söylenebilir. Bu bağlamda asgari sermaye şartının kaldırılması ve yabancı yatırımların kabulünde onay sisteminden bilgilendirme sistemine geçilmesinin Türk yatırım mevzuatında yapılan iki önemli ilerleme olduğu söylenebilir. Bahse konu uygulamaların hayata geçirilmesinden 3 yıl sonra ülkeye giren doğrudan yabancı yatırım hacminin 10 kat artışı gözlemlenmiştir⁴⁸². Buna rağmen Türkiye'nin doğrudan yabancı yatırım rejimindeki bazı sorunların yabancı yatırımlar bakımından engel oluşturduğu belirtilmektedir. 2016'den beri siyasi istikrarsızlığın Türk ekonomisi ve yabancı yatırımlar üzerinde olumsuz etkiler oluşturduğu ifade edilmektedir⁴⁸³. Bununla birlikte Türkiye'ye yabancı yatırım girişinde artışın sağlanabilmesi ve küresel anlamda Türkiye'nin rekabetçi hâle gelebilmesi için işgücü piyasası, yargı sistemi (hukuk devleti), vergi sistemi ve fikri mülkiyetin korunması konusunda yoğun çaba sarf etmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁸⁴.

Çalışmamızın bu kısmında Türkiye'nin doğrudan yabancı yatırım rejimi üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede Türkiye'nin yabancı yatırımlara ilişkin politikalar, yabancı yatırımlara ilişkin kurumlar ve yatırım mevzuatı incelenecektir.

3.1. Türkiye'nin Yatırım Politikaları

Yatırım politikaları; yabancı yatırımlara ilişkin kanun ve yönetmelikler ve yabancı yatırımların kabulüne ilişkin hususları içermekle birlikte ev sahibi ülkenin ulusal kalkınma bakımından yabancı yatırımlara karşı hedef ve beklentilerini de ifade etmektedir. Ev sahibi ülkenin yatırım politikasında yaşanan gelişme ve değişiklikler yatırım kararları üzerinde etkili olabilmektedir. Yatırımın doğası gereği, yatırım politikalarının belirlenmesinde şeffaflık, öngörülebilirlik ve politikaların güvenilirliği son derece önemlidir⁴⁸⁵.

11 Aralık 2001 tarihinde Türkiye'nin yatırım politikalarının düzenli bir şekilde yürütülmesi ve “yatırım ortamını daha elverişli hâle getirmek daha fazla sayıda yerli ve doğrudan yabancı yatırım cezbetmek” amacıyla Başbakanlık Prensip Kararıyla Yatırım

⁴⁸²World Bank Group, Investment policy and promotion: Attracting foreign investment and maximizing impact for the local economy, http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/Trade-InvestClimate_InvestPolicyPromotion.pdf, (Erişim tarihi: 3.01.2019).

⁴⁸³ UNCTAD, 2018ç, a.g.k, 48.

⁴⁸⁴ G. Sak ve F. İnan (2015). An Investment policy framework for Turkey in the twenty first century, Economic Policy Research Foundation of Turkey, Report, 2.

⁴⁸⁵ OECD (2015 k). Policy framework for investment, 23, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264208667-en.pdf?expires=1546507019&id=id&accname=oid014567&checksum=76E0E809ECBB4F41609D577FB2D876E5>, (Erişim tarihi: 3.01.2019).

Ortamını İyileştirme Reform Programı çerçevesinde Yatırım Ortamını İyileştirme Koordinasyon Kurulu (YOİKK) kurulmuştur⁴⁸⁶. Kurulun hedefleri arasında; Türkiye’deki yatırımlarla ilgili düzenlemeleri rasyonel hâle getirmek, yatırım ortamının rekabet gücünü artırmaya yönelik politikalar geliştirmek, yabancı yatırımcıların karşılaştığı idari engellerle çözüm üretmek gibi hususlar öne çıkmaktadır. Kurul, Türkiye’nin yatırım politikalarında şeffaflığın ve öngörülebilirliğin sağlanması bakımından önemli ilerlemeler kaydetmiştir. Kurulun en önemli özelliği devlet yetkilileri ile yabancı yatırımcılar arasında koordinasyon ve diyalog sağlamasıdır. Böylece ev sahibi ülke ile yabancı yatırımcı arasındaki etkili iletişim sayesinde yabancı yatırımcıların karşılaştığı sorunlar tespit edilmekte ve yatırım politikalarının oluşturulmasında yabancı yatırımcıların beklentileri dikkate alınmaktadır.

3.2. Türkiye Yatırım Mevzuatı Çerçevesinde Yabancı Yatırımlara İlişkin Düzenlemeler

Yabancı yatırımlara ilişkin özel konuları düzenleyen mevzuat, yerli yatırımcılara ilişkin düzenlemelerden farklıdır. Bu anlamda Türkiye’nin yatırım mevzuatı dört ana başlık altında izah edilebilmektedir. Bunlar; 2003 tarihli Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu⁴⁸⁷ (DYYK) ve Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği⁴⁸⁸, yabancı yatırımların kısıtlandığı sektör mevzuatı, Türkiye’nin taraf olduğu İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye’nin taraf olduğu çok taraflı anlaşmalardır (DTÖ’nün Ticaretle Bağlantılı Yatırım Kuralları (TRIPS) gibi).

2003 tarihli DYYK Türkiye’de bulunan yabancı yatırımlara ilişkin temel hususları düzenlemektedir. Kanun, çağdaş yatırım yasalarında düzenlenen ve temel hüküm niteliğini taşıyan yatırım serbestisi ve ulusal muamele ilkeleri üzerine inşa edilmiştir. Dolayısıyla kanun önceki 1954 tarihli Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’nda⁴⁸⁹ bulunan yabancı yatırımcılar bakımından engel olarak görülen ve ülkeye yabancı yatırımın girişini kısıtlayan uygulamaları kaldırmıştır⁴⁹⁰. Yeni kanunla getirilen başlıca değişiklikler şu şekilde sıralanabilir; yabancı yatırımların kabulüne ilişkin izin ve onay sistemi kaldırılarak

⁴⁸⁶ YOİKK, <http://www.yoikk.gov.tr/detay.cfm?MID=12>, (Erişim tarihi: 3.01.2019).

⁴⁸⁷ RG 17.06.2003 - 25141.

⁴⁸⁸ RG 20.08.2003 – 25205.

⁴⁸⁹ RG 23.01.1954 – 8615.

⁴⁹⁰ Kanun incelemesi için bkz, A. Çelikel (2003) Yabancı yatırımların teşviki amacıyla yapılan yeni yasal düzenlemeler, *MHB*, Y.23, S.1-2, s.162-177; S. Özel (2003) Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu üzerine bir değerlendirme, *MHB*, Y. 23, S. 1-2, s.600-617; D. Gökyayla ve C. Süral (2004) 4875 Sayılı

bilgilendirme sistemi benimsenmiştir, uluslararası standartlara uyumlu olarak yatırım ve yatırımcı tanımı genişletilmiştir, asgari sermaye getirme şartı kaldırılmıştır, yatırım serbestisi ve milli muamele ilkesi getirilmiştir ve Türkiye’de kurulan şirketlere taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak tanınmıştır⁴⁹¹. Öte yandan yeni kanuna bazı eleştiriler yöneltilmektedir. Bu anlamda en çok göze çarpan husus yatırım serbestisi ve milli muamele ilkesinin uygulama alanının özel kanunlarla kısıtlanmasıdır⁴⁹². Genellikle ev sahibi ülke yatırım mevzuatlarında düzenlenen milli muamele kaydının uygulama alanının kısıtlanması çok yaygındır. Bu husus bazı durumlarda “benzer durum” ve karşılıklılık şartıyla kısıtlanırken çoğu yatırım mevzuatlarında istisnalarla (özel kanun ve milletlerarası anlaşmalarla) sınırlandırılmaktadır⁴⁹³. Türkiye’ye yatırım yapmak isteyen yabancı yatırımcıların gerçekten de ayrımcılık içeren uygulamalara maruz kalmamaları için kendilerini ilgilendiren her sektör bazında tüm Türk mevzuatını taramaları gerekmektedir. Yeni kanuna ilişkin eleştirilen diğer bir husus, mevzuat değişikliğine karşı koruyan istikrar hükmünün getirilmemesidir. Ev sahibi ülke yatırım mevzuatında sıkça yapılan değişiklikler yabancı yatırımcılar bakımından, özellikle uzun vadeli yatırım projeleri açısından büyük risk taşımaktadır. Karşılaştırmalı hukukta yaygın olarak görüldüğü üzere özellikle gelişmekte olan ülkeler yatırım mevzuatlarındaki istikrar hükmünü yabancı yatırım çekmede enstrüman olarak kullanmaktadır⁴⁹⁴. Bu noktada belirtelim ki, Türkiye’nin geçmişte istikrarlı yatırım ortamı oluşturmada bazı sorunlar yaşadığı belirtilmelidir. Örneğin *PSEG Global Inc v. Türkiye* tahkim davasında⁴⁹⁵ tahkim heyeti konuya ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunmuştur. Tahkim heyetinin tespitlerine göre Türkiye, eğlence etkisi doğuran (*roller-coaster*) devamlı yasa değişiklikleri sonucunda adil ve eşit muamele ilkesini ciddi bir şekilde ihlal etmiştir. Bu durumda özellikle projenin kurumsal statüsünü belirleyen şartlardaki

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve getirdiği yenilikler, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), 131-167. Kanun eleştirisi için bkz, A. Dikmen ve O. Karahanoğulları (2002) Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu tasarısı hakkında değerlendirme, *Mülkiyet Dergisi*, 26(234), 99-118.

⁴⁹¹ Türkiye’de kurulan yabancı şirketlerin taşınmaz mülkiyet ve sınırlı aynı hak edinmelerine ilişkin hüküm 11.03.2008 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (RG 16.04.2008 - 26849). Karar incelemesi için bkz, H. Tülen (2008) Yabancı yatırımcıların Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu çerçevesinde taşınmaz edinmelerinin anayasaya aykırılığı sorunu üzerine bir inceleme, *EÜHFD*, 12(1-2), 52-99.

⁴⁹² AB Eşleştirme Projesi Raporu, 2006, a.g.k, 112.

⁴⁹³ UNCTAD (2016 c) a.g.k, 7.

⁴⁹⁴ A. Umirdinov (2015) The End of hibernation of stabilization clause in investment arbitration: Reassessing its contribution to sustainable development, *Denver Journal of International Law and Policy*, 43(4), 455-487; N. Mahmood (2013) Democratizing Investment Laws: Ensuring minimum standards for host states, *Journal of World Investment and Trade*, Vol14(1), 96-98.

⁴⁹⁵ PSEG Global Inc and Konya İlgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No: ARB/02/05.

sürekli değişiklik ve özel hukuk statüsü ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri arasında yapılan sürekli değişimler belirtilmelidir. Aynı zamanda bu husus sınırlı olsa da vergi mevzuatında bazı değişikliklere de yol açmıştır. Tahkim heyeti değerlendirmesinin devamında yapılan bazı değişikliklerin bir kısmı yatırım projesini kolaylaştırmak için getirilmiş olmasına rağmen idareninyaptığı değişikliklere ilişkin yabancı yatırımcıyla sürdürülen müzakerelerin başarısız olduğunu ifade etmiştir⁴⁹⁶. Buna karşın DYYK bakımından eksiklik olarak değerlendirilen istikrar hükmünün Türk anayasası (hukukun üstünlüğü ilkesini benimseyen birçok diğer ülkede görüldüğü gibi) ile tutarlı olmayacağı belirtilmektedir⁴⁹⁷. Dolayısıyla Türkiye'nin taraf olduğu birçok ikili yatırım anlaşmasıyla yatırım koşullarının istikrarı konusu güvence altına alınmaktadır.

DYYK kapsamında yabancı yatırımcılara sağlanan güvenceler yabancı yatırımcılara özel ayrıcalık tanımamaktadır. Şöyle ki, DYYK yabancı yatırımlara ilişkin temel hususlarda ayrımcılık yapmamaktadır. Bu husus 2005 yılı öncesi AB'ye üye ülkelerin önemli kısmının ulusal mevzuatlarına paralel olarak milli muamele ilkesine bağlı olduğunu vurgulamaktadır. Bunun da ötesinde AB'ye üye çoğu ülkenin yabancı yatırımlara ilişkin özel mevzuatı bulunmamakta ve bu nedenle söz konusu ülkelerde yabancı yatırımlara özel güvence sağlanmamaktadır⁴⁹⁸. Bu noktada belirtelim ki yabancı yatırımlara ilişkin özel mevzuat oluşturma eğilimi gelişmekte olan ülkeler ve geçiş ekonomilerinde yaygındır⁴⁹⁹.

Türkiye yatırım mevzuatında bazı sektörlerde yabancı yatırımcıların faaliyeti kısıtlanmakta veya özel şartlar aranmaktadır. Söz konusu hususlar özel kanunlarda düzenlenmektedir. Örnek olarak, Maden Kanunu⁵⁰⁰ m.6, Petrol Kanunu⁵⁰¹ m.22, Sivil Havacılık Kanunu⁵⁰² m.49 ve Su Ürünleri Kanunu⁵⁰³ m.21. gösterilebilir. Özel kanunlarla yabancı yatırımların kısıtlanması veya özel şartlara tabi tutulması iki şekilde ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, yabancı yatırımcıların faaliyet yürütmesi kısıtlanan sektörler bakımından yabancı yatırımcılara ilişkin hususlar ilgili sektör özel kanunlarına göre belirlenecektir. Burada DYYK hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. İkinci olarak, yabancı yatırımcılar özel kanunlarla getirilen şartları (örneğin, onay ve ruhsat) yerine getirdikten

⁴⁹⁶ PSEG v. Turkey, paras. 250-251.

⁴⁹⁷ AB Eşleştirme Projesi Raporu, 2006, a.g.k., 114.

⁴⁹⁸ AB Eşleştirme Projesi Raporu, 2006, a.g.k., 114.

⁴⁹⁹ UNCTAD, 2016c, a.g.k., 2.

⁵⁰⁰ RG 15.06.1985 - 18785.

⁵⁰¹ RG 11.06.2013 - 28674.

⁵⁰² RG 19.10.1983 - 18196.

⁵⁰³ RG 4.04.1971 - 13799.

sonra DYYK hükümlerinden yararlanabilecektir. Şöyle ki, yabancı yatırımcı özel kanunlarda öngörülen şartları yerine getirdikten sonra milli muamele ilkesinin uygulanması mümkün olabilecektir.

3.3. Yabancı Yatırımların Teşviki ve Tanıtımıyla İlgili Kurumlar

Öngörülebilir, istikrarlı ve şeffaf yatırım politika ve mevzuatın oluşturulması bakımından; ev sahibi ülkede bulunan yabancı yatırımlarla ilgili kilit kurumların faaliyetleri önem arz etmektedir. Gerek yabancı yatırımcıların beklentilerinin değerlendirilmesinde gerek ev sahibi ülkede bulunan yatırım fırsatları hakkında bilgi akışının sağlanmasında yatırım tanıtım ajansları ev sahibi ülke ve yatırımcı arasında bir köprü rolü üstlenmektedir. Çalışmamızın bu kısmında Türkiye'nin yabancı yatırımlarla ilgili önemli kurumları hakkında kısaca bilgi verilecektir.

3.3.1. Ticaret Bakanlığı

Ticaret Bakanlığı Türkiye yatırım politikalarının oluşturulmasında aktif çaba sarf etmektedir. 637 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 2/ğ maddesi kapsamında bakanlığın ülke kalkınmasında yabancı sermayeden beklenen katkıları sağlamak ve yönlendirmek amacıyla gerekli tedbirleri alacağı belirtilmektedir. Bakanlığın ülke ekonomisine katkı sağlamak amacıyla yatırım teşviklerine ilişkin yasal çerçeve oluşturma gibi bir yetkisi de bulunmaktadır. Bununla birlikte, Yatırım Ortamını İyileştirme Koordinasyon Kurulu'nun sekreteryaya faaliyetleri Ticaret Bakanlığı tarafında yürütülmektedir. YOİKK'in gerek yatırım politikalarının oluşturulmasında gerek yabancı yatırımcıların karşılaştığı sorunlar (idari engeller) konusunda çözüm üretmede geniş yetkisi bulunduğunu belirtilmiştir.

3.3.2. Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı

Yatırımların teşvik edilmesi ve kolaylaştırılması ülkeye yabancı yatırım çekmek ve yabancı yatırımın ulusal ekonomiye katkısını en üst düzeye taşıyabilmek için güçlü bir araç olarak görülebilir ancak söz konusu başarı ev sahibi ülkenin yatırım politikaları ve genel yatırım ortamına bağlıdır. Yabancı yatırımlara ilişkin başarılı bir tanıtım ev sahibi

ülkenin mevcut kaynakları en verimli şekilde nasıl kullanılacağıının belirlemesi gerekirken kötü tasarlanmış bir yatırım programı ev sahibi ülke bakımından faydasız ve masraflı olabilmektedir⁵⁰⁴.

21.06.2006 tarihli ve 5523 sayılı Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı Kurulması Hakkındaki Kanun⁵⁰⁵ ile Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı kurulmuştur. Kanunun 1.maddesi kapsamında Ajansın amacı olarak ülkenin ekonomik kalkınmasında gereksinim duyulan yatırımların artırılması için Türkiye’de yatırım yapılmasını özendirme yönelik yatırım destek ve tanıtım stratejilerinin belirlenmesi ve uygulanması belirtilmektedir. Böylece, Türkiye AB ve OECD ülkeleriyle benzer şekilde doğrudan yabancı yatırımların tanıtımı ve teşviki konusunda yeni bir kurumsal çerçeve oluşturmuştur⁵⁰⁶. Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı, ülkede bulunan yatırım fırsatları hakkında yurtdışında tanıtım yapmakta ve Türkiye’ye yatırım yapacak yatırımcılara yatırımların her aşamasında destek sağlamaktadır⁵⁰⁷.

3.4. Türkiye Yatırım Mevzuatı Çerçevesinde Yabancı Yatırımların Kabulü ve Yatırım Yapma Süreci

Yukarıda Türkiye yatırım mevzuatı kapsamında yabancı yatırımların kabulünün bilgilendirme sistemine dayalı olduğunu belirtmiştik. Yabancı yatırımların kabulüne ilişkin bilgilendirme sistemi, yabancı yatırımcılara ev sahibi ülkeye giriş aşamasında serbestlik tanımaktadır. Türkiye’nin söz konusu bilgilendirme sistemini AB mevzuatına uyum çerçevesinde getirdiği dikkate alındığında son zamanlarda AB mevzuatında yabancı yatırımların kabulüne ilişkin gelişmeleri takip etmemiz yararlı olacaktır. Bununla birlikte yerli ve yabancı yatırımcı arasındaki ayrımcılığı engelleyen milli muamele ilkesinin uygulama alanı gerek yabancı yatırımcıların kabulü aşamasında gerek yatırım yapıldıktan sonra bazı kısıtlamalara tabi tutulabilmektedir. Söz konusu kısıtlamaların kapsamını ev sahibi ülke yatırım mevzuatının yanı sıra milletlerarası sözleşmeler belirlemektedir. Bu kapsamda milli muamele kaydının uygulanmasına ilişkin kısıtlamalar, Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde değerlendirilecektir.

⁵⁰⁴ OECD, 2015k, a.g.k., 39.

⁵⁰⁵ RG 4.07.2006- 26218.

⁵⁰⁶ AB Eşleştirme Projesi Raporu, 2006, a.g.k., 123.

⁵⁰⁷ <http://www.invest.gov.tr/tr-TR/sectors/Pages/LifeSciencesAndHealthcare.aspx>, (Erişim tarihi: 4.01.2019).

3.4.1. Yabancı yatırımların kabulü ve milli muamele ilkesinin uygulanması

Günümüzde birçok bölgesel ve ikili yatırım anlaşmasında yabancı yatırımcılara yatırım serbestisi ve yerleşim serbestisi tanınmaktadır. Bunun da ötesinde bazı yatırım anlaşmaları yabancı yatırımcılara yabancı yatırımların kabulü aşamasında milli muamele ilkesinin uygulanacağına dair hükümler getirmektedir. Ancak bu noktada belirtelim ki, söz konusu yatırım serbestisi tüm ekonomik alanlar bakımından geçerli değildir ve ev sahibi ülkeler birçok sektörde milli muamele kaydının uygulanmasına ilişkin kısıtlamalar getirmektedir.

Genel olarak DYYK kapsamında yabancı yatırımcılara yatırım serbestisi tanınmaktadır. Bu anlamda yabancı yatırımcıların, Türkiye'ye yatırım yapma aşamasında özel kanun ve milletlerarası anlaşmalarla aksi belirtilmedikçe yetkili makamlardan izin ve onay almasına gerek yoktur. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 4. maddesi kapsamında, Türkiye'de yatırım faaliyetinde bulunmak isteyen yabancı yatırımcıların ilgili Ticaret Sicil Memurluğuna yatırım faaliyetleri hakkında bilgilendirme yapması gerekmektedir. Bilgilendirmenin istatistik amacıyla olduğu ve bu bilgilerin ilgili kurumlarla paylaşılacağı belirtilmektedir. Yabancı yatırımcı tarafından ilgili Ticaret Sicil Memurluğuna yapılması gereken bilgilendirme için zaman kısıtlaması bulunmamaktadır. Dolayısıyla yönetmelikte bilgilendirmeyi yapmayan yabancı yatırımcılar bakımından herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu husus, istatistik amacıyla toplanan yabancı yatırımcılara ilişkin bilgilerin düzenli bir şekilde toplanması bakımından sorun oluşturabilmektedir. Türkiye'de yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlerin, Türkiye'de ticari faaliyette bulunması hâlinde Ekonomi Bakanlığından izin alması gerekmektedir (DYYK m.3/h).

Türkiye yatırım mevzuatının, yabancı yatırımların kabulüne ilişkin bilgilendirme sistemi de dâhil olmak üzere, mevzuatından etkilendiği ve buna uyum sağlama eğilimi olduğu belirtilmelidir⁵⁰⁸. Bu bakımdan AB yatırım mevzuatında yaşana son gelişmeler değerlendirilmelidir. Karşılaştırmalı olarak, AB ülkeleri yatırım mevzuatlarına bakıldığında AB ülkelerinin 12'sinde (Avusturya, Danimarka, Almanya, Finlandiya, Fransa, Le-

⁵⁰⁸AB Eşleştirme Projesi Raporu, 2006, a.g.k, 112.

tonya, Litvanya, İtalya, Polonya, Portekiz, İspanya ve İngiltere) yabancı yatırımların kabulüne ilişkin tarama mekanizması (*screening mechanisms*)⁵⁰⁹ mevcuttur. Söz konusu yabancı yatırımların kabulüne ilişkin sıkı denetim, tüm yabancı yatırımlardan ziyade ev sahibi ülke bakımından stratejik öneme sahip ve kamu yararı bakımından önem taşıyan yabancı yatırımlarla ilgilidir. Bununla birlikte, 2017 tarihinde AB Komisyonu yabancı yatırımlara ilişkin geniş kapsamlı tarama mekanizmasını öngören bildirge tasarısını duyurmuştur⁵¹⁰. Bahse konu tasarı AB üye ülkelerde yabancı yatırımların kısıtlanmasına ilişkin hususları düzenlemekten ziyade AB'nin özel yetki alanına giren ortak ticaret politikaları kapsamında yabancı yatırımlara ilişkin tarama mekanizması öngörmektedir. Tasarı AB üye ülkeleri bakımından tavsiye niteliğindedir. AB Komisyonu tarafından hazırlanan yabancı yatırımların taranmasına ilişkin düzenlemenin üç önemli özelliği öne çıkmaktadır. Bu bağlamda üye ülkelerin; yabancı yatırımların taranmasına ilişkin işlemleri şeffaf şekilde yürütmesi ve üçüncü ülkelere karşı ayrımcılık yapmaması, sıkı denetime tabi tutulacak yabancı yatırımlara ilişkin kıstasların belirlenmesi (örneğin, yabancı yatırım hacmi veya hisse oranı), denetime tabi tutma gerekçeleri (ulusal güvenlik ve kamu düzeni) yanı sıra detaylı bir şekilde prosedür kuralları ve zaman kısıtlaması içermesi gerekmektedir.

Türk yatırım mevzuatı çerçevesinde gerek yabancı yatırımların kabulü aşamasında gerek yatırım yapıldıktan sonra milli muamele ilkesi kısıtlanabilmektedir. Şöyle ki, DYYK m.3.a/2 kapsamında milli muamele ilkesinin uygulanmasının ancak milletlerarası anlaşmalar ve özel kanunlarla sınırlandırılabilceği belirtilmektedir. Yukarıda Türkiye'de bazı sektörlerde yabancı yatırımların kısıtlanmasına ilişkin bazı özel kanunlardan bahsetmiştik. Bu noktada yabancı yatırımların kabulü aşamasında milli muamele ilkesinin uygulanmasına ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarına bakılması gerekmektedir. Gerek Türkiye'nin model ikili yatırım anlaşması⁵¹¹ gerek Türkiye'nin taraf olduğu birçok ikili yatırım anlaşmasında⁵¹² yabancı yatırımların kabulüne ilişkin özel hüküm bulunmaktadır. Genellikle bu şekilde ifade edilmektedir: “*Her bir Akit Taraf kendi*

⁵⁰⁹ F. Laura, K. Chase and R. Sara (2018). Foreign investment control heats up: A global survey of existing regimes and potential significant changes on the horizon, *Global Trade and Customs Journal*, 13(4), 144-156.

⁵¹⁰ European Commission, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6467_en.htm, (Erişim tarihi: 8.01.2019).

⁵¹¹ Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması için bkz, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2852> (Erişim tarihi: 8.01.2019). Ayrıca bkz, B. Şit (2013) Model ikili yatırım anlaşmaları ve Türkiye'nin model ikili yatırım anlaşmaları, *TBB Dergisi*, 107, 144-172.

⁵¹² Türkiye – Oman İkili Yatırım Anlaşması (2007) m.2.1, Türkiye-Azerbaycan İkili Yatırım Anlaşması (2013) m.3.1, Türkiye-Fransa İkili Yatırım Anlaşması (2009) m. 3.1, Türkiye –Macaristan İkili Yatırım Anlaşması (1994) m.3.1.

ülkesinde, herhangi üçüncü bir ülkenin yatırımcılarının yatırımlarına benzer durumda uygulanandan daha az elverişli olmayan koşullarda, kanun ve nizamları çerçevesinde ülkesine kabul edecektir ” (Türkiye – Oman İkili Yatırım Anlaşması m.2.1). Madde hükmünde ifade edildiği üzere yabancı yatırımların kabulü aşamasına en çok gözetilen ulus kaydının uygulanacağı belirtilmektedir. Öte yandan Türkiye’nin taraf olduğu çoğu ikili yatırım anlaşmasında milli muamele kaydının uygulanması ancak yabancı yatırım kabul edildikten sonra mümkün olabilmektedir⁵¹³.

3.4.2. Yatırım yapıldıktan sonra milli muamele ilkesinin uygulanması

DYYK m.3.a/2 kapsamında milli muamele kaydının uygulanması milletlerarası anlaşmalar ve özel kanunlarla sınırlandırılabilir. Milletlerarası anlaşmalarda düzenlenen milli muamele kaydının kısıtlanmasına ilişkin hükümler ağırlıklı olarak ikili yatırım anlaşmalarında bulunmaktadır. Türkiye’nin taraf olduğu çoğu ikili yatırım anlaşmasında milli muamele kaydının uygulamasına ilişkin hususlar özel olarak belirtilmezken⁵¹⁴ bazı ikili yatırım anlaşmalarında milli muamele kaydının uygulama alanı açık olarak⁵¹⁵ belirlenmektedir. Görüldüğü üzere Türkiye’nin taraf olduğu çoğu ikili yatırım anlaşmasında milli muamele ilkesinin uygulanmasının yerel yatırımcılara kıyasla benzer durumlarda (*in like circumstances*) söz konusu olacağı belirtilmektedir. Genellikle ticaretle bağlantılı bir kavram olarak kullanılan “benzer durumlarda” tabiri, milli muamele kaydı uygulama alanının kısıtlanmasına ilişkin olarak sıkça başvurulan bir yöntemdir. Ancak söz konusu kısıtlamanın yatırım çerçevesinde nasıl değerlendirilmesi gerektiği açıklığa kavuşturulmuş değildir. Çok uluslu şirketler, yatırımcı olarak büyük yatırım hacmi ve dikey olarak dünya üzerinde bütünleşmiş bir yapıya sahip olduklarından benzer durum çerçevesinde değerlendirilemez. Bu bakımdan ayrımcılığa karşı benzer durumların esas olarak dikkate

⁵¹³ Türkiye’nin Model İkili Yatırım Anlaşması m.3.2.

⁵¹⁴ Örneğin, Türkiye-Ürdün Krallığı İkili Yatırım Anlaşması (2006) m. 2/2 uyarınca “*Taraflardan her biri kurulmuş olan bu yatırımlara; benzer durumlarda kendi yatırımcılarının yatırımlarına ya da herhangi bir üçüncü ülke yatırımcılarının yatırımlarına uyguladığı muameleden, hangisi daha elverişli ise, o muameleden daha az elverişli olmayan bir muamele uygulayacaktır*”. Benzer hükümler için bkz, Türkiye – İsrail İkili Yatırım Anlaşması (1998) m.3.1, Türkiye-Bangladeş İkili Yatırım Anlaşması (1990) m. 2/1, Türkiye-Yunanistan İkili Yatırım Anlaşması (2001) m. 3.3.

⁵¹⁵ Örneğin, Türkiye-Azerbaycan (2013) İkili Yatırım Anlaşması m. 3.2 uyarınca “*Her bir Akıt Taraf, kuruluş olan bu yatırımlara, bunların yönetilmesine, sürdürülmesine, kullanımına, faydalanılmasına, genişletilmesine ve elden çıkarılmasına ilişkin olarak, kendi yatırımcıları ya da üçüncü bir ülke yatırımcılarının yatırımlarına benzer durumlarda uyguladığı muameleden hangisi en elverişli ise, bundan daha az elverişli olmayan bir muamelede bulunacaktır*”. Benzer hükümler için bkz, Türkiye-Fransa İkili Yatırım Anlaşması (2009) m. 3.3, Türkiye –Oman İkili Yatırım Anlaşması (2010) m. 2/3.

alınması ev sahibi ülke tarafından yabancı yatırımcılara sağlanan milli muamele kaydının etkisini önemli ölçüde azaltmaktadır⁵¹⁶.

Genellikle milli muamele ilkesi ev sahibi ülkenin düzenleyici ve sözleşmeye dayalı konularını kapsamaktadır⁵¹⁷. Türkiye'nin taraf olduğu çoğu ikili yatırım anlaşması⁵¹⁸ milli muamele kaydının uygulanmasını ulusal mevzuata (kanun ve nizamları çerçevesinde tanıyacağı⁵¹⁹) tabi tutmaktadır. Milli muamele kaydı uygulanmasını ev sahibi ülke mevzuatıyla sınırlandırma en azında teorik olarak kısıtlayıcı niteliktedir. Çünkü milli muamele kaydını ev sahibi ülke mevzuatına tabi tutma milli muamele kaydının uygulanmasını öngörülemez hâle getirebilmektedir.

3.5. Türkiye Yatırım Mevzuatının Milletlerarası Yatırım Hukukunun Temel İlkeleriyle Uyumu

Çalışmamızın bu kısmında Türkiye yatırım mevzuatında yabancı yatırımcılara sağlanan ayrımcılığı yasaklayan ve kamulaştırmaya ilişkin hükümlerin uluslararası hukukta kabul edilen yabancı yatırımlara ilişkin temel hususlarla uyumu irdelenecektir.

3.5.1. Milli muamele ve en çok gözetilen ulus kaydı

Genel olarak Türkiye yatırım mevzuatında düzenlenen milli muamele kaydı ve en çok gözetilen ulus kaydı uluslararası standartlarla uyumludur. Türkiye'nin taraf olduğu çoğu ikili yatırım anlaşmasında milli muamele kaydının uygulanması ancak yatırımın kabulünden sonra mümkün olabilirken en çok gözetilen ulus kaydının uygulanması yabancı yatırımların kabulü (örneğin, ulusal yatırım mevzuatı çerçevesinde izin verilen sektörlerle erişim ve yabancı sermaye katılımına ilişkin kısıtlamalar) ve sonrası söz konusu olabilmektedir. Bu bakımdan en çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanı geniştir. Şöyle ki, ev sahibi ülke çekince koymadıkça en çok gözetilen ulus kaydının uygulanması mevcut ve ileride yapılacak düzenlemeler bakımından üçüncü bir ülke yatırımcısına karşı ayrımcılık yapılmasını engellemektedir. Bu noktada belirtelim ki, en çok gözetilen ulus kaydı

⁵¹⁶ M. Sornarajah (2004 e). The International law on foreign investment, Cambridge: Cambridge University Press, 235.

⁵¹⁷ Dolzer and Schreuer, 2008a, a.g.k., 206.

⁵¹⁸ Türkiye- Moğolistan İkili Yatırım Anlaşması (2000) m.2/2, Türkiye-Pakistan İkili Yatırım Anlaşması (1997) m.2/2, Türkiye-Fransa İkili Yatırım Anlaşması (2009) m.3/2, Türkiye-İran İkili Yatırım Anlaşması (2005) m.4/1.

⁵¹⁹ Türkiye-Oman İkili Yatırım Anlaşması (2010) m. 2/2, Türkiye-Avustralya İkili Yatırım Anlaşması (2009) m.7/2.

çerçevesinde ev sahibi ülkeye giriş şartları ve yabancı yatırımların kurulumu çok taraflı ve iki taraflı yatırım anlaşmalarıyla düzenlenmekte ve bu ev sahibi ülke mevzuatına tabi tutulamamaktadır. Böylece yabancı yatırımcılar bakımından en çok gözetilen ulus kaydı çerçevesinde, ev sahibi ülkeye kabul şartlarının yatırım anlaşmalarıyla düzenlenmesi söz konusu hususları daha şeffaf ve öngörülebilir hâle getirmektedir⁵²⁰.

Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen en çok gözetilen ulus kaydı hükmünün uygulanabilirliğinin açıklığa kavuşturulması bakımından tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlara başvurmanız yararlı olacaktır. Bu bakımdan İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Türkmenistan⁵²¹ güzel bir örnek teşkil edebilir. Mart 2007 ve Ekim 2008 yılları aralığında, Türkiye'de kurulu İçkale İnşaat Limited Şirketi, Türkmenistan'ın birtakım devlet kurumları ile toplam 13 inşaat sözleşmesi yapmıştır. Uyuşmazlık Türkmenistan'ın söz konusu sözleşmelerin yerine getirilmesine müdahale ederek ikili yatırım anlaşması hükümlerini ihlal etmesinden kaynaklanmaktadır. Davacı olarak İçkale İnşaat Limited Şirketi, sözleşme çerçevesinde yapılan işleri finanse eden Petrol, Gaz Endüstrisi ve Maden Kaynakları Geliştirime Devlet Fonu'nun ortadan kaldırılması sonucunda sözleşme kapsamında yapılması gereken ödemeler konusunda aksamalar meydana geldiğini, bunun sonucunda sözleşmelerin mali hükümlerinin değiştirildiğini, Polimeks şirketi yararına davacıya karşı ayrımcılık yapıldığını iddia etmiştir⁵²². Bununla birlikte davacı, Türkmenistan-Birleşik Krallık İkili Yatırım Anlaşması'nın m.2/2 hükmü⁵²³, Türkiye-Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşmasının m.2/2 hükmüne⁵²⁴ kıyasla daha elverişli hükümler getirdiğini ileri sürmüştür. Hakem heyetine göre Türkiye-Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşmasında düzenlenen en çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanı benzer durumlarla sınırlıdır. Şayet ev sahibi ülke yatırımcısının üçüncü ülke yatırımcısına karşı benzer bir durumda bulunmaması hâlinde en çok gözetilen ulus kaydı

⁵²⁰ UNCTAD (2010 d). Most favored nation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 19.

⁵²¹ İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No: ARB/10/24.

⁵²² İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, paras 2-3.

⁵²³ Türkmenistan – Birleşik Krallık İkili Yatırım Anlaşması'nın m.2/2 uyarınca “Her bir Taraf kendi sınırları içerisinde, Akit Taraflardan herhangi birinin vatandaş veya şirketlerine ait kabul edilmiş yatırımlara her zaman adil ve eşit muamele uygulayacak ve diğer Akit Tarafın ülkesinde tam bir koruma ve güvenlik sağlayacaktır. Akit Taraflardan hiçbirisi, kendi ülkesinde diğer akit tarafın vatandaş ve ya şirketlerine yapılan yatırımlara, hiçbir şekilde, yatırımların idaresi, bakımı, kullanımı, faydalanılması ve tasarrufuna ilişkin olarak makul olmayan ve ayrımcı hareketlerde bulunmayacaktır. Her bir Akit Taraf, diğer Akit Taraf vatandaş ve şirketlerinin yatırımlarıyla ilgili yükümlülüklerini yerine getirecektir”.

⁵²⁴ Türkiye-Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşması'nın m.2/2 uyarınca “Her bir Taraf, gerçekleşmiş olan yatırımlara; kendi yatırımcılarının ya da herhangi bir üçüncü ülkenin yatırımcılarının yatırımlarına, benzer durumda, uygulanandan hangisi daha elverişli ise daha az elverişli olmayan bir muamele uygulanmasını sağlayacaktır”.

hükmü kapsamında yükümlülük doğmayacaktır. Böyle bir durumda fiili (*de facto*) ayrımcılığın olduğundan da bahsedilemez. Tahkim heyeti konuya ilişkin değerlendirmesinin devamında ikili yatırım anlaşmasında geçen benzer durumun tespitiye yönelik, en çok gözetilen ulus kaydı kapsamında ev sahibi ülkenin kendi yatırımcıları ile üçüncü ülke yatırımcıları arasında fiili bir karşılaştırma yapılması gerektiğini ifade etmiştir. En çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanı benzer durumlarla kısıtlandığından ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen en çok gözetilen ulus kaydı iyi niyet çerçevesinde değerlendirilemez. İkili yatırım anlaşmaları diğerine kıyasla daha geniş koruma sağlayabilmektedir. Ancak yatırımcının korunmasına ilişkin söz konusu farklılık, “benzer durumlar” ile eşit olduğu iddiası ikna edici deliller ortaya konmadan söylenemez⁵²⁵. Ancak tahkim heyeti benzer durumların tespitiye yönelik herhangi bir ölçüt ortaya koymamıştır.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus, Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen en çok gözetilen ulus kaydının maddi hakların yanı sıra usuli hakları da içerip içermediğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında, Çin’in taraf olduğu son tarihli yatırım anlaşmalarından farklı olarak, yabancı yatırımcıların korunmasına ilişkin usuli haklar en çok gözetilen ulus kaydı açıkça kapsam dışında tutulmamaktadır. Örneğin, Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi v. Türkmenistan tahkim davasında davacı Türkiye-Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşması’nda düzenlenen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükmün⁵²⁶ Türkmenistan-İsviçre İkili Yatırım Anlaşması’na⁵²⁷ kıyasla daha sıkı şartlar getirdiği iddiasında bulunmuştur. Tahkim heyeti Türkiye-Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşması’nda düzenlenen uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin hüküm kapsamının en çok gözetilen ulus kaydı çerçevesinde genişletilmesinin mümkün olmadığını belirterek, bunu birkaç gerekçeye dayandırmıştır. İlk olarak, Türkiye-Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşması’nın hazırlayıcıları maddi haklar (*substantive rights*) ile uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin haklar (*remedial procedures*) bakımından ayrım yapmıştır. Maddi haklara ilişkin hükümler söz konusu anlaşmanın 2-6.maddelerinde düzenlenirken uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler

⁵²⁵ İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, para 329.

⁵²⁶ Türkiye-Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşması’nın m.7/2 uyarınca “Bu ihtilafın, yukarıda 1. paragrafta belirtilen yazılı bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde çözüme kavuşturulmaması halinde, yatırımcının ihtilaf konusu ev sahibi Tarafın usul ve yasalarına göre adli mahkemesine götürülmüş olması ve bir yıl içinde karar verilmemiş olması kaydıyla, söz konusu ihtilaf, yatırımcının kararına göre aşağıda belirtilen Uluslararası Yargı Makamlarına sunulabilir”.

⁵²⁷ Türkmenistan –İsviçre İkili Yatırım Anlaşması’nın m.9/2 uyarınca “Müzakere talebi alındıktan sonra uyuşmazlığın çözümlenmesi 6 ay içerisinde sonuca kavuşturulmaması hâlinde yatırımcı uyuşmazlığı aşağıda belirtilen uluslararası tahkimlere götürebilir”.

anlaşmanın 7.maddesinde düzenlenmektedir. Yapılan bu ayırım, en çok gözetilen ulus kaydı kapsamında düzenlenen yatırımlara uygulanacak muamelenin ancak maddi haklara ilişkin olduğunu kuvvetle göstermektedir⁵²⁸. İkinci olarak, şayet davacının iddia ettiği gibi, uyuşmazlığın çözümlenmesine ilişkin hükmün genişletilmesi hâlinde bahse konu anlaşmanın m.7/2’de düzenlenen ön şart bakımından karşılıklılık gerçekleşmemiş olacaktır. Böyle bir durumda, Türkmenistan’da bulunan Türk yatırımcılar iç hukuk yollarını tüketmeden uyuşmazlığı uluslararası tahkime götüremezken Türkiye’de bulunan Türkmen yatırımcılar bakımından uyuşmazlığın uluslararası tahkime götürülebilmesi için iç hukuk yollarını tüketme şartı aranmamış olacaktır. Anlaşmanın m.7/2’de zorunlu ön şart olarak düzenlenen ev sahibi ülke yerel mahkemelerinde uyuşmazlığın çözümlenmesi, anlaşmanın m.2/2’de düzenlenen en çok gözetilen ulus kaydı kapsamını aşacaktır⁵²⁹. Görüldüğü üzere ikili yatırım anlaşması kapsamında düzenlenen usule ilişkin hakların en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak genişletilmesi her uyuşmazlığın bulunduğu koşullar çerçevesinde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla bu konuda tahkim yargılaması neticesinde verilen kararlarda görüş birliği bulunmamaktadır.

3.5.1. Kamulaştırma ve millileştirmeye ilişkin hükümler

Türkiye’nin gerek DYYK gerek ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen kamulaştırmaya ilişkin hükümleri uluslararası standartlarla uyumludur. Genellikle Türkiye ikili yatırım anlaşmaları doğrudan kamulaştırmanın yanı sıra dolaylı kamulaştırmaya ilişkin hükümler de içermektedir. Örneğin Karkey Karadeniz v. Pakistan⁵³⁰ tahkim davasında davacı olarak yatırımcı Pakistan’ın birtakım kurumlar tarafından (Ulusal Hesap Verme Bürosu, Lakhra Elektrik Üretim Şirketi ve Sindh Yüksek Mahkemesi) sözleşmeyi geçersiz kılarak sözleşmeden kaynaklanan haklarını kamulaştırdığını ve bununla Pakistan’ın Türkiye-Pakistan İkili Yatırım Anlaşması’nın m.3’ünü⁵³¹ ihlal ettiği iddiasında bulunmuştur. Tahkim heyeti kendi incelemesine yerel mahkeme tarafından alınan sözleşmeyi geçersiz kılma kararının uluslararası hukuk bakımından etki doğurmadığını ve bu kararın

⁵²⁸İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, para 7.3.9.

⁵²⁹İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, para7.5.

⁵³⁰Karkey Karadeniz Elektrik Üretim A.S v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No: ARB/13/1.

⁵³¹ Türkiye-Pakistan İkili Yatırım Anlaşması’nın m.3/1 uyarınca “Yatırımlar, yürürlükteki mevzuata ve bu Anlaşmanın 2.maddesinde belirtilen genel prensiplere uygun olarak, kamu yararına ve ayrımcı olmayacak biçimde yapılmadıkça ve anında yeterli, etkin tazminat ödenmedikçe kamulaştırılmayacak, devletleştirilemeyecek veya doğrudan ya da dolaylı olarak benzer etkisi olan tedbirlere maruz bırakılmayacaktır”.

tahkim heyetini bağlamadığını belirterek başlamıştır⁵³². Tahkim heyeti incelemesinin devamında Pakistan'ın, davacı Karkey 'inin yatırımlarını mahkemeden çıkarılan sözleşmeyi geçersiz kılma kararıyla kamulaştırdığını tespit etmiştir. Hakem heyetine göre Karkey 'in, sözleşmeyi feshetme hakkı da dâhil olma üzere, sözleşmeden kaynaklanan kullanım ve faydalanma hakkı (*the use and enjoyment of its contractual rights*) kamulaştırılmıştır ve Karkey'in yatırımlarını serbest transfer etmesine müdahale edilmiştir⁵³³. Bu noktada belirtelim ki, yabancı yatırımcı tarafından yapılan saf ticari nitelikteki sözleşme ikili yatırım anlaşması kapsamında korunmaz⁵³⁴.

Öte yandan ev sahibi ülke yabancı yatırımcının beklentilerini gereken düzeyde karşılamayabilir ve bunun sonucunda yabancı yatırımcı zarar görebilir. Ev sahibi ülkenin böyle bir tutumu, dolaylı kamulaştırma kapsamında değerlendirilmeyebilir. Bu bakımdan Türkiye'nin taraf olduğu PSEG v. Türkiye davası güzel bir örnek teşkil edebilmektedir. Tahkim heyetine göre Türkiye, yabancı yatırımcıya karşı birkaç hususta yanlış tutum sergilemiştir. Ancak bunların hiçbirisi düzenleyici kamulaştırma (*regulatory expropriation*) boyutuna ulaşmamıştır. Yabancı yatırımcı yasal beklentileri de dâhil olmak üzere o ya da bu şekilde etkilenmiş ve bu adil ve eşit muamele ilkesinin ihlaline yol açmıştır. Yine de alınan tedbirlerin hiçbirisi kamulaştırmanın özünü oluşturan mülkün alınmasıyla dolaylı kamulaştırma etkisi oluşturmamıştır⁵³⁵. Türk yatırımcısının taraf olduğu İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Türkmenistan tahkim davasında davacı, taraf olduğu sözleşmelere Türkmenistan Bakanlar Kurulu talimatı ve Türkmenistan Tahkim Mahkemesi tarafından son verilmesi sonucunda sözleşmeden kaynaklanan haklarının kamulaştırıldığını beyan etmiş ve bununla Türkmenistan'ın Türkmenistan-Türkiye İkili Yatırım Anlaşması'nın 3.maddesini ihlal ettiği iddiasında bulunmuştur⁵³⁶. Tahkim heyeti davacının makine ve ekipmanlarının makul bir gerekçe olmadan alındığına dair bazı kanıtların bulunduğunu ancak söz konusu delillerin kamulaştırmanın ispatı bakımından yetersiz olduğunu belirterek yatırımcının kamulaştırmaya ilişkin iddialarını reddetmiştir⁵³⁷.

⁵³² Karkey Karadeniz v. Pakistan, para.645.

⁵³³ Karkey Karadeniz v. Pakistan, para.648.

⁵³⁴ Bkz, Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B. V v. Republic of Turkey, ICSID Case No: ARB/11/28, para.417.

⁵³⁵ PSEG v. Turkey, para.279.

⁵³⁶ İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, para.342.

⁵³⁷ İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, paras.364-376.

Türkiye yatırım mevzuatında, uluslararası hukukta en yaygın biçimde kabul gören kamulaştırmanın ana ilkelerini oluşturan kamulaştırmanın yürürlükteki mevzuat çerçevesinde yapılması, kamu yararı ve karşılığı ödenmedikçe yabancı yatırımların kamulaştırılmayacağı belirtilmektedir⁵³⁸. Ancak Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında özellikle eski tarihli ikili yatırım anlaşmalarında⁵³⁹, kamulaştırmaya ilişkin olarak tazminatın hesaplanmasına ilişkin hükümler bulunmamaktadır. Bununla birlikte milletlerarası yatırım hukukunda yaygın olarak kabul edilen derhal, yeterli ve etkili hükmünün bulunması hâlinde bile kesin bir ölçütün bulunmadığı belirtilmelidir. Bu noktada tahkim heyetinin geniş yetkisi bulunduğu belirtilmelidir. Başka bir deyişle kamulaştırmaya ilişkin tazminatın hesaplanması, tahkim heyetinin kendisine sunular tüm deliller ışığında değerlendirilen tahmini bir konudur⁵⁴⁰. Kamulaştırma karşılığında ödenen yeterli tazminat, kamulaştırmanın gerçekleştirilmesinden hemen önce kamulaştırılan varlığın gerçek piyasa değeri dikkate alınarak belirlenir. Söz konusu tazminatın hesaplanmasına ilişkin birkaç özel teknik bulunmasına rağmen, Dünya Bankası Kılavuzu'nda belirtildiği gibi, tazminatın adaletli bir şekilde belirlenmesi bakımından tek bir standardın münhasıran geçerli olmadığı ifade edilmektedir⁵⁴¹.

4. DEĞERLENDİRME

Yukarıda Rusya, Çin ve Türkiye yatırım mevzuatı çerçevesinde yabancı yatırımlara ilişkin temel hususlar izah edilmeye çalışıldı. Yabancı yatırımların kabulü bakımından Türkiye, yatırım mevzuatı bilgilendirme sistemine dayalıyken Rusya ve Çin yatırım mevzuatı izin ve onay sistemine tabi tutulmaktadır. Özellikle Çin'in yatırım mevzuatında yabancı yatırımların kabulüne ilişkin daha sıkı şartlar öngörüldüğü belirtilmelidir. Çin'in yeni yatırım yasa tasarısında yabancı yatırımların kabulüne ilişkin izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine geçilmesi öngörülmektedir. Ancak yeni oluşturulacak Yabancı Yatırımları İzleme Komitesi'ne yabancı yatırımlar üzerinde geniş yetki tanınmakta

⁵³⁸ Z. Nalçacıoğlu Erden (2015). Milletlerarası yatırım hukukunda dolaylı kamulaştırma, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık; S. Özel, 2003, a.g.k., 605; P. Baklacı (2008) Uluslararası yatırımlarda “Dolaylı kamulaştırma” ve düzenleyici yetkiler, *MHB*, Sayı 1-2; G. Kerem Giray (2013). Milletlerarası yatırım tahkiminde kamulaştırmadan doğan tazminat ve tazminatın hesaplanmasında kullanılan yöntemler, İstanbul: Beta Yayınları, 2.Baskı.

⁵³⁹ Örneğin, Türkiye –Pakistan İkili Yatırım Anlaşması (1997) m.3.

⁵⁴⁰ Rumeli Telekom A.S and Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.S v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No: ARB/05/16, Decision of the AD HOC Committee, para.147, Karkey Karadeniz v. Pakistan, paras 665-667.

⁵⁴¹ Rumeli Telekom v. Kazakhstan, para. 150.

ve komite yabancı yatırımların kabulünü kamu yararı ve ulusal güvenlik gerekçesiyle reddedebilmektedir. Benzer şekilde, Rusya yatırım mevzuatında da yabancı yatırımların kabulüne ilişkin sıkı şartlar getirilmektedir. Özellikle bu husus ülke ekonomisi bakımından stratejik öneme sahip sektörlerde önem arz etmektedir. Bununla birlikte Rus şirket devralma ve hisse satın almaları başbakanlığa bağlı Yabancı Yatırımları İzleme Komitesi iznine bağlıdır. Milletlerarası yatırım hukukunda yaşanan son gelişmeler yabancı yatırımların kabulüne ilişkin sıkı şartlar getirme eğiliminin olduğunu göstermektedir (örneğin, AB Konseyi tarafından hazırlanan tavsiye niteliğindeki yabancı yatırımların kabulü aşamasındaki yabancı yatırımların taranmasına ilişkin bildirge).

Karşılaştırmalı olarak dikkat çeken diğer bir husus, Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımların kabulüne ilişkin, ağırlıklı olarak herhangi bir şart düzenlenmemişken Çin ve Rusya'nın taraf olduğu yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımcıların kabulünün ev sahibi ülke mevzuatına göre gerçekleşeceğine ilişkin hüküm bulunmaktadır. Böyle bir durumda yabancı yatırımlar yabancı yatırımların kabulü aşamasında sıkı şartlara tabi tutulabilmektedir. Genellikle Rusya, Çin ve Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalarında yabancı yatırımların kabulü aşamasında milli muamele kaydının uygulanması kısıtlanmaktadır. Başka bir deyişle, bahse konu ülkeye yatırım yapmak isteyen yatırımcılara yabancı yatırımcıların kabulü aşamasında yerli ve yabancı arasında ayırım yapılabilmektedir. Bu noktada belirtelim ki, Çin'in taraf olduğu bazı ikili yatırım anlaşmaları (örneğin, Çin-Almanya İkili Yatırım Anlaşması) yabancı yatırımların kabulü aşamasında milli muamele kaydının uygulanmasına ilişkin herhangi bir kısıtlama getirmektedir. Bahse konu anlaşmada Çin'in milli muamele kaydıyla uyumsuz kanun ve uygulamalarının kaldırılması bakımından ileriye dönük çaba sarf edeceği belirtilmektedir. Ancak hüküm Çin'de bulunan Alman yatırımcıları bakımından yabancı yatırımcıların kabulü aşamasında daha elverişli koşullar sağlayacak gibi görünse de, sonuç itibarıyla diğer yatırım anlaşmalarında düzenlenen milli muamele kaydına ilişkin hükümlerden farklı değildir. Başka bir ifadeyle, Çin'in kendi mevzuatını milli muamele kaydıyla uyumlu hâle getirme hükmü yükümlülük doğurmaktan ziyade sembolik anlam taşımaktadır.

Genel olarak, yabancı yatırımların kabulü sonrası Çin, Rusya ve Türkiye yatırım mevzuatı çerçevesinde milletlerarası yatırım hukukundan kabul edilen standartlar (milli muamele, en çok gözetilen ulus kaydı, kamulaştırmaya karşı koruyucu hükümler, serbest transfer hakkı ve uyuşmazlıkların çözümü) düzenlenmektedir. Ancak burada belirtelim ki Rusya yatırım mevzuatında, görünürde milletlerarası yatırım hukukunda kabul edilen

standartlar mevcut olmasına rağmen söz konusu standartların uygulama alanı ulusal mevzuatla kısıtlanmaktadır. Rusya yatırım mevzuatında Çin ve Türkiye yatırım mevzuatından farklı olarak yoğunlukla yabancı yatırımcılara sağlanan hakları ulusal mevzuatla sınırlandırma eğilimi mevcuttur. Örneğin, gerek Rusya'nın taraf olduğu yatırım anlaşmalarında gerek yabancı yatırım yasasında yabancı yatırımcıları kamulaştırmaya karşı korumaya ilişkin hükümler bulunmaktadır. Öte yandan bu hükmün uygulama alanını kısıtlamaya ilişkin birkaç yasa da mevcuttur. Bu yasalar kamulaştırmaya ilişkin esasları belirlemede önemli ölçüde belirsizlik içermektedir ve bu Rusya'nın söz konusu hükmün uygulanmasında kendi yararına esneklik sağlayabilmektedir. Bu husus Rusya yatırım mevzuatında düzenlenen yabancı yatırımcıların korunmasına ilişkin hükümlerin etkisini önemli ölçüde azaltmaktadır.

Çin yatırım mevzuatının Rusya ve Türkiye yatırım mevzuatına kıyasla öngörülebilir ve şeffaf olduğu söylenebilir. Şöyle ki, Çin yatırım mevzuatında yatırımlar üç gruba ayrılmaktadır (teşvik edilen, izin verilen ve yasaklanan) ve bu katalog rejimi olarak bilinmektedir. Yabancı yatırımcı katalog rejimi kapsamında hangi sektörlerle yatırım yapacağını öngörebilmekte ve yatırımlarını buna göre planlamaktadır. Dolayısıyla yatırımcı hangi sektörlerde milli muamele kaydının uygulanacağı veya kısıtlanacağını önceden öngörebilmektedir. Bu durum yatırımcı bakımından zaman ve maliyet tasarrufu sağlamaktadır. Öte yandan Rusya ve Türkiye yatırım mevzuatında yabancı yatırımcının hangi sektörlerin yabancı yatırımlara açık olduğunu önceden öngörebilmesi imkânsızdır. Bunun için yabancı yatırımcının yatırım yapmadan önce detaylı mevzuat taraması yapması gerekmektedir. Bu husus bürokratik işlemlerin yoğunluğu ev sahibi ülkelerde daha da zordur. Yabancı yatırım mevzuatının en önemli unsuru öngörülebilirlik olduğuna göre söz konusu ülkeler bakımından bu husus önemli bir eksiklik olarak görülebilmektedir.

Çin'in mevcut yürürlükteki yatırım mevzuatı yabancı yatırımcılardan ziyade yabancı yatırımlı tüzel kişilere yöneliktir. Bunun da ötesine yabancı yatırımlı tüzel kişiliğin Çin'e belirli şekillerde yapılması gerekmektedir. Çin mevzuatı çerçevesinde kurulmayan yabancı yatırımlı tüzel kişiler gerek yatırım anlaşmaları gerek ulusal mevzuat çerçevesinde korunmayacaktır. Çin yatırım mevzuatını Rusya ve Türkiye yatırım mevzuatından ayıran diğer bir yön çift yönlü mevzuat sistemini benimsemiş olmasıdır. Yani Çin mevzuatında; yabancı ve yerli yatırımcılar farklı mevzuata tabi tutulmaktadır. Bununla birlikte Çin'in yeni yabancı yatırım yasa tasarısı, çift yönlü sistemi kaldırarak yerli ve yabancı yatırımcılar bakımından tek mevzuat sistemini benimsemiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

1.RUS HUKUKUNDA DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

1.1. Genel Olarak

Genel olarak doğrudan yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar; devlet yargılaması yanında milletlerarası tahkim yargılamasına da konu edinebilmektedir. Yerel mahkemelerin ev sahibi ülkenin siyasi etkisi altında kalma endişesi, tarafsızlığını koruyamaması, uzmanlaşmış olmaması, iç hukuktaki uluslararası hukuk kurallarını uygulamasındaki kısıtlamalar, yabancı yatırımcıların milletlerarası tahkime yönelmesine neden olmaktadır. Milletlerarası yatırım hukukunda yaşanan son gelişmeler ile bazı ülkelerin doğrudan yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, milletlerarası tahkime gitmeyi engellemeye yönelik bir eğilimin yaşandığını işaret etmektedir. Özellikle birkaç geçiş ekonomisindeki ülke; Brezilya, Endonezya, Güney Afrika ülkeleri başta olmak üzere yatırımcı ve devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesini sert bir şekilde eleştirmekte ve yatırımcı-devlet uyuşmazlıkları bakımından milletlerarası tahkim konusunda kısıtlamalar getirmektedir⁵⁴².

Rus hukukunda özel hukuk ilişkilerine konu uyuşmazlıkların yerel mahkemelerde çözümü Tahkim Kanunu⁵⁴³ ile düzenlenirken milletlerarası tahkime ilişkin hususlar Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu'na⁵⁴⁴ göre düzenlenmektedir. Her iki kanun da önemli ölçüde UNCITRAL Model kanunundan esinlenmiş ve uluslararası hukukun temel ilkelelerini esas almaktadır. Bu noktada belirtelim ki, Rusya Federasyonu Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu'nu giriş kısmı ve birkaç madde sıralaması dışında ağırlıklı olarak UN-

⁵⁴² S. Rolland (2017). The Return of state remedies in investor-state dispute settlement: Trends in developing countries, *Loyola University Chicago Law Journal* Vol.49.

⁵⁴³ RG 31.12.2015 – 297.

⁵⁴⁴ RG 7.07.1993 – 32.

CITRAL Model Kanunu’nu yapısını ve anlatım şeklini takip etmektedir. Günümüze kadar olan süreçte bahse konu Kanunda birkaç değişiklik⁵⁴⁵ yapılmıştır. Bununla birlikte Rusya, 1958 tarihli New York Anlaşması⁵⁴⁶ ve 1961 tarihli Avrupa Milletlerarası Ticari Tahkim Anlaşması’na taraftır. Aşağıda Rus hukukunda doğrudan yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ve Rusya’da bulunan milletlerarası tahkim kurumları izah edilecektir.

1.2. Yerel mahkemeler

Rusya’nın taraf olduğu bazı ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, seçime bağlı olarak yerel mahkemelerin de yetkili kılınabileceği belirtilmektedir. Örneğin, Avrasya Ekonomik Birliği ve Vietnam STA’nın 8.38.maddesi 3/a bandında uyuşmazlıkların çözümü bakımından milletlerarası tahkim mahkemeleri yanı sıra yatırımın yapıldığı yer mahkemesi yetkili mahkeme olarak düzenlenmektedir. Rusya – Cezayir İkili Yatırım Anlaşması’nın 8/2.maddesi kapsamında uyuşmazlığın çözümü bakımından ICSID, UNCITRAL tahkim mahkemeleri yanı sıra yatırımın yapıldığı yer mahkemesi yetkili mahkeme olarak düzenlenmektedir⁵⁴⁷. Bahse konu hükümler zorunluluk olmaktan ziyade seçime bağlı hüküm niteliğindedir. Ancak yabancı yatırımcının uyuşmazlığı yerel mahkemeye taşıması ve sonradan yabancı yatırımcının yerel mahkeme kararının tatmin edici bulmaması hâlinde bahse konu uyuşmazlığı milletlerarası tahkimde görülmesi engellenmiş olmaktadır. Seçime bağlı hükümler veya yolun çatallaşması olarak ifade edilen söz konusu hükümler ileride ayrıntılı olarak izah edilecektir⁵⁴⁸.

Rus hukukunda devlet mahkemeleri; anayasa mahkemesi, genel mahkemeler ve tahkim mahkemeleri (ticari nitelikteki davalara bakan mahkemeler) olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır. Genel mahkemeler esas olarak ticari niteliği olmayan davalara yetkili iken, tahkim mahkemeleri ticari nitelikteki davalara bakmaktadır. Bununla birlikte tahkim

⁵⁴⁵ RG 09.12.2008 – 251, RG 29.12.2015 – N 0001201512290087, RG 25.12.2018 – N 0001201812250104.

⁵⁴⁶ Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin New York Anlaşmasına, 1958 tarihinde SSCB taraf olmuş ve 10.08.1960 tarihinde SSCB Yüksek Şuarası tarafından onaylanmıştır. 26.04. 1991 tarihinde Rusya Federasyonu SSCB’nin tüm hak ve yükümlülüklerini devraldığını açıklamıştır. RG 02.05.1991- N.18.

⁵⁴⁷ Benzer hükümler için bkz, Rusya-Angola İkili Yatırım Anlaşması m.11/2.a, Rusya – İkili Yatırım Anlaşması m.8/2.a, Rusya-Bahreyn İkili Yatırım Anlaşması m.8/2.a, Rusya- Kamboçya İkili Yatırım Anlaşması m.8/2.a

⁵⁴⁸ Bkz. Aşa

mahkemeleri Rusya Federasyonu’nda bulunan idari ve diğer kamu kurumlarındaki hukuki ilişkilerden kaynaklanan ekonomik uyuşmazlıklara da bakmaya yetkilidir. Rusya Federasyonu Tahkim Usulü Kanunu’nun⁵⁴⁹261.maddesi, yabancı devletin ticari nitelikteki uyuşmazlıklar bakımından taraf olabileceğini açık olarak düzenlememesine rağmen madde hükmünden uyuşmazlığa yabancı devletin egemenlik sıfatını kullanmadığı müddetçe bahse konu uyuşmazlıklara taraf olması mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır⁵⁵⁰. Rus hukukunda çoğunlukla anlam karmaşasına yol açan iki kavram bulunmaktadır: *Arbitrajni sud* (tahkim mahkemeleri, bazen ticaret mahkemesi olarak da bilinmekte) ve *Arbitraj* (özel tahkim mahkemeleri, *treteiskie* mahkemeleri)⁵⁵¹ birbirinden farklıdır. Bahse konu mahkemeler arasındaki en önemli fark *arbitrajni sud*’un Rusya devlet yargı sisteminin bir kısmını oluşturmasıdır⁵⁵².

Tahkim Kanunu1/3. maddesi kapsamında devlet mahkemelerinin hangi uyuşmazlıklar bakımından yetkili olduğu belirtilmektedir. Buna göre “*Tarafların mutabakatı ile tahkim (tahkim işlemleri), federal yasalarca aksi belirtilmedikçe, taraflar arasındaki medeni hukuk ilişkileriyle ilgili ihtilaflara sevk edilebilir*”. Bu çerçevede özel hukuk ilişkilerine dayalı bir konunun arbitraj mahkemesinde çözümlenebilmesi için; tarafların uyuşmazlığı arbitraj tahkiminde çözümleneceği hususunda anlaşmış olmaları⁵⁵³, uyuşmazlığın Rusya mahkemelerinin özel yetkisi dâhilinde olmaması⁵⁵⁴ gerekmektedir. Genel olarak Rus hukukunda tahkim mahkemelerinde yabancı ülke hukukunun maddi hukuk kuralları uygulanabilmektedir. Yabancı ülke hukukunun uygulanmasını engelleyen tek kısıtlama Rusya Medeni Kanunu’nun m.1192’de düzenlenen Rus hukukunun emredici nitelikteki

⁵⁴⁹RG 24.07.2002 – 133.

⁵⁵⁰ M. Boguslaviski (2005) *Mejdunarodnoe chastoe prava* (Milletlerarası özel hukuk), Moskova: Yurist, 186; İ. Pavlova (2013). *Mejdunarodnie chastnoe prava* (Milletlerarası özel hukuk), Moskova: Yurayt, 387.

⁵⁵¹ RG 30.07.2010 – 168.

⁵⁵²Rus hukukunda tahkim ve tertiskiy mahkemesi (*treteyiskiy sud*) eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bkz, Y. Skvorsov (2018). *Arbitraj (Treteyskoe razbiratelstvo) v Rossiyskiy Federatsiya* (Rusya Federasyonunda tahkim (tahkim prosedürü)), Moskova: Yurayt, 11.

⁵⁵³ Rusya Federasyonu Tahkim Usulü Kanunu’nun m. 249

⁵⁵⁴Rusya Federasyonu Tahkim Usulü Kanunu’nun 248.maddesi uyarınca Rusya mahkemelerinin özel yetkisi: (i) kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi ve kamu ihtiyaçları için kamulaştırma dâhil olmak üzere devlet mülkiyetiyle ilgili uyuşmazlıklar; (ii) Rusya’da bulunan taşınmaz mallara ilişkin uyuşmazlıklar; (iii) patent verme ve marka tesciliyle ilgili uyuşmazlıklar; (iv) Rusya Federasyonu yetkili otoriteleri tarafından tutulan tescil kayıtlarına ilişkin (tüzel kişilerin tescili veya taşınmaz malın tesciline ilişkin kayıtlar gibi) ve bu türden sicil defterlerine ilişkin uyuşmazlıklar.

normlarıdır. Ancak söz konusu emredici normların uygulanması daima katı nitelikte olduğu söylenemez⁵⁵⁵.

Yasal süreç bakımından taraflar tahkim mahkemeleri tarafından verilen kararları iki aşamadan oluşan temyize götürülebilmektedir. İlk aşamada taraflar veya taraflardan birisi kararı ikinci derece mahkemesine (*appelyatsionniy sud*) ve sonra üçüncü derece mahkemesine (*kassatsionniy sud*) taşıyabilmektedir. 2014 yılında kadar Yüksek Tahkim Mahkemesi kendi yetkisi dâhilinde olan bazı davalara bakmakta idi. Ancak 2014 tarihinde Yüksek Tahkim Mahkemesi'nin kapatılmasıyla onun fonksiyon ve yetkileri Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'ne devredilmiştir⁵⁵⁶.

1.3. Milletlerarası Tahkim Mahkemeleri

Rus hukukunda taraflar yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları devlet mahkemelerinin (*arbitraj* mahkemeleri) yanı sıra *ad hoc* veya kurumsal tahkimde de çözümünü kararlaştırabilmektedir. Günümüzde tahkim yoluyla uyuşmazlık çözüm yolu hızlı, tarafsız ve uzmanlaşmış olmasından dolayı yerel mahkemelere kıyasla daha avantajlı konumdadır. Bu çerçevede yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü bakımından milletlerarası tahkime, yerli mahkemelerden kaçınma yolu olarak da başvurulmaktadır⁵⁵⁷. Genellikle yabancı yatırımcıların ev sahibi ülke mahkemelerine karşı güven özellikle yerel mahkemelerin siyasi etki altında kalma endişelerinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple yabancı yatırımcılar uyuşmazlıkların milletlerarası tahkimde çözümünü tercih etmektedir.

Rusya Federasyonu'nda bulunan milletlerarası tahkim kurumlarına ilişkin hususlar 1993 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu çerçevesinde yürütülmektedir. Kanun milletlerarası ticari tahkime ilişkin temel hususları düzenlemektedir. Söz konusu Kanun Rusya'nın taraf olduğu milletlerarası yatırım anlaşmaları ve UNCITRAL Model Kanunu'nu esas almıştır⁵⁵⁸. Kanun tahkim yerinin Rusya Federasyonu olarak belirlendiği

⁵⁵⁵Section 6 of the Informational letter of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of 9 July 2013, No 'Practice Review of the judicial Practice on Certain Questions relevant to Consideration of Disputes involving Foreign Parties by the Arbitrazh Courts.

⁵⁵⁶Bkz, P. H. Solomon (2014). The unexpected demise of Russia's High Arbitrazh Court and the politicization of juridical reform, *Russian Analytical Digest* (147).

⁵⁵⁷Ch. Schreuer (2010 e) Interaction of international tribunals and domestic courts in investment law, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, 71.

⁵⁵⁸Bkz, M. Alekseev (2011) *Mejdunarodniy kommerchiskiy arbitrajniy sud pri trgovogo promishlennoy palate Rossiyskiy Federatsi: İstoriya sozdaniya i polnomochiya* (Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Ticari Tahkimi: Kuruluş tarihi ve yetkileri), *Tribuna Molodovo Uchenovo* 2(15); S.Y. Kazachenok (2014). *Mejdunarodniy kommerchiskiy arbitrajniy sud pri trgovogo-promishlennoy palate*

hâllerde uygulama alanı bulacaktır⁵⁵⁹. Kanunun m.1/5 çerçevesinde milletlerarası ticari tahkimin yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından yargılama yetkisi belirlenmektedir. Buna göre “Rusya Federasyonu’nun taraf olduğu milletlerarası yatırım anlaşmaları ve federal yasalarla belirlendiği durumlarda, yabancı yatırımlarla bağlantılı anlaşmazlıklar milletlerarası ticari tahkimde çözümlenebilir”.

1.3.1. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Ticari Tahkim Komisyonu

Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası bünyesinde önemli ve köklü geçmişe sahip iki kurumsal tahkim bulunmaktadır. Bunlar; Milletlerarası Ticaret Tahkimi (RF TSOMTT) ve Milletlerarası Deniz Ticareti Tahkim Komisyonu⁵⁶⁰dur. Bahse konu tahkim kurumlarının her ikisi de Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası bünyesinde kurulmuş olmasına ve görünürde milli tahkim niteliği taşımasına rağmen faaliyetleriyle ilgili bağımsız bir tahkim kurumu niteliğine sahiptirler⁵⁶¹. Rus hukukunda milletlerarası tahkim mahkemelerinin ilk temelleri 1932’de Dış Ticaret Tahkim Komisyonu’nun(DTTK) kurulmasıyla atılmıştır. Sovyetler Birliği döneminde DTTK, dış ticaret birlikleri ve yabancı ortaklarla yapılan ihracat-ithalat ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde büyük bir öneme sahip idi⁵⁶². Başlangıçta tahkim usullerine ilişkin birkaç sınırlama getirilmiştir. Bu bağlamda kamu teşebbüslerinin tahkime başvurmaları yasaklanmış ve daha sonra söz konusu kısıtlama kapsamı kamu katılımıyla kurulan kolektif çiftlikler ve birleşmelere kadar genişletilmiştir. 1959’dan itibaren

Rossiyskoy Palatii kak sredstva rasмотрeniya mejdunarodnih sporov iz torgovih i investitsionnih otnosheniya (Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Ticaret Tahkiminde ticari ve yatırım ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü), *Yuridicheskiye Nauki* 2, 3.

⁵⁵⁹ Milletlerarası Ticaret Tahkim Kanunu m.1.

⁵⁶⁰ Milletlerarası Deniz Ticaret Tahkim Komisyonu deniz ticaretiyle ilgili uyuşmazlıkların çözümlenmesi için özel olarak kurulan dünyadaki en eski tahkim kurumlardan birisidir. Başka bir deyişle, daimi kurumsal tahkim niteliği taşıyan Milletlerarası Deniz Ticaret Tahkimi deniz ticaretiyle ilgili uyuşmazlıklar bakımından uzmanlaşmış bir milletlerarası tahkimdir. Bkz, <http://legalacts.ru/doc/reglament-morskoi-arbitrazhnoi-komissii-pri-torgovo-promyshlennoi-palate-rossiiskoi-federatsii/> (21.02.2019).

⁵⁶¹ Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Ticaret Tahkim Komisyonu Yönetmeliği m.2 ve Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Deniz Ticareti Tahkim Komisyonu Yönetmeliği m.2. Yönetmeliğin Rusça metnine şu adresten erişilebilir: <https://mkas.tpprf.ru/ru/reglamentmkas.php> (21.02.2019).

⁵⁶² A.S. Komarov (2015) Tri chetverti veka v nogu s vremenem (Bir yüzyılın dörtte üç dilimi), Mejdunarodnyy Komercheskiy Arbitraj: Sovremeni problemi i resheniya (Milletlerarası Ticaret Tahkimi: Çağdaş sorunlar ve çözümler), Sbornik Statetey k 75 letiyu MKAS TPP Rossiyski Federatsii, 3.

tüzel kişiler arasındaki belirli uyuşmazlıkların çözümlenmesinde tahkim mahkemelerinin kurulmasına izin verilmiştir⁵⁶³.

Günümüzde DTTK'nın mirasçısı konumunda olan RF TSOMTT, Rusya'da ve yurtdışında önde gelen milletlerarası ticari tahkimler arasında yer almaktadır. Bununla birlikte RF TSOMTT hem yerli hem de yabancı yatırımcılar tarafından bilinen en büyük ve saygın milletlerarası tahkim olarak da bilinmektedir⁵⁶⁴. Bu başarının ardında yatan en önemli etken RF TSOMTT'nın milletlerarası uyuşmazlıkları adil ve tarafsız şekilde değerlendirmiş olmasındaki başarısı olduğu ifade edilmektedir⁵⁶⁵. Bu durumu RF TSOMTT'da kayıtlı dosya sayısı da desteklemektedir. Örneğin, karşılaştırmalı olarak 2016 yılında RF TSOMTT'da toplam 374 dava dosyası kayıt edilirken bu sayı Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi'nde 303 ve Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü'nde 199 olmuştur. 2017 tarihinde RF TSOMTT'na kayıtlı dava dosyaların ülkelere göre dağılımı şöyledir: %34'ü Bağımsız Devletler Topluluğu ülkeleri, %33'ü Avrupa Ekonomik Topluluğu ülkeleri, %17'si Asya ülkeleri, %9'ü AB ülkeleri, %4'ü ABD ve Kanada, %2'si Amerika Kıtası ülkeleri ve %1'i Afrika ülkeleri oluşturmuştur⁵⁶⁶.

Öte yandan Rus doktrininde RF TSOMTT'nın yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından bahse konu tahkimin yetersiz kalması ve yabancı yatırımcılar gözünde iyi bir itibara sahip olamamasının birkaç nedenden kaynaklandığı ifade edilmektedir⁵⁶⁷. İlk olarak Rusya tahkim mevzuatının ticari ve yatırım uyuşmazlıkları bakımından tek yasal mevzuata tabi tutulmasıdır. Bu bağlamda ticari ve yatırım uyuşmazlıkları doğası

⁵⁶³ N. V. Lavrinenko (2004). Tretitskiy i Arbitrajnyy Sud (Tahkim ve Arbitraj Mahkemeleri), *Jurnal Tretitskiy Sud* 6 (36), 18.

⁵⁶⁴ Bu tahkimin diğer bir avantajı diğer milletlerarası ticari tahkimlere kıyasla tahkim ücretlerinin düşük tutmasıdır. Örneğin, RF TSOMTT'da kayıt ücreti 1000 dolar iken Londra Milletlerarası Ticari Tahkiminde bu miktar 1750 Sterlin (yaklaşık 2900 dolar). Söz konusu tahkime kayıt ücretleri arasındaki özellikle fark orta ve küçük ölçekli yatırımcılar bakımından önem arz edilmektedir.

⁵⁶⁵ V.S. Pozdnyankov (1996) *Mejdunarodiy komerchiskiy arbitraj v Rossiyskoy Federatsii: Zakon, reglament i komentarii* (Rusya Federasyonu'nda milletlerarası ticari tahkim: Kanun, yönetmelik ve yorum), Moskova: İnzhelstva, 27.

⁵⁶⁶ Torgovogo –promishlennaya Palata Rossiyskoy Federatsii (Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası), <http://mkas.tpprf.ru/ru/Stat/page.php> (19.02.2019).

⁵⁶⁷ S.Y. Kazachenok (2015). *Mejdunarodniy komerchiskiy arbitraj sudi pri torgovogo promishlennoy palate Rossiyskoy Fedaratsi kak sredetstvo ramotreniya mejdunaroniv sporov iz torgovih i investitsionnih otnosheniy* (Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Ticari Tahkimi tarafından ticari ve yatırım uyuşmazlıklarından doğan uyuşmazlıkların değerlendirilmesi), *Yuridicheskie Nauki* 2, 370; D. Kobahidze (2018). Interim measures in international commercial arbitration: Correlation of approaches of international arbitration institution and national regulation, *Jurnal Zarubejone Zakonadatelstva i Sravnitel'nogo Provaodeniya*, 4, 111; A. O. İnshakova (2016) *Refomra pravovih osnov deyatolnosti mejdunarodnovo komerchiskovo arbitraja v Rosiyskoy Feratsii: Pepedposilki, obuslovlennost, perrspektivi* (Rusya Federasyonu'nda milletlerarası ticari tahkime ilişkin reformlar: Geçmiş, Verimlilik ve Beklentiler), *Vishiy Shkole Ekonoimiki* 3, 7-9.

gereği birbirinden farklıdır ve bu nedenle çoğu durumlarda Rusya tahkim mevzuatı, yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından yabancı yatırımcı beklentilerini karşılayacak nitelikte olduğu söylenemez. İkinci olarak Rusya Federasyonu Yabancı Yatırımlar Kanunu ile getirilen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hüküm belirsizlik taşımaktadır. Şöyle ki, Kanunun 10.maddesi Rusya Federasyonu'nda bulunan yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların Rusya'nın taraf olduğu milletlerarası anlaşma ve federal yasalara uygun olarak arbitraj mahkemeleri (devlet mahkemeleri) veya milletlerarası tahkimde çözümlenebileceği düzenlenmektedir. Söz konusu madde hükmü yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi mahkemede çözümleneceği hususunda açıklık getirmemektedir. Bu sebeple bu hükmün milletlerarası anlaşmalarla uyumlu şekilde uyuşmazlığın çözümü bakımından yetkili mahkemenin sırasıyla yeniden düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Yoksa söz konusu yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hüküm, milletlerarası tahkimi reddetme şeklinde de yorumlanabilmektedir. Son olarak, yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin milletlerarası tahkim kararlarında yaşanan en büyük sorun tanıma ve tenfize ilişkindir. RF TSOMTT tarafından verilen kararların tanınması ve tenfizi ile ilgili önlem alınmalıdır ve günümüzde Rusya mevzuatı çerçevesinde bu tamamen yerel mahkemelerin sorumluluğundadır. Doktrinde ağırlıklı olarak Rusya Federasyonu topraklarında tanıma ve tenfizi yapılacak kararlar bakımından yabancı tahkim mahkemesine gidilmesinden ziyade RF TSOMTT'nın tercih edilmesinin teşvik edilmesi gerektiğini ve bu nedenle RF TSOMTT tarafından verilen kararların tanıma ve tenfizinin kolaylaştırılması gerektiği yaklaşımı ileri sürülmektedir⁵⁶⁸.

RF TSOMTT'nın uyuşmazlığın çözümlenmesi bakımından yetkili kılınması için tarafların uyuşmazlığı söz konusu tahkimde çözümlenmesine ilişkin yazılı bir sözleşme yapmış olmaları gerekmektedir⁵⁶⁹. Bununla birlikte RF TSOMTT Rusya'nın taraf olduğu ikili ve çok taraflı anlaşmalarda⁵⁷⁰ kendi yetki alanına giren uyuşmazlıklara da bakmaya

⁵⁶⁸ İnshakova, 2016, a.g.k, 8.

⁵⁶⁹ Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu m.16.

⁵⁷⁰ Rusya'nın taraf olduğu birçok ikili yatırım anlaşması yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin seçime bağlı olarak söz konusu uyuşmazlığın yetkili mahkemede veya yatırımların bulunduğu ülke tahkim mahkemelerinde çözümlenmesine ilişkin hükümler getirmektedir. Bkz. Rusya-Arnavutluk İkili Yatırım Anlaşması (1995) m.6/a, Rusya-Arjantin İkili yatırım Anlaşması (1998) m.10.2/a, Rusya-Ermenistan İkili Yatırım Anlaşması (2005) m.7/2.

yetkilidir⁵⁷¹. Bu çerçevede tarafların tahkim anlaşması yapmak suretiyle ya da yatırım anlaşmalarında RF TSOMTT'nın yetkili kılınmış olması gerekmektedir. Örneğin, Avrasya Yatırım Anlaşması'nın 9.2/b. maddesi kapsamında yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar seçime bağlı olarak UNCITRAL, ICSID ve yerel mahkemeler yanı sıra anlaşmaya taraf ülkelerin Ticaret ve Sanayi Odası bünyesinde bulunan ticaret tahkiminde de çözümlenebileceği belirtilmektedir⁵⁷².

1.3.2. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Deniz Ticareti Tahkim Komisyonu

Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Deniz Ticaret Tahkim Komisyonu (RF TSODTK) Sovyetler Birliği döneminde kurulan dünyanın en eski deniz ticareti alanında uzmanlaşmış Rusya kurumsal tahkimi niteliği taşımaktadır. İlk dönemlerinde ancak kargo gemilerinin kurtarılmasıyla bağlantılı uyuşmazlıklara bakan RF TSODTK günümüzde malların taşınmasıyla ilgili sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar, gemi kiralama, deniz sigortası, kurtarma ve çatma (iki ya da daha fazla geminin birbiriyle çatışması) gibi birçok konudaki uyuşmazlıkları bakmaya yetkilidir. 1930'dan bu güne kadar RF TSODTK'ne yaklaşık 4500 dava kayıt ettirilmiştir. 2016-2017 yılları aralığında uyuşmazlığa taraf ülkeler arasında Birleşik Arap Emirlikleri, Polonya, Malta, Türkmenistan, Marşal Adaları gibi ülkeler bulunmaktadır. Bahse konu uyuşmazlıkların önemli kısmını deniz sigortasından kaynaklanan uyuşmazlıklar oluşturmaktadır⁵⁷³. Bağımsız ve deniz ticaretiyle ilgili konularda uzmanlaşmış konumda bulunan RF TSODTK faaliyetini Rusya Federasyonu Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu çerçevesinde yürütmektedir.

RF TSODK'nın yargılama yetkisi deniz ticaretiyle ilgili uyuşmazlıklarla sınırlı değildir. Şöyle ki, RF TSODK doğrudan yetkili olduğu uyuşmazlıklar dışında uluslararası taşımacılık ve Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar çerçevesinde taraflarca kararlaştırılan uyuşmazlıklar bakımından da yetkili kılınabilmektedir⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ V. G. Karabelnikov (2001) Forma arbitrajnie soglasheniya v mejdunarodnom komerchiskom arbitraje (Milletlerarası ticari tahkimde tahkim anlaşmasının şekli), *Parava i Ekonomika*(Hukuk ve Ekonomi), 3(21), 11.

⁵⁷² Benzer hükümler için bkz: Avrasya Ekonomik Birliği (2014) VII.bölüm m.6.

⁵⁷³ A. Muranov (2011). Mejdunarodniy komerchiskiy arbitaj: Opit ochestvennovo regulavoraniya (Milletlerarası ticari tahkim: İç mevzuata ilişkin deneyimler), Moskva: Infrotopic Media, 532.

⁵⁷⁴ Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Kararı, Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Deniz Ticaret Komisyonu Kuralları, No.5, 11.01.2017. Bkz, <https://mac.tpprf.ru/ru/information/>, (Erişim tarihi: 7.03.2019).

Kural olarak RF TSODK ‘nın geçmişten bugüne kadar değişmeyen geleneği olarak, tahkim heyeti iki hâkimden oluşmaktadır. Ancak uyuşmazlık konusunun 15.000 ABD dolarının altında olması hâlinde söz konusu uyuşmazlıklar tek hâkim tarafından da görülebilmektedir⁵⁷⁵.

1.4. Milletlerarası Tahkime Gitme Konusunda Rıza Şartının Oluşumu

İlk dönemlerde yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim mahkemelerinde çözümlenmesinde tarafların rıza şartı ağırlıklı olarak imtiyaz sözleşmelerine dayandırılırdı⁵⁷⁶. Ancak milletlerarası ticaretin yaygınlaşması ve ev sahibi ülkelerin yabancı yatırımlara olan ilgisinin artmasıyla yabancı yatırımcıların yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından da milletlerarası tahkime gitme konusunda esneklik sağlanmıştır. Bu çerçevede ev sahibi ülkelerin taraf olduğu birçok ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları, söz konusu ev sahibi ülkelerle doğrudan bir imtiyaz sözleşmesine ilişkin hususun olmadığı hâlde yabancı yatırımcılara doğrudan milletlerarası tahkime gitmesine imkân sağlanan hükümler getirmektedir. Günümüzde geleneksel anlamda tahkime gitme konusunda tarafların rıza şartı varlığını sürdürmesine rağmen çoğu ev sahibi ülkelerin taraf oldukları serbest ticaret anlaşmaları, yatırım anlaşmaları⁵⁷⁷ veya ulusal yatırım yasalarında⁵⁷⁸ örtülü bir şekilde yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası tahkime gitme konusunda rıza gösterdiği kabul edilmektedir. Bahse konu anlaşmaya dayalı rıza şartı yabancı yatırımcıya doğrudan ev sahibi ülkeye karşı milletlerarası tahkime başvurma hakkı tanımaktadır⁵⁷⁹. Aşağıda milletlerarası yatırım hukukunda yaşanan son gelişmelerle uyumlu şekilde Rusya yatırım

⁵⁷⁵ Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Deniz Ticaret Komisyonu (<https://mac.tpprf.ru/ru/information/>), (Erişim tarihi: 7.03.2019).

⁵⁷⁶ H. Moran (1974) The Evolution of concession agreements in underdeveloped countries and the United States National interest, *Vanderbilt Journal of Transnational Journal*, Vol.7.

⁵⁷⁷ Tahkime gitme konusunda rıza şartı ev sahibi ülkenin tek taraflı olarak düzenlediği kendi ulusal yasa veya taraf olduğu anlaşmalarla ancak yabancı yatırımcının bunu kabul etmesiyle söz konusu olabilmektedir. Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair, 2009, a.g.k, 190; Sornarajah, 2010a, a.g.k, 306-331; UNCTAD (2003 e) Dispute settlement: Consent to arbitration, https://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add2_en.pdf (22.02.2019); S. Mullen and E. Whitsitt (2016). ICSID and legislative consent to arbitrate: Question of applicable law, *ICSID Review*, 32(1), 92-115; Ch. Schreuer (2008 f). Consent to arbitration, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Editörler: P. Muchlinski, F. Ortino, and Ch. Schreuer), 832-864; İ. Ataman-Fıganmeşe (2011) Manufacturing consent to investment treaty arbitration by means of the notion of “Arbitration without Privity”, *Annales de la Faculte de Droit d’Istanbul*, 187-201; V. Houtte (2000). Consent to arbitration through agreement to printed contracts: The continental experience, *Arbitration International*, 1(16), 1-18.

⁵⁷⁸ Shreuer, 2008f, a.g.k., 527-537.

⁵⁷⁹ W. Park (2012) Rectitude in international arbitration, *International Commercial Arbitration Review* 5(1), 141.

mevzuatı çerçevesinde yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından milletlerarası yatırım tahkiminin yargılama yetkisinin temelini oluşturan tahkim anlaşması (rıza şartı) incelenecektir.

1.4.1. Tahkim anlaşması

Genel olarak yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkime sunulabilmesi için tahkim anlaşmasının yapılması gerektiği kabul edilmesine rağmen uygulamada ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkime gitme konusundaki rıza şartının oluşumu bakımından tahkim anlaşmasının sıklıkla başvurulmuş bir yöntem olduğu söylenebilir. Örneğin, 2018 tarihinde ICSID tahkimine kayıtlı davaların %14'ü yatırım anlaşmasına⁵⁸⁰ dayanarak ICSID tahkimine başvuruda bulunulmuştur⁵⁸¹. Böyle bir durumda ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkime gitme konusundaki rıza şartı yatırım anlaşmasına tahkim kaydı koymak suretiyle veya ayrı bir tahkim anlaşması yoluyla gerçekleşmiştir.

Milletlerarası yatırım hukuku bakımından tahkim anlaşması milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda düzenlenen tahkim anlaşmasından bazı yönleriyle farklılık arz etmektedir. Bu çerçevede, tarafların aralarındaki yabancı yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlığı ICSID tahkimine sunabilmesi için tahkim anlaşması yaparken üç şartı yerine getirmeleri gerekmektedir: 1. Taraflardan birinin ICSID Sözleşmesi'ne taraf ülke yatırımcısı, diğer tarafın ise ICSID Sözleşmesi'ne taraf devlet veya devletin alt kurumu olması; 2. Uyuşmazlık konusunun ICSID Sözleşmesi m.25'in öngördüğü yatırımlardan kaynaklanmış olması (ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesinde yatırım tanımı yapılmadığına göre, yatırım tanımı ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarına göre belirlenecektir) 3. Tahkim anlaşmasının yazılı olması gerekmektedir⁵⁸². Tarafların ICSID tahkimi dışındaki başka bir milletlerarası tahkimi yetkili kılmaları hâlinde de tahkim anlaşmasına ilişkin şartlar ikili veya çok taraflı yatırım anlaşmasına göre belirlenecektir. Bu anlamda yabancı yatırımcının ICSID tahkimi dışındaki başka bir milletlerarası tahkimi yetkili kılabilmesi için yabancı

⁵⁸⁰ Ekonomi kalkınma anlaşmaları (*economic development agreements*) olarak da bilinen yatırım anlaşmaları ev sahibi devlet veya kamu şirketleri ve yabancı yatırımcı arasında yapılmaktadır. Ekonomik kalkınma anlaşmalarının asıl amacı ev sahibi ülkede uzun vadeli yatırımları teşvik edilmesi olduğu ifade edilmektedir. Yatırımcı ve ev sahibi ülke arasında yapılan yatırım anlaşmaları içerik bakımından önemli ölçüde ikili yatırım anlaşmalarıyla benzerlik arz etmektedir. Bkz, P. Bernardini (2001). Investment protection under bilateral investment treaties and investment contracts, *Journal of World Investment*, Vol.2, 240.

⁵⁸¹ ICSID (2018). The ICSID Caseload- Statistics, Issues 2018-2, s.25, [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20(English).pdf), (Erişim tarihi: 21.03.2019).

⁵⁸² Çalışmamızın ilk bölümünde yatırım, yatırımcı ve ev sahibi ülke kavramaları üzerinde ayrıntılı şekilde durulduğundan burada tekrar edilmeyecektir.

yatırımcı ve ev sahibi ülke arasında bir yatırım anlaşmasının (milletlerarası anlaşmanın bulunması) bulunması, yatırımcının söz konusu anlaşma kapsamında “yatırımcı” sıfatını taşıması, ev sahibi ülkeye ikili yatırım anlaşmasında öngörülen şekilde “yatırım” yapmış olması, yetkili kılınan tahkim mahkemesine atıfta bulunulması gerekmektedir.

Rusya Federasyonu Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu’nun 7.maddesi kapsamında tahkim anlaşması tarafların aralarındaki akit veya akit dışı ilişkilerden doğan veya doğacak tüm veya belirli uyuşmazlıkların çözümleneceğine dair bir anlaşma olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte Rusya Federasyonu Milletlerarası Ticaret Kanunu’nun 1/3.maddesiçerçevesinde taraflar Rusya Federasyonunda yapılan yabancı yatırımlarla ilgili veya yurt dışında Rusya’nın yaptığı yatırımlarla ilgili uyuşmazlıkları milletlerarası tahkime taşıyabilecekleri belirtilmektedir. Başka bir deyişle taraflar Rusya Federasyonu’nda veya yurtdışında Rusya’nın yaptığı yatırımlarla ilgili uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözümlenmesini kararlaştırabilirler. Tahkim anlaşması asıl anlaşmaya konulan tahkim şartı veya ayrı bir anlaşma yapmak suretiyle de yapılabilir (RF MTTK m.7/1). Görüldüğü üzere taraflar aralarında mevcut veya ileride çıkacak bir uyuşmazlığı tahkimde çözümlenmesi için tahkim anlaşması yapmak yerine asıl anlaşmaya tahkim şartı koymak suretiyle de yapabilmektedirler. Aşağıda Rusya mevzuatı çerçevesinde tahkim anlaşmasına ilişkin temel hususlar irdelenecektir. Bununla birlikte milletlerarası yatırım hukukunda tahkim anlaşmalarının milletlerarası ticari ilişkilerde düzenlenen tahkim anlaşmasına nazaran farklı yönleri de elverdiği ölçüde irdelenecektir.

1.4.1.1.Tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsızlığı

Kural olarak Rus hukukunda asıl sözleşmenin tahkim sözleşmesinden bağımsız olduğu ve bahse konu sözleşmelerden herhangi birinin geçersiz olması diğerini etkilemeyeceği kabul edilmektedir (RF MTTK m.16). Bu bakımdan Rusya doktrinde tahkim anlaşmasının niteliğine ilişkin dört yaklaşım bulunmaktadır: Sözleşmeye dayalı yaklaşım, usul hukukuna dayalı yaklaşım, karma yaklaşım ve kendine özgü (*sui generis*) yaklaşım⁵⁸³. Sözleşmeye dayalı yaklaşıma göre tahkim anlaşması sıradan bir anlaşma olduğuna göre tarafların bağımsızlığı ilkesi bu sözleşme bakımından da geçerli olmalıdır. Buna

⁵⁸³ A. Minakov (1985) Arbitrajniye soglasheniya i praktika rasmotneiye vneshni ekonomicheski sporov (Tahkim anlaşması ve dış ekonomik ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar), Moskov: Yuridicheskaya literatura, 78; Pavlova, 2013, a.g.k, 890; T.V. Slipachuk (2007). Arbitrajnoe soglashenie: sovremenie problemi i tendensii (Tahkim anlaşması: Çağdaş sorun ve eğilimler), Mejdunarodniy Komerchiskiy Arbitraj: Sovremenie problemi i resheniya, Moskva: Statut, 425.

göre taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın hangi kurallara göre çözümleneceğini belirleyebilmelidirler. Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak kuralları belirlememesi hâlinde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, milletlerarası özel hukuk kuralları çerçevesinde kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmelidir. Bu süreçte tahkim anlaşmasının maddi veya usul hukukuna ilişkin bir konu olduğu belirlendikten sonra yabancı hukuk normu uygulanmalıdır⁵⁸⁴. Usul hukukuna dayalı yaklaşıma göre ise tahkim anlaşmasının medeni hukuk ve medeni usul hukukuna göre düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Tahkim anlaşmasının geçerliliği yargılamanın yapıldığı ülkenin usul hukukuna göre belirlenmelidir⁵⁸⁵. Karma yaklaşıma göre tahkim anlaşmasının hem sözleşmeye dayalı yönü hem de usul hukukuna dayalı yönü bulunmaktadır. Buna göre tahkim anlaşmasının geçerliliği söz konusu anlaşma hükümlerine ve kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmelidir⁵⁸⁶. Kendine özgü(*sui generis*) yaklaşıma göre tahkim anlaşması tarafların haklı beklentilerini dikkate alarak, uyuşmazlık milletlerarası ticaret hukuku çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır⁵⁸⁷. Ancak Rusya mahkemelerinde tahkim kaydının asıl anlaşmadan bağımsız olduğu ağırlıklı olarak kabul görmesine rağmen tahkim kaydına uygulanan sıkı şartlar asıl anlaşmaya da aynı şekilde uygulanmamaktadır⁵⁸⁸.

Genel olarak tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsız olması ilkesi yatırım anlaşmaları bakımından da geçerlidir. Şöyle ki, ev sahibi ülkenin bir yasa ile yatırım sözleşmesini askıya alması, en azından ev sahibi ülke bakımından tahkim kaydını geçersiz kılabilmektedir⁵⁸⁹. Örneğin, 1965 tarihinde bir Pakistan kamu şirketi olan Doğu Pakistan Endüstriyel Kalkınma şirketi ve bir Fransız şirketi arasında Pakistan'ın doğusunda boru hattı inşasına ilişkin bir sözleşme yapılmıştır. Bahse konu anlaşma tahkim kaydı içermektedir ve taraflar aralarındaki uyuşmazlığı Milletlerarası Tahkim Kuralları çerçevesinde İsveç'te bulunan tahkim mahkemesine sunmayı kararlaştırmışlardır. Ancak 26 Mart 1972'de Pakistan'dan ayrılan Doğu Pakistan bölgesi bağımsızlığını ilan etmiştir ve Bangladesh Halk Cumhuriyeti kurulmuştur. Bu süreçte Doğu Pakistan Endüstriyel Kalkınma Kamu şirketine ilişkin tüm hak ve yükümlülükleri Bangladesh Endüstriyel Kalkınma şirketi

⁵⁸⁴ Minakov, a.g.k., 78-79.

⁵⁸⁵ Minakov, a.g.k., 79.

⁵⁸⁶ Minakov, a.g.k., 82-83.

⁵⁸⁷ Minakov, a.g.k., 84.

⁵⁸⁸ *Soiuznefteexport v. Joc.Oil, Ltd*, Yearbook Commercial Arbitration (1990), Volume XV, s.384-436, Rusya Federasyonu MTM'nin 433/1994 sayılı kararı; M. Rozenberg (1997). *Praktika mejdunarovno komercheskovo arbitrajnovo suda* (Milletlerarası ticari tahkim uygulamaları), Moskva: Status, 106-108.

⁵⁸⁹ Sornarajah, 2010a, a.g.k, 286.

devralmıştır. Aynı tarihte Bangladeş Cumhurbaşkanı'nın yayınladığı bir kararname ile tek taraflı olarak asıl anlaşma yanı sıra tahkim kaydı da iptal edilmiştir. Buna rağmen Fransız şirketi tek taraflı olarak uyuşmazlığı İsviçre tahkim mahkemesine sunmuştur. Tahkim heyeti uluslararası kamu hukuku çerçevesinde Bangladeş kanun koyucusunun tahkim anlaşmasının geçerliliğine tek taraflı olarak müdahale edemeyeceğine ve bir yabancı ülkenin yargılama yetkisinin ancak kendi ülke topraklarıyla sınırlı olduğunu ifade etmiştir. Sonradan Bangladeş söz konusu kararın iptali için İsviçre Yüksek Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, Bangladeş tarafından ileri sürülen itirazları kabul ederek tahkim kararını iptal etmiştir. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme iptal kararını Bangladeş'in yatırım anlaşmasına taraf olmadığını ve bu nedenle Bangladeş'in tahkime rıza şartının oluşmadığına dayandırmıştır⁵⁹⁰. İsviçre Yüksek Mahkemesi'nin iptal kararına ilişkin devletin tahkim anlaşmasını kendi hukuku çerçevesinde iptal edebileceği yönündeki yaklaşımı birçok yazar tarafından eleştirilmiştir⁵⁹¹.

Günümüzde ev sahibi ülkenin yatırım anlaşmasını yasa ile askıya alması sıkça rastlanan bir durum olmadığı söylenebilir. Bu noktada belirtelim ki, yatırım sözleşmesinin yasa ile askıya alınması durumunda tahkim anlaşmasının ayakta kalması ancak özel hukuka konu işlemler bakımından söz konusu olabilmektedir⁵⁹².

1.4.1.2. Tahkim anlaşmasına ilişkin şekil şartı

Rusya Federasyonu Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu'nun 7.maddesi çerçevesinde tahkim anlaşmasının yazılı olma şartı aranmaktadır. Bununla birlikte konuya ilişkin Rusya Federasyonu Medeni Kanunun 1209. maddesinde düzenlenen genel ve özel hükümlere bakılması gerekmektedir. Genel kuralkapsamında işlem şekli işlemin yapıldığı yer kanununa tabi kılınır ve yurtdışında yapılan işlemler bakımından ise işlemin Rus hukukuna uygun olarak yapılması şartıyla söz konusu işlemin geçerliliği kabul edilir (m.1209/1). Özel kural kapsamında ise dış ticari işlemlerde taraflardan en az birinin Rusya tabiiyetini taşıyan gerçek veya tüzel kişi olması hâlinde bahse konu işlem şekli

⁵⁹⁰Societe des Grands Travaux de Marseille v. Bangladesh, Yearbook on Commercial Arbitration, Vol.5, 1980, 177.

⁵⁹¹Bkz, G. Delaume (1981). State contracts and transnational contracts, *the American Journal of International Law*, 75(4), 790; W. Peter (1995). Arbitration and renegotiations of international investment agreements, The Netherlands: Kluwer Law International, Second Revised and Enlarged Edition, 298; P. Dumbery (2018). *A Guide to state succession in international investment law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 124.

⁵⁹²Sornarajah, 2010a, a.g.k, 287.

Rus hukukuna tabi tutulur (m.1209/1). Bununla birlikte devlet siciline kayıtlı taşınmaz mallar bakımından işlem şartı de Rus hukukuna göre belirlenmektedir (m.1209/3). Bu çerçevede tahkim anlaşması; taraflarca imzalanmış olmalı ve mektup, telgraf ve başka iletişim araçlarını kullanmak suretiyle kaydedilmiş olması gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının şekline ilişkin esnek bir hüküm benimsemiş olmasına rağmen uygulamada Rusya’da bulunan yerel mahkemeler tahkim anlaşmasının şeklini sıkı şartlara tabi tutmaktadırlar. Örneğin, *ESF Euroservices B. V. ve Hyundai Merchant Marine* davasında Hollandalı davacı *ESF Euroservices B.V* şirketi tarafından taşıma sözleşmesine (konşimento- *bill of lading*) konulan tahkim şartı bulunmaktadır. Ancak söz konusu sözleşme taraflarca imzalanmamıştır. İlk derece mahkemesi olarak Moskova Tahkim Mahkemesi imzasız taşıma sözleşmesine ilişkin değerlendirmesinde tahkim anlaşmasının yazılı olma şartının gerçekleştiği yönünde yeterince kanıt bulunmadığından söz konusu tahkim anlaşmasını geçersiz kabul etmiştir. Sonradan davacı kararın iptali için Yüksek Tahkim Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Yüksek Mahkeme taraflar arasındataşıma sözleşmesinin imzalanmadığınıbununla birlikte tarafların bu konudaitirazda bulunmadığını belirterek taşıma sözleşmesinde bulunan tahkim kaydınıgeçerli olarak kabul etmiştir⁵⁹³.

1.4.1.3. Tahkim anlaşmasının geçerliliği

Rus hukukunda geçersiz ve geçersiz kılınabilir işlem arasında ayırım yapılmaktadır. Geçersiz işlem, işlemin başından itibaren geçersiz olurken; geçersiz kılınabilir işlem mahkeme tarafından geçersiz olarak kabul edilene kadar geçersiz kılınabilir işlem niteliği taşımaktadır. Başka bir deyişle, geçersiz işlem tarafların maddi ve açık olduğu kusurlarını ifade ederken geçersiz kılınabilir işlem ise daha az belirgin kusur içermektedir. Bu sebeple geçersiz kılınabilir işlem ayrıntılı bir hukuki mütalaa gerektirmektedir⁵⁹⁴.

Rus hukukunda tahkim anlaşmasına ilişkin yazılı olma şartı dışında tahkim anlaşmasının içeriğine ilişkin herhangi bir şart öngörülmemektedir. Şayet taraflar uyuşmazlığın çözümlenmesi bakımından yetkili kılınan kurumsal tahkim ismini açık olarak belirtmemişse (Moskova’da bulunan tahkim veya uyuşmazlığın ortaya çıktığı yer tahkimi gibi)

⁵⁹³ Rusya Federasyonu Yüksek Tahkim Mahkemesi Kararı, No.16727/09, 30.03.2010.

⁵⁹⁴ Karabelnikov, 2001, a.g.k, 126; V. Yarkova (2004). Kommentariy k arbitraznomu Prosesalnomu Kodeksu Rossiyskiy Federatsii (Rusya Federasyonu Tahkim Usul Kanunu’na ilişkin yorumlar), Moskva: Volters Kluver, 11; A. Minina (2014). Arbitrabilnost v shirokom smisle: Voprosi deystvitelni arbitraznovo soglasheniya (Tahkime elverişliliğin geniş kapsamda değerlendirilmesi: Tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin sorunlar), *Aktualnovo problemi v Rossiyskovo prava* 7(44), 1499.

böyle durumda yetkili tahkim mahkemesinin belirlenmesi zor olduğundan söz konusu uyuşmazlık devlet mahkemelerinde çözümlenecektir. Bununla birlikte taraflar tahkim anlaşmasında yetkili tahkim mahkemesini açık olarak belirtmemesine rağmen taraflardan herhangi birinin tahkimin yargılama yetkisine ilişkin itirazda bulunmadan tahkim yargılamasına devam etmeleri halinde taraflar söz konu tahkimin yargılama yetkisini kabul etmiş olacaktır⁵⁹⁵. Ancak uygulamada Rusya mahkemelerinde tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin daha sıkı kurallara tabi tutulduğu görülmektedir. Örneğin, *Lugana Handelsgesellschaft* şirket davacı Stockholm tahkim mahkemesinde verilen bir tahkim kararının tanıma ve tenfizi için Rusya tahkim mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Tahkim kendi incelemesine tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığından başlamıştır. *Lugana Handelsgesellschaft* ve *Ryazan Plant of Metal-Ceramic Equipment* arasında yapılan distribütörlük sözleşmesi tahkim kaydı içermektedir ve buna göre tahkim yeri olarak Stockholm (İsveç) belirlenmiştir. Tahkim yargılaması başlamadan kısa süre önce davacı davalıdan Alman Tahkim Kurumu Tahkim Kurallarının uygulanmasına ilişkin rızasını istemiştir. Buna karşılık olarak, davalı davacının talebini ne reddetmiş ne de karşı talepte bulunmuştur. Davalı Alman Tahkim Kurumu Tahkim Kurallarına göre yapılan tahkim yargılamasında tahkimin yargılama yetkisine ilişkin herhangi bir itirazda bulunmadan yargılamaya aktif olarak katılmıştır. Rusya tahkim mahkemesine göre tarafların ilk tahkim kaydının değiştirilmesinin taraflarca kararlaştırıldığı konusunda yeterince kanıt bulunmamaktadır. Rusya tahkim mahkemesi, Alman Tahkim Kurumu Tahkim Kuralları çerçevesinde yürütülen tahkim yargılamasında davalının tahkimin yargılama yetkisine ilişkin itirazda bulunmamasının tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından önem taşımadığını ifade etmiştir⁵⁹⁶.

Diğer bir davada ise *Sophocles Star Shipping Inc.* isimli şirket zaman esaslı (*time charter*) sözleşmeye dayanarak *Russian Technopromexport* isimli bir şirkete karşı aldığı kararının tanıma ve tenfizi için Rusya ticaret mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Davalının ismi hem kendi lehine çıkarttığı kararda hem de zaman esaslı sözleşmede “*Inc*” yerine “*Co.Ltd.*” şeklinde düzenlenmiştir. İlk derece mahkemesi *Sophocles Star Shipping Co.Ltd.*’nin tahkim anlaşmasına taraf olmadığı gerekçesiyle söz konusu kararın tanıma

⁵⁹⁵ O. İnshakova i Y. Kazachenok (2013). Legitimnaya selesoobraznost, sposobi zakripleniya i posledstva konkludetnovo oformleniya arbitrajnogo soglasheniya (Yasal olma ve tahkim anlaşmasının yerine getirmenin kesin sonuçları), *Yurisprud* 4(21), 3; Karabelnikov, 2001, a.g.k, 84.

⁵⁹⁶ *Lugana Handelsgesellschaft v. Ryazan Plant of Metal-Ceramic Equipment*, Federal Tahkim Mahkemesi, N. A.54-3028/2008.

ve tenfizini reddetmiştir. Ancak sonradan Yüksek Tahkim Mahkemesi tahkim sözleşmesini geçerli kabul ederek söz konusu kararın tanıma ve tenfizini istemiştir. Konuya ilişkin diğer bir dava ise Lüksemburg tabiiyetindeki davacı şirket *Dredging and Maritime Management SA* ve Rusya İnşaat Şirketi “*Inzhtransstroy*” arasında yapılan bir sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Bahse konu sözleşme tahkim kaydı içermektedir. Buna göre taraflar tahkim yeri olarak Cenevre’yi (İsveç) ve aksı belirtilmedikçe uyuşmazlıkların Milletlerarası Ticaret Odasının Tahkim Kurallarına göre çözümleneceğini kararlaştırmışlardır. 15.10.2014 tarihinde davacı kendi lehine çıkarılan kararın tanıma ve tenfizi için Moskova Ticari Mahkemesi’ne başvuruda bulunmuştur. Moskova Ticaret Mahkemesi kararın tanıma ve tenfizini iki gerekçeyle dayanarak reddetmiştir. İlk olarak, Moskova Ticaret Mahkemesi kararının tanıma ve tenfizi Rusya kamu politikaları ile çeliştiğini ifade etmiştir. Bununla birlikte mahkeme tarafların uyuşmazlığı çözümlenmesi konusunda Milletlerarası Ticaret Odası’nın yetkili kılındığına ilişkin yeterince kanıtların bulunmadığı ve bundan dolayı söz konusu tahkimin yargılama yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir⁵⁹⁷. Davacı konuyu Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi’ne taşımıştır. Yüksek Mahkemeye göre Milletlerarası Ticaret Odası’na atıfta bulunmaksızın “Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları” şeklinde tahkim kaydının konulması yetkili mahkemenin tespiti bakımından belirsizlik taşımaktadır ve bu tarafların uyuşmazlığı belirli bir tahkimde çözümleneceği konusundaki rızasını açıkça göstermemektedir⁵⁹⁸. Sonuç olarak Yüksek Mahkeme tahkim kaydının kesinlik ve uygulanabilirliğinin bulunmadığını belirterek, Milletlerarası Ticaret Odası’nın yargılama yetkisinin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Tahkim anlaşmasının geçersiz kılınmasına ilişkin diğer bir dava imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Taraflar imtiyaz sözleşmesine tahkim kaydı koymuşlar. Tahkim kaydına göretaraflar aralarındaki uyuşmazlığın çözümü bakımından Paris Milletlerarası Ticaret Odası tarafından üç hâkimin atanacağı ve uyuşmazlığın Moskova’da kurulan *ad hoc* tahkiminde çözümleneceğini kararlaştırmışlar. Kuzey-Batı Bölgesi Tahkim Mahkemesi, Rusya Federasyonu İmtiyaz Anlaşmaları Hakkındaki Kanun’un 17.maddesine dayanarak *ad hoc* tahkim yargılamasına uygulanacak kuralın bir Rusya kuruluşu tarafından onaylanması gerektiğini, tahkim yargılamasının Rusya Federasyonunda yapılması ve hakemlerin Rusya kuruluşu tarafından atanması gerektiğini belirterek söz konusu

⁵⁹⁷ Moskova Ticari Tahkim Mahkemesi Kararı, No. A40-176466/17.

⁵⁹⁸ Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi, No. A 40-176466/17.

tahkim anlaşmasını geçersiz kabul etmiştir⁵⁹⁹. Kural olarak, ev sahibi devletin tahkime rıza göstermesi ancak sonradan tahkim yargılamasına katılmayı reddetmesi hâlinde tahkim mahkemesi yargılamayı tek taraflı olarak başlatabilmektedir. Diğer bir deyişle, ev sahibi devlet tahkimin yargılama yetkisini kabul ettikten sonra uyuşmazlık bakımından tüm bağışıklıktan kaynaklanan tüm haklarını kaybetmiş olmaktadır⁶⁰⁰. Bu bağlamda uygulamada ev sahibi devletin tek taraflı olarak tahkim anlaşmasını geri çekmesi hâlinde bu durumunun tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemediği kabul edilmektedir⁶⁰¹. Dolayısıyla ICSID Sözleşmesinin m.25/1’de “Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz” demek suretiyle söz konusu kuralın taraflar bakımından katı ve zorunlu kural olduğuna işaret etmektedir.

Milletlerarası yatırım hukukunda yaşanan son gelişmeler göstermekte ki, bazı durumlarda ev sahibi ülke kendi yargılama yetkisinden yararlanarak tahkim anlaşmasının hukuki sonuçlarını bertaraf etmeye çalışmaktadır. Örneğin, *Himpurna California Energy Ltd v. Endonezya* tahkim davasında Endonezya kamu şirketi uyuşmazlığa ilişkin tahkim yargılamasının askıya alınmasına ve karara uymayan tarafa günlük bir milyon dolar miktarında ceza uygulanmasına ilişkin hükme dayanarak Jakarta Merkez Bölge Mahkemesi’ne başvuruda bulunmuştur. Mahkeme taraflar arasında yapılan tahkim anlaşmasını askıya almıştır. Endonezya kamu şirketi Endonezya mahkeme kararlarına bağlı olduğu ve tarafların tahkim sürecini başlatamayacaklarını ifade etmiştir. Buna rağmen tahkim heyeti yargılamasını Jakarta yerine Lahey’de başlatmaya karar vermiştir. Ancak Endonezya tarafı tahkim yargılamasına katılmamıştır. Tahkim heyeti Endonezya’nın Jakarta mahkemesi tarafından alınan karar kapsamında tahkim anlaşmasını askıya aldığını ifade etmiştir. Tahkim heyeti Endonezya tahkim anlaşmasının askıya alınmasını bir yasadan ziyade mahkeme kararına dayandığını ancak yargı otoritesi tarafından verilen karar yasama organı tarafından çıkarılan bir yasa yürütme tarafından alınan karar ile aynı şekilde devlet otoritesinin tasarrufu kapsamından değerlendirildiğini belirtmiştir⁶⁰².

⁵⁹⁹Arbitrajniy Sud Severo- zapadno Okruga (Kuzey-Batı Bölgesi Tahkim Mahkemesi), No. A56-9227/2015.

⁶⁰⁰A. Mann (1967). State contract and international arbitration, *British Yearbook of International Law*, 42, 10.

⁶⁰¹Delaume, 1981, a.g.k, 788.

⁶⁰² *Himpurna California Energy Ltd. v PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara, UNCITRAL, Ad Hoc-Internal Award*. Karar incelemesi için bkz, J. Paulsson (2005). Denial of justice in international law, Cambridge: Cambridge University Press, 150-153; D. Cairns (2009). Transnational public policy and the internal law of state parties, *Transnational Dispute Settlement* 1, 9-10.

Yukarıda görüldüğü üzere Rus hukukunda yetkili mahkemenin açık olarak belirtilmediğinden veya diğer sebeplerden⁶⁰³ dolayı tahkim anlaşmasını geçersiz kılan birçok örnek bulunmaktadır. Bu bağlamda Rusya mahkemelerinde tahkim anlaşması veya tahkim kaydının yorumlanmasına ilişkin biçimsel yaklaşım mevcuttur. Özellikle çoğu Rusya mahkemeleri tahkim anlaşmasını çok dikkatli bir şekilde incelemekte ve sıklıkla tahkim kaydı kapsamını dar bir şekilde yorumlamaktadır⁶⁰⁴. Bu nedenle tanıma ve tenfizi Rusya mahkemelerinde yapılacak kararlar bakımından tahkim anlaşmasının ayrıntılı bir şekilde ve yetkili mahkemenin açık olarak belirtilmelidir. Tarafların tahkim anlaşması veya tahkim kaydının şüpheyi mahal vermeyecek şekilde düzenlemiş olmaları ileride tahkim anlaşmasının geçersiz kılma riskini önemli ölçüde ortadan kaldırmaktadır.

1.4.2. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında Rusya'nın milletlerarası tahkime rıza göstermesi

Günümüzde çoğu ev sahibi ülke yabancı yatırımların teşviki ve korunması amacıyla birçok iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmalarına taraf olmuştur. Genel olarak çoğu yatırım anlaşmaları yatırımcı ve devlet arasındaki yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları milletlerarası tahkimde çözümleme imkânı tanımaktadır. Bahse konu hükümler, tahkim anlaşmalarından farklı olarak, mevcut veya ileride çıkacak yatırımla bağlantılı uyuşmazlıklar bakımından ev sahibi ülkenin tek taraflı beyanı olarak nitelendirilmektedir. Ancak söz konusu hükmün uygulanması çoğunlukla ön şarta tabi tutulmaktadır. Bu çerçevede uyuşmazlığın milletlerarası tahkimde çözülmesi bakımından öngörülen iki şart üzerinde durulmalıdır; uyuşmazlığı yerel mahkemede görülmüş olması (*domestic remedy*) ve bekleme süresi (*cooling off periods* yâda *waiting periods*). Bu noktada belirtelim ki uyuşmazlığı yerel mahkeme görülme şartı eski tarihli yatırım anlaşmalarında

⁶⁰³ESF Euroservices B. V. vs. Hyundai Merchant Marine, Maritime vs. Mashimport, Karar incelemesi için bkz, M. Kulkov (2009). Enforcement of international awards in Russia, Americal Bar Association Sectoion of International Law and ABA Center for Continueing Legal Education Present, Enforcement of International Awards in Russia and Ukraine: Dream or Reality; İ. Nikiforov (2008). Interpretation of Article V of the New York Convention by Russian courts – dues process, arbitrability and public policy grounds for non enforcement, *Journal of International Arbitration* 25(6), 787-808.

⁶⁰⁴ P. Runeland (2000). İspolnie inostrannih arbitrajnih resheniy v Rossiyskiy Federatsii (Rusya Federasyonunda yabancı tahkim kararlarının tenfizi), Conference Paper, East – West Arbitration for the twenty-first century; B. Karabelnikov, B and D. Pellew (2008). Enforcement of international award in Russia – still a mixed picture, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 19(1).

yaygın idi. Günümüzde birçok ülke bazı istisnalar hariç⁶⁰⁵, doğrudan yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü bakımından ön şart olarak uyuşmazlığı yerel mahkemede görülme şartı getirmemektedir. Bununla birlikte yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımcının milletlerarası tahkime erişimi bakımından ön şart olarak düzenlenen bekleme süresi, geniş uygulama alanı bulmaktadır. Bu konuda yapılan bir araştırmaya göre, yatırım anlaşmalarının %90'inde bekleme süresi uyuşmazlığın milletlerarası tahkimde görülmesi bakımından ön şart olarak düzenlendiği belirtilmektedir⁶⁰⁶.

Rusya'nın taraf olduğu çok taraflı ve iki taraflı yatırım anlaşmalarının hemen hepsinde yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından veya yabancı yatırımlardan kaynaklanan belirli konular bakımından uyuşmazlıkların milletlerarası tahkimde çözümlenmesine ilişkin hüküm içermektedir. Ancak Rusya'nın taraf olduğu birkaç ikili yatırım anlaşmalarında⁶⁰⁷ uyuşmazlıkların çözümü bakımından milletlerarası tahkim zorunlu olarak ("mandatory", "shall") ifade edilirken diğer çok sayıdaki yatırım anlaşmalarda milletlerarası tahkim bir ihtimal olarak ("may") düzenlenmektedir. Çalışmamızın bu kısmında, Rusya'nın taraf olduğu yatırım anlaşmaları çerçevesinde Rusya'nın milletlerarası tahkime gösterdiği rıza şartının kapsamı ve rıza şartı bakımından aranan ön şartlarırdelenecektir.

1.4.2.1. Uyuşmazlığın konu bakımından kısıtlanması

Rusya'nın taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında düzenlen Rusya'nın milletlerarası tahkime gitme konusundaki vermiş olduğu rızanın kapsamı birbirinden farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, Rusya'nın taraf olduğunu çoğu eski tarihli iki taraflı yatırım anlaşmalarında rıza kapsamının uygulama alanı kısıtlı tutulmuştur. Özellikle kamulaştırmaya

⁶⁰⁵ Örneğin, Avustralya ilerde taraf olacağı yatırım anlaşmalarında yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlerde milletlerarası tahkim hükmüne yer verilmeyeceği şeklinde açıklamada bulunmuştur. Australia Government (2011) Gillard government trade policy statement: Trading our way to more jobs and prosperity, http://blogs.usyd.edu.au/japaneselaw/2011_Gillard%20Govt%20Trade%20Policy%20Statement.pdf, (14.02.2019). 2007-2009 yılları aralığında birkaç Latin Amerika ülkeleri Bolvia, Ekuador, Venezuela ICSID Sözleşmesinden çekildiğini bildirmiştir. UNCTAD (2010 f) Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on investor-state claims, https://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20106_en.pdf, (14.02.2019).

⁶⁰⁶ OECD (2012 l) Dispute settlement provisions in International Investment Agreements, A Large simple survey, 17, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_2.pdf, (14.02.2009).

⁶⁰⁷ Rusya-Kamboçya İkili Yatırım Anlaşması (2016) m.8/2, Rusya-Danimarka İkili Yatırım Anlaşması (1996) m.8/2, Rusya-Finlandiya İkili Yatırım Anlaşması (1991) m.8/2, Rusya-Almanya İkili Yatırım Anlaşması m. 10/2(1993), Rusya-Kore İkili Yatırım Anlaşması (1991) m.9/2, Rusya-Lübnan İkili Yatırım Anlaşması (2003) m.10/2, Rusya -Litvanya İkili Yatırım Anlaşması (2004) m.10/2,

ilişkin olarak kullanılan “tazminatın miktar ve ödeme usulü”⁶⁰⁸ şeklindeki tabir kamu-laştırmaya ilişkin hususların tazminatın miktar ve ödeme usulüylekısıtlı olduğugörüntüsü vermektedir. Söz konusu eski tarihli anlaşmaların çoğu SBCB tarafından yapılmıştır ve günümüzde hâlâ yürürlüktedir. Örneğin, SSCB-Belçika İkili Yatırım Anlaşması’nın m.10 “*Bir Akit Taraf ile diğer Akit Tarafın yatırımcısı arasında Madde V kapsamında ödenecek tazminatın miktar ve ödeme usulüne ilişkin tüm anlaşmazlıklar yatırımcının uyuşmazlığa taraf olan diğer Tarafa ayrıntılı açıklamalarla birlikte gönderdiği yazılı bir bildirimle konu olacaktır*” ya da SSCB-Birleşik Krallık İkili Yatırım Anlaşması’nın m.8 “*Bu madde hükümleri Bir Akit Taraf ile Diğer Akit Tarafın yatırımcısı arasında Madde IV veya V kapsamında ödenecek tazminatın miktar ve ödeme usulüne veya Madde 5 çerçevesinde kamulaştırma kararıyla ilgili tüm hususlar veya Madde 6 kapsamında uygulamama veya yanlış uygulamanın sonuçlarıyla ilgili tüm hukuki uyuşmazlıklara uygulanacaktır*”. SSCB’nin taraf olduğu çoğu ikili yatırım anlaşmalarında uyuşmazlıkların milletlerarası tahkimde çözümlenmesine ilişkin rıza şartı kapsam bakımından aynı olduğu söylenebilir. Bahse konu hükümlerin yorumlanmasının milletlerarası tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar ışığında değerlendirmemiz yerinde olacaktır. İlk olarak, *Berschader v. Russiatahkim* davasında⁶⁰⁹ hakem heyeti SSCB-Belçika İkili Yatırım Anlaşması’nın 10. maddesiyle ilgili açıklamada bulunmuştur. Bahse konu uyuşmazlık Belçika tabiiyetindeki bir inşaat şirketinin Moskova’da bulunan Yüksek Mahkeme binasının yapımıyla ilgili inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır⁶¹⁰. Davacı Belçikalı şirket yerel yönetimin ikili yatırım anlaşması kapsamında düzenlenen birkaç hükmün (en çok gözetilen hüküm kaydı, adil ve eşit muamele) ihlal ettiği iddiasında bulunarak Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü’ne başvuruda bulunmuştur. Buna karşın davalı Rusya ikili yatırım anlaşmasının 10. maddesi kapsamında tahkimin yargılama yetkisi bulunmadığını beyan etmiştir. Bu bağlamda Rusya bahse konu anlaşmanın 10. maddesini dar şekilde yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Rusya’ya göre kamulaştırma tedbirlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından ancak tazminatın miktarı ve ödeme usulüyle ilgili uyuşmazlıklar milletlerarası tahkimde görülebileceğini ifade etmiştir⁶¹¹. Tahkim heyetine göre,

⁶⁰⁸Rusya-Almanya İkili Yatırım Anlaşması (1991) m.10/1, Rusya-Avusturya İkili Yatırım Anlaşması (1991) m. 871, Rusya-Danimarka İkili Yatırım Anlaşması (1996) m.9/1, Rusya-İtalya İkili Yatırım Anlaşması (2000) m. 9/1, Rusya-Japonya İkili Yatırım Anlaşması (2000) m.11/1, Rusya-Norveç İkili Yatırım Anlaşması (1998), Rusya-Birleşik Krallık İkili Yatırım Anlaşması (1991) m.8/1.

⁶⁰⁹ Vladimir Berschader and Moise Berschader v. The Russian Federation, SCC, Case No. 080/2004, 21.04.2006.

⁶¹⁰ Berschader v. Russia, para. 5-10.

⁶¹¹ Berschader v. Russia, para 49.

tahkimin yargılama yetkisi, anlaşmanın 5.maddesinden ziyade anlaşmadan kaynaklanan tüm hükümleri kapsamaktadır. Ancak tahkim heyeti anlaşmanın 10. maddesinin uygulama alanının 5. madde hükmüyani “tazminatın miktar ve ödeme usulü” ile kısıtlandığını ve bu nedenle söz konusu hükmün tahkimin yargılama yetkisi bakımından sınırlayıcı nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Bu çerçevede hakem heyeti SSCB’nin ikili yatırım anlaşmasının imzaladığı yıllardaSSCB’nin milletlerarası tahkimi kısıtlı bir şekilde kabul ettiğini vebu kapsamda kamulaştırmaya ilişkin her hususun zorunlu olarak devlet mahkemelerince incelendiğini belirtmiştir. Bununla birlikte hakem heyeti SSCB’nin 1989 ve 1990 yılları aralığında taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında tahkimin yargılama yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin benzer hükümler getirildiğine dikkati çekmiştir⁶¹². Görüldüğü üzere tahkim heyeti ikili yatırım anlaşması bağlamında tahkimin yargılama yetkisinin kapsamının belirlenmesinde ancak anlaşma hükümleriyle bağlı kalmamıştır. Bu bağlamda tahkim heyeti kamulaştırmaya ilişkin SSCB’nin devlet mahkeme uygulamaları yanı sıra ikili yatırım anlaşmalarına ilişkin uygulamalarını da değerlendirmiştir. Tahkim heyetine göre devletin kamulaştırmaya ilişkin uygulamaları tahkimin yargılama yetkisinin belirlenmesi bakımından önemlidir ve dolayısıyla bu husus devletin egemenliği ilkesiyle de son derece uyumludur⁶¹³. Benzer şekilde *RosInvest v. Rusya* tahkim davasında tahkim heyeti uyuşmazlığın çözümü bakımından yargılama yetkisi kapsamını iki başlık altında incelemiştir. Bunlar “*Madde IV veya V kapsamında ödenecek tazminatın miktar ve ödeme usulü*” ve “*Madde 5 çerçevesinde kamulaştırma önlemleriyle ilgili tüm hususlar*”dır. Tahkim heyeti ilk hususa ilişkin olarak tahkimin kamulaştırmaya ilişkin hususlarla ilgili “tazminatın miktar ve ödeme usulü”nün kısıtlayıcı nitelikte olduğunu, bu nedenle tahkimin ikili yatırım anlaşması kapsamında kamulaştırmanın gerçekleşip gerçekleşmediği ve kamulaştırmanın yasal olup olmadığı konusunda yargılama yetkisi bulunmadığını belirtmiştir. Tahkim heyeti “*Madde 5 çerçevesinde kamulaştırma kararıyla ilgili tüm hususlar*” bakımında da kamulaştırmanın gerçekleştirip gerçekleştirmediği konusunda yargılama yetkisinin olmadığı sonucuna varmıştır⁶¹⁴.

⁶¹² Berschader v. Russia, para 153-155.

⁶¹³ Bkz, M. Valent (2013). The scope of an investment treaty dispute resolution clause: It is not a question of interpretation, *Arbitration International*, 29(2), 253.

⁶¹⁴ RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No.V079/2005, paras.105-123.

Öte yandan *Renta 4 S.V.S.A v. Rusya* tahkim davasında⁶¹⁵ tahkim heyeti kamulaştırma ile ilgili “tazminatın miktar ve ödeme usulü” ile ilgili farklı yaklaşım ortaya koymuştur. *Renta 4 S.V.* Sdört ayrı sermaye hisselerinden oluşan ve ana şirket konumunda bulunan bir İspanya şirketi konumundadır. Davacı *Renta 4 S.A.S*, Rusya’nın *Yukos Oil* şirketine yasadışı yolla el koyduğunu ve bundan dolayı söz konusu şirkette bulunan hisselerinin kamulaştırıldığı iddiasıyla Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü’ne başvuruda bulunmuştur⁶¹⁶. Rusya, “tazminatın miktar ve ödeme usulü” ne ilişkin olarak şöyle öneride bulunmuştur. Buna göre makul tazminat (*compensation due*) ile “tazminatın miktar ve ödeme usulü” eşit anlamda kullanılmalıdır. Ancak tahkim heyeti, Rusya’nın konuya ilişkin yaklaşımını ikna edici bulmamıştır. Tahkim heyeti, Rusya’nın tahkim heyetinden 10.madde hükmünün (uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükmün) dar anlamda yani, kamulaştırma tedbirlerinin uluslararası hukuk normlarına uygun olmasının milletlerarası tahkim yargılama yetkisi dışında mütalaa etmesinin beklemesinin doğru yaklaşım olmadığını ifade etmiştir. Buna göre söz konusu uyuşmazlığın çözümüne ilişkin hükmün ağırlıklı olarak dar bir şekilde mütalaa yasadışı kamulaştırmaya ilişkin uluslararası hukuk normlarının uygulanması devre dışı bırakma sonucuna götürecektir⁶¹⁷. Hakem heyeti incelemesinin devamında kamulaştırmanın Rusya mevzuatına uygun olup olmadığına ilişkin değerlendirmede bulunmadığını ve bunun aksine Rusya’nın kamulaştırma sonucunda uluslararası hukuku ihlal ederek davacıyı yeterince tazminat (*adequate compensation*) sağlayıp sağlamadığı üzerinde değerlendirme yapacağını belirtmiştir⁶¹⁸. Bununla birlikte tahkim heyeti *RosInvest v. Rusya* tahkim kararına ilişkin eleştiride bulunmuştur. Buna göre *RosInvest v. Rusya* tahkim kararında tahkim heyeti ödeme ile kamulaştırma arasındaki bağlantı veya ödemeye sebebiyet veren gerçek nedenler üzerinde değerlendirme yapmamıştır⁶¹⁹.

Görüldüğü üzere Rusya’nın 1989 ve 1990 tarihleri aralığında taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında milletlerarası tahkime gitme konusunda rıza şartı kapsamı kısıtlanmıştır (kamulaştırmaya ilişkin tazminatın miktarı ve ödeme usulü). Bu noktada belirtelim ki, Sovyetler Birliği döneminde yabancı yatırımcılara daha iyi koruma içeren hükümler veya geniş yatırımcı-devlet tahkimi sunan yatırım anlaşmaları benimsendiği söylenemez.

⁶¹⁵ *Renta 4 S.V.S.A and others v. The Russian Federation*, SCC No. 24/2007.

⁶¹⁶ *Renta 4 S.V.S.A and others v. The Russian Federation*, para. 1-4.

⁶¹⁷ *Renta 4 S.V.S.A and others v. The Russian Federation*, para. 44.

⁶¹⁸ *Renta 4 S.V.S.A and others v. The Russian Federation*, para. 45.

⁶¹⁹ *Renta 4 S.V.S.A and others v. The Russian Federation*, para. 48.

Bu bağlamda Rusya'nın yatırımcı-devlet arasında daha iyi denge sağlayan İkili Yatırım Anlaşması Modeli benimsemeden ziyade SB'nın yabancı yatırımcılara sergilediği geleceği devam ettirdiği söylenebilir. Aslında Rusya'nın milletlerarası düzeyde yatırımcı-devlet tahkimine ilişkin sergilediği tavır ile ikili yatırım anlaşmalarıyla paralellik arz etmektedir. Özellikle Rusya UNCITRAL tarafından başlatılan milletlerarası düzeyde uyuşmazlıkların çözülmesine ilişkin çalışmalara katı bir şekilde karşı çıkmış, yatırımcı-devlet tahkiminin güçlendirilmesi konusunda devletlere esneklik sağlanması ve bunun gizlilik içerisinde yapılması gerektiğini ısrarla vurgulamış ve devletlere milletlerarası anlaşma uygulamalarında tek taraflı karar vermesine izin verilmesi gerektiği şeklinde öneride bulunmuştur⁶²⁰.

1990'dan sonraki dönemlerde Rusya'nın taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarda uyuşmazlıkların çözümü bakımından milletlerarası tahkimin yargılama yetkisinin kapsamı genişletilmesine rağmen tahkimin yargılama yetkisine ilişkin bazı hususlar belirsizliğini sürdürmektedir. Dolayısıyla Rusya Model İkili Yatırım Anlaşması'nın da hangi uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası tahkime gidilebileceği konusunun açıklığa kavuşturulduğu söylenmez. Şöyle ki, Rusya Model İkili Yatırım Anlaşması'nda milletlerarası tahkimin yetkisi ancak ikili yatırım anlaşmasının maddi hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından mı ya da yatırımcı-devlet sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları da içerip içermediği konusu belirsizdir⁶²¹. Oysa Rusya Model İkili Yatırım Anlaşması'nın m.8/1 kapsamında “*uyuşmazlıklar sermaye yatırımlarından kaynaklanan*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu anlamda “*sermaye yatırımlarından kaynaklanan*” hükmünün hem maddi hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar hem de yatırımcı-devlet sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları içerecek şekilde geniş yorumlanması zordur.

1.4.2.2. Bekleme (müzakere) süresi

Genel olarak Rusya'nın taraf olduğunu gerek ikili yatırım anlaşmalarında gerek çok taraflı yatırım anlaşmalarında Rusya'nın uyuşmazlıkların çözümü bakımından milletlerarası tahkime sunulabilmesi bekleme süresine (*waiting period or cooling off period*) bağlıdır. Bahse konu süre yatırım anlaşmalarında değişiklik göstermekle birlikte Rusya'nın

⁶²⁰ A. Robert (2018). Symposium on the BRICS approach to the investment treaty system: Investment treaties and the reform matrix, *American Journal of International Law*, Vol 112, 195.

⁶²¹ OECD (2006 m). Russian Federation: Enhancing policy transparency, OECD Investment Policy Reviews, 74.

taraf olduğu birçok ikili anlaşmalarda bekleme süresi 6 aylık⁶²², birkaç ikili yatırım anlaşmalarında⁶²³ 3 aylık ve bir ikili yatırım anlaşmasında⁶²⁴ 5 aylık süreye tabi tutulmuştur. Diğer ikili yatırım anlaşmalardan farklı olarak, Rusya-Japonya İkili Yatırım Anlaşması'nda milletlerarası tahkime erişim bakımından bekleme süresi düzenlenmemiştir. Teorik olarak yabancı yatırımcı en çok gözetilen ulus kaydı hükmünden hareketle diğer ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen kendi lehine olan hükümlerden yararlanarak bekleme süresini doldurmadan milletlerarası tahkime gidebilmesi mümkündür. Ancak *Maffezini v. İspanya* ve *Siemens v. Arjantin* tahkim kararları en çok gözetilen ulus kaydı kapsamında söz konusu süreyi doldurmadan milletlerarası tahkime erişimin mümkün olduğunu ortaya koymuş olmalarına rağmen milletlerarası tahkim mahkemeleri en çok gözetilen ulus kaydının uygulanmasını sıkı şartlara tabi tutmaktadır.

Kural olarak, yabancı yatırımcıdan bekleme süresi boyunca ev sahibi devlet mahkemelerine uyuşmazlıkla ilgili başvuruda bulunma şartı aranmamaktadır. Yabancı yatırımcı bekleme süresini doldurduktan sonra uyuşmazlığı milletlerarası tahkime sunabilmektedir⁶²⁵. Örneğin, Rus yatırımcının taraf olduğu *Sergei Paushok v. Moğolistan* tahkim davasında⁶²⁶ davalı olarak Moğolistan davacı *Sergei Paushok*'un Rusya-Moğolistan İkili Yatırım Anlaşması'yla getirilen bekleme süresini doldurmadan milletlerarası tahkime başvuruda bulunduğunu ileri sürmüştür. Dolayısıyla Moğolistan davacının, uyuşmazlık hakkında Moğolistan yetkililer ayrıntılı şekilde yazılı bilgilendirme yapmadığını ve bu nedenden ötürü tahkim heyetinin yargılama yetkisinin oluşmadığı iddiasında bulunmuştur⁶²⁷. Buna karşın davacı 6 aylık bekleme süresini doldurduktan sonra tahkime başvuruda bulunduğunu, iki taraflı yatırım anlaşmasının 6.maddesinde öngörüldüğü şekilde uyuşmazlık konusunda Moğolistan yetkililere ayrıntılı şekilde yazılı bilgilendirme gönderdiğini ve bekleme süresinin yargılamaya ilişkin şart olmadığını beyan etmiştir⁶²⁸. Tahkim

⁶²²Rusya-Albania İkili Yatırım Anlaşması (1996) m.6, Rusya-Türkiye İkili Yatırım Anlaşması m.10/2, Rusya-Gürcistan İkili Yatırım Anlaşması (2005) m.7, Rusya-Kanada İkili Yatırım Anlaşması m.9/2, Rusya-Çin İkili Yatırım Anlaşması m.9/2, Rusya-Çek İkili Yatırım Anlaşması (1996) m.8/2, Rusya-İtalya İkili Yatırım Anlaşması (2000) m.9/2, Rusya-Katar İkili Yatırım Anlaşması (2009) m.9/2, Rusya-Özbekistan İkili Yatırım Anlaşması (2013) m.8/2, Rusya-Yemen İkili Yatırım Anlaşması (2005) m.8/2.

⁶²³Rusya- Avusturya İkili Yatırım Anlaşması (1991) m.7/2, Rusya-Finlandiya İkili Yatırım Anlaşması (1991) m.8/2, Rusya-Kore İkili Yatırım Anlaşması (1991) m.9/2, Rusya-Birleşik Krallık İkili Yatırım Anlaşması (1991) m.8/2.

⁶²⁴Rusya-Venezuela İkili Yatırım Anlaşması (2009) m.9/2.

⁶²⁵Ch. Schreuer (2005 g). Calvo's grandchildren: The return of local remedies in investment arbitration, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*4, 3.

⁶²⁶Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia, UNCITRA, Award on Jurisdiction and Liability.

⁶²⁷Sergei Paushok v. Mongolia, para. 212.

⁶²⁸Sergei Paushok v. Mongolia, paras. 213-217.

heyeti kendi incelemesinde davacının üst yetkililer, bakanlar ve Moğolistan Cumhurbaşkanı da dâhil olmak üzere müzakereler sürdürdüğünü ancak olumlu yanıt alamadığı ve bu süre zarfında bekleme süresini doldurduğu sonucuna ulaşmıştır. Hakem heyetine göre, taraflar müzakere sürecine uymasalar bile bu süre daha önce sona ermiş olduğundan tahkimin yargılama yetkisini etkileyemeyecektir. Bu durumda tarafların bekleme süresine uymaması yargılama yetkisinde ziyade taraflar bakımından maddi zararlara yol açabilmektedir. Sonuç olarak, hakem heyeti davalı Moğolistan'ın 6 aylık bekleme süresinin bir savunma olarak ortaya koymasının hukuki temeli olmadığını belirtmiştir⁶²⁹.

Bekleme süresinin ne zamandan itibaren başlayacağının belirlenmesi önemlidir. *Western NIS Enterprise Fund v Ukrayna* tahkim davasında belirtildiği gibi uyuşmazlık hakkında ev sahibi ülkeyi uygun bir şekilde bilgilendirilmesi ev sahibi ülkenin tahkime gitme konusunda rıza şartının oluşumu bakımından önemli olduğu ifade edilmektedir. Bu süreçte ev sahibi ülke kendi yetkili gördüğü kurumlarca uyuşmazlığa ilişkin incelemede bulunmakta ve uyuşmazlığın müzakereler yoluyla çözümlenmesine yönelik girişimlerde bulunmaktadır⁶³⁰. Bekleme süresi yabancı yatırımcının iddia ettiği gibi hakkın ihlal edildiği tarihte değil, yabancı yatırımcının ev sahibi ülkeyi uyuşmazlık hakkında uygun bir şekilde bilgilendirmesiyle başlayacaktır⁶³¹. Örneğin, Rusya-Türkiye İkili Yatırım Anlaşmasının m.10 uyarınca "... yatırımcının uyuşmazlığa taraf olan Akit Tarafa ayrıntılı açıklamalarla gönderdiği yazılı bir bildirim konu olacaktır". Madde hükmünde bekleme süresi ne zamandan itibaren başlayacağı açık olarak belirtilmemesine rağmen bekleme süresi yatırımcının ev sahibi ülkenin yetkili kurumlarına uyuşmazlıkla ilgili bilgilendirme yapmasıyla başlayacaktır. Yatırımcı ve ev sahibi ülke yetkili kurumlarının uyuşmazlıkla ilgili çözüm odaklı müzakereler yapması gerekmektedir.

⁶²⁹ Sergei Paushok v. Mongolia, paras. 218-221.

⁶³⁰ Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/04/2, Award, para.5.

⁶³¹ Ronald S. Laouder v. The Czech Republic, ICSID Report 62 (2006), para.185.

Günümüzde gerek tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlarda⁶³² gerek doktrinde⁶³³ bekleme süresinin yatırım anlaşmalarına konulma amacının açıklığa kavuşturulduğu söylenemez. İlk yaklaşıma göre bekleme süresi tarafların uyuşmazlığının müzakere ve uzlaşma yoluyla çözümlenmesi amacıyla konulmaktadır. Ancak bekleme süresinin kısa olması uyuşmazlığın müzakere yoluyla çözümlenme olasılığını azaltmaktadır. Bunun da ötesinde milletlerarası düzeyde tarafların söz konusu bekleme süresininverimli bir şekilde kullanmasına ilişkin herhangi bir kılavuz bulunduğu söylenemez. Bu anlamda tarafların uyuşmazlığın çözümü bakımından tahkim ve uzlaşma dışında diğer alternatif yollarla çözümlenmesine ilişkin hususlarda yatırımcı –devlet tahkim kurallarının yol gösterici olabilmesi zordur. Durum böyle olunca taraflar bekleme sürecinde tahkim odaklı hareket ettiğinden taraflar arasındaki gerilim yumuşamaktan ziyade daha da yükselmektedir⁶³⁴. Diğer bir eleştirilen nokta da, bekleme süresinin niteliğine ilişkindir. Bekleme süresi yerine müzakere süresi olarak isimlendirme doğru yaklaşım olacaktır ve bu ikili yatırım anlaşmalarının amacına uygun şekilde milletlerarası tahkime erişim bakımından aşırı gecikmelerin önüne geçmiş olacaktır⁶³⁵. İkinci bir yaklaşıma göre ise bekleme süresi uyuşmazlıkları ev sahibi ülke mahkemelerinde çözme amacı gütmektedir⁶³⁶. Bu nedenle bekleme süresinin iç hukuk yollarını tüketmeye teşvik amacıyla konulduğu ifade edilmektedir. Bekleme süresi, ev sahibi ülkenin iç hukuk yollarını tüketme şartı benzeri bir zorunlu şart olarak da görülebilmektedir. Ancak bekleme süresinin kısıtlı olması söz konusu hükmün gerek ev sahibi devlet gerek yabancı yatırımcıya yarar sağlayacağını söylemek mümkün değildir. Özellikle ev sahibi ülke mahkemelerinde davaların uzun sürede sonuçlandırıldığı dikkate alındığında konunun önemi daha da artmaktadır.

⁶³² Milletlerarası tahkim uygulamalarında bekleme süresinin usule ilişkin hüküm ya da tahkimin yargılama yetkisi bakımından önem taşıyan bir şart olduğu konusunda görüş ayrılığı mevcuttur. Bkz, Impregilo SpA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/07/17, Concurring and Dissenting Opinion by Prof Brigitte Stern, paras 82–83, Murphy Exploration and Production Company International v Republic of Ecuador, ICSID Case No ARB/08/4, Award, paras 149–57, Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (14 January 2004) para 88.

⁶³³ A. Ganesh (2017). Cooling off period (Investment Arbitration), Max Plank Institute Luxemburg, Working Paper 7; J. Troya (2014) Cooling – off periods in investment treaty arbitration: An opportunity to negotiate or a mere formality? Views from a negotiative perspective, Harvard Law School, Master Thesis; V. Heiskanen (2014). Menage a trois? Jurisdiction, admissionability and competence in investment treaty arbitration, *ICSID Review* 28(1).

⁶³⁴ W. Kumberg, J. Lack and M. Leathers (2014). Enabling early settlement in investor-state arbitration: the time to introduce mediation has come, *ICSID Review* 29 (1), 136.

⁶³⁵ UNCTAD (2010 g) Investor-state disputes: Prevention and alternatives to arbitration, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 48.

⁶³⁶ Schreuer, 2005g, a.g.k., s 4.

1.4.2.3. Yolun çatallaşması (seçime bağlı hükümler)

Rusya'nın taraf olduğu eski tarihli çok taraflı ve ikili taraflı yatırım anlaşmalarında yolun çatallaşmasına ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Ancak son dönemlerde yapılan çok taraflı ve iki taraflı yatırım anlaşmaların birçoğunda yolun çatallaşması hükmü sıkça görülebilmektedir. Örneğin, Rusya-Türkiye İkili Yatırım Anlaşmasının m.10/2 uyarınca “... uyuşmazlık tetkik edilmesi için aşağıdaki mercilere sunulabilir:

- a) Yatırım ülkesinde yapıldığı Akıt Tarafın yetkili mahkemesi veya tahkim mahkemesi
- b) Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü
- c) Bileşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun Tahkim Kurallarına (UNCITRAL) göre bu maksatla kurulacak bir tahkim mahkemesi ”

Madde hükmünün devamında ise “yetkili bir mahkemenin kararı ya da tahkim kararı her iki taraf açısından kesin ve bağlayıcı olacağı ” ifade edilmektedir. Başka bir deyişle, uyuşmazlık yerel mahkemede görüldükten sonra söz konusu uyuşmazlık bakımından milletlerarası tahkim yolu kapanmış olacaktır. Bu bağlamda yabancı yatırımcının uyuşmazlığın çözümü bakımından ev sahibi ülke mahkemelerine veya milletlerarası tahkim mahkemelerine başvuru yapacağı konusunda tercih yapması gerekmektedir. Uyuşmazlık ev sahibi ülke yerel mahkemeleri veya milletlerarası tahkimde görüldükten sonra verilen karar taraflar açısından bağlayıcı ve kesin olacaktır⁶³⁷.

Seçime bağlı hükümler Rusya'nın taraf olduğu çok taraflı yatırım anlaşmalarında da bulunmaktadır⁶³⁸. Avrasya Ekonomik Topluluğu Anlaşması'nın VII. bölüm 6.maddesi kapsamında yabancı yatırımcının seçime bağlı olarak uyuşmazlığa bakmaya yetkili devlet mahkemesi, taraflarca kararlaştırılan herhangi bir devlet ticaret odasında bulunan milletlerarası ticaret tahkimi, Bileşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun Tahkim Kurallarına (UNCITRAL) göre oluşturulan bir tahkim mahkemesi veya ICSID tahkiminde çözümleyebilecekleri belirtilmektedir. Hükmün devamında uyuşmazlığın devlet mahkemesi veya herhangi bir devlet ticaret odasında bulunan milletlerarası ticari

⁶³⁷ Bkz, Dolzer and Shreuer, 2014b, a.g.k., 267; Schreuer, 2004ç, a.g.k.,240-249; K. Vandevelde (2010). Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation, Oxford: Oxford University Press, 441; D. Wong (2017). From redundancy to resurgence: Revisiting the local remedy rule in international investment arbitration, *Singapur Law Review* 39, 120; Murphey Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador, Expert Opinion, para.26.

⁶³⁸ Avrasya Ekonomik Topluluğu – Vietnam Serbest Ticaret Anlaşması m.8.38, Avrasya Anlaşması m.9, Enerji Şartı Anlaşması m.26.

tahkimde görülmesi durumunda yabancı yatırımcının diğer mahkeme veya milletlerarası tahkime gitme hakkını kaybedeceği belirtilmektedir.

Yabancı yatırımcı tarafından ev sahibi ülke mahkemesine taşınan her konu seçime bağlı hüküm kapsamında değerlendirilemez. Örneğin, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Rusya* tahkim davasında davalı Rusya, Rusya'nın Enerji Şartı Anlaşması'nın 26 (3)(b)(i)⁶³⁹ bandına ilişkin çekince koyduğunu hatırlatmıştır. Bahse konu hüküm kapsamında Rusya mahkemeleri veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde görülen uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası tahkim yolu engelleneceğine ilişkin hüküm içermektedir. Davalı Rusya'ya göre Enerji Şartı Anlaşması kapsamında "uyuşmazlık" kavramına açıklık getirilmemiştir. Bu sebeple söz konusu uyuşmazlık aynı taraflarla ilgili aynı maddi vaka ve hasarlar şeklinde yorumlanmalıdır. Bununla birlikte Rusya Enerji Şartı Anlaşması kapsamında "uyuşmazlık" kavramının çok kısıtlayıcı şekilde yorumlanması yolun çatallaşması hükmünün amaç ve kapsamını aşacağını belirtmiştir. Rusya, Yukos'un Rusya mahkemelerine (Moskova Tahkim Mahkemesi, Moskova Bölgesel Tahkim Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi) birkaç başvuruda bulunduğunu, dolayısıyla Sayın Lebedev, Khodorkovsiy ve Yukos'un Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunduğunu, en önemlisi bahse konu mahkemelerde sunulan birkaç temel iddiaların tekrardan milletlerarası tahkimde sunulduğunu ileri sürmüştür⁶⁴⁰. Buna karşın davacı, yolun çatallaşması hükmünün (Enerji Şartı Anlaşması'nın m.26 (3)(b)(i)) üçlü teste (*triple identity*) tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir; tarafların kimlikleri (*identity of parties*), dava açma hakkı veren neden (*cause of action*) ve uyuşmazlık konusu (*object of the dispute*). Bu bağlamda davacı, gerek Rusya mahkemelerinde gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Enerji Şartı Anlaşması'nın III. bölüm hükümlerinin ihlal edildiği iddiasında bulunmamıştır⁶⁴¹. Tahkim heyeti davalı Rusya'nın savunmasını ikna edici bulmamıştır. Tahkim heyeti davacı savunmalarına önemli ölçüde katılarak, mevcut tahkim heyeti tarafından Rusya mahkemelerince verilen hiçbir kararın Rusya mevzuatına uygun olup olmadığına ilişkin tespitte bulunmadığını belirtmiştir. Hakem heyetine göre uyuşmazlığın esas konusunu davalı Rusya'nın davacının Enerji Şartı Anlaşması kapsamında düzenlenen haklarını ihlal edip etmediği oluşturmaktadır⁶⁴².

⁶³⁹ Buna göre "Yatırımcının, Paragraf (2)(a) veya (b) uyarınca uyuşmazlık çözümüne başvurması durumunda Ek ID'de adı geçen Anlaşma Tarafları, yukarıda belirtilen koşulsuz izni vermezler".

⁶⁴⁰Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia, paras. 587-591

⁶⁴¹ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia, paras. 592-597

⁶⁴² Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia, paras. 598-600

Görüldüğü üzere yabancı yatırımcı tarafından ev sahibi ülke mahkemelerine yapılan her türlü başvuru milletlerarası tahkim yolunu engellemez. Şayet öyle olsaydı büyük ölçüdeki uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası tahkim yolu kapanmış olurdu. Dolayısıyla son tarihlerde yapılan ikili yatırım anlaşmalarında ev sahibi ülke mahkemelerine etkili bir şekilde erişime ilişkin hükümler getirilmektedir. Belirtelim ki, ikili yatırım anlaşmalarıyla getirilen ev sahibi ülke mahkemelerine etkili erişim hakkı seçime bağlı hükümlerin uygulama alanını genişletmez. Şöyle ki, ikili yatırım anlaşmasında hem seçime bağlı hem de ev sahibi ülke mahkemelerinin etkili şekilde kullanımına ilişkin hükümlerin düzenlenmesi durumunda, söz konusu ev sahibi ülke mahkemelerinin etkili şekilde kullanmaya ilişkin hükmün yabancı yatırımcıya uyuşmazlığı ev sahibi ülke mahkemelerinde çözümlenmesini teşvik etmek suretiyle milletlerarası tahkim yolunun kapatılması şeklinde yorum kabul edilemez⁶⁴³. Seçime bağlı hükümler bağlamında milletlerarası tahkim yolunun kapatılması ancak ev sahibi ülke mahkemesinde görülen uyuşmazlığın konusu ikili yatırım anlaşması kapsamında düzenlenen hükümlerin ihlalinden kaynaklanması durumunda söz konusu olabilecektir.

1.4.3. Ulusal yatırım yasası kapsamında Rusya'nın milletlerarası tahkime rıza göstermesi

Yabancı yatırımlara ev sahipliği yapan gelişmekte olan ülkeler Rusya da dâhil olmak üzere yabancı yatırımları teşvik etme amacıyla ulusal yatırım kanunlarını kabul etmişlerdir. Bahse konu kanunlar yabancı yatırımcıların korunmasına ilişkin maddi hükümler yanı sıra usule ilişkin hükümler de içermektedir. Bu çerçevede söz konusu usule ilişkin hükümler bakımından üzerinde durulması gereken husus yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkindir. Genellikle yabancı yatırım kanunlarında düzenlenen devlet ve yabancı yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükmün ev sahibi ülkenin tek tarafı olarak yabancı yatırımcının milletlerarası tahkime gitme konusunda rıza gösterdiği şeklinde ifade edilmektedir⁶⁴⁴. Bununla birlikte ev sahibi ülkenin ulusal mevzuatı çerçevesinde tek tarafı olarak milletlerarası tahkime rıza göstermesine ilişkin olarak, ICSID Sözleşmesinin İcra Direktörlerinin Raporundata raf rızalarının

⁶⁴³ UNCTAD, 2003e, a.g.k., 11-13; Schreuer, 2008f, a.g.k., 249; Y. Andreeva (2011). Interpreting consent to arbitration as unilateral act of state: A case against conventions, *Arbitration International*, 27(2), 129-148; M. Potesta (2011). The interpretation of consent to ICSID arbitration contained in domestic investment laws, *Arbitration International*, 27(2), 149-170.

⁶⁴⁴ Schreuer, 2008f, a.g.k., 527.

düzenlenmesi tek bir hukuki enstrümanla yapılmasının zorunlu olmadığını ve ICSID Tahkimine gitme konusunda belirli yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından ev sahibi ülkelerin yatırım teşvik yasalarıyla öneride bulunabileceğini ve yabancı yatırımcının söz konusu öneriyi yazılı olarak kabul edebileceği beyan edilmiştir⁶⁴⁵. Ev sahibi ülkelerin yabancı yatırım kanunlarıyla getirdiği uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hüküm yatırım anlaşmalarında düzenlenen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlerden farklıdır. Şöyle ki, ev sahibi ülke yabancı yatırım yasalarında uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler aksı belirtilmedikçe tüm yabancı ülke yatırımcıları bakımından geçerli iken yatırım anlaşmalarında düzenlenen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükmün uygulama alanı belirli bir yabancı ülke yatırımcısıyla sınırlıdır. Başka bir deyişle, ev sahibi ülke yatırım kanunlarında düzenlenen uyuşmazlığın çözümüne ilişkin hükümler bakımından vatandaşlık şartı (*nationality requirment*) aranmamaktadır⁶⁴⁶.

Milletlerarası tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlarda ulusal yatırım kanunlarında düzenlenen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükmün ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkime rıza gösterip göstermediği konusunda görüş birliği olmadığı belirtilmelidir. Bazı tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlarda ev sahibi ülke yatırım kanununda düzenlenen hükümlerin açık ve kesin olması gerektiğine işaret edilirken⁶⁴⁷ diğerlerinde ise ulusal yatırım kanununda düzenlenen ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkime gitme konusundaki tek taraflı önerisini nasıl yorumlanacağı konusu üzerinde durulmaktadır⁶⁴⁸. Örneğin, *CSOB v. Slovakia* ve *Zhinvali v. Gürcistan* tahkim davasında⁶⁴⁹ tahkim heyeti ulusal yatırım yasasında düzenlenen ev sahibi ülkenin ICSID tahkimine rıza şartı uluslararası hukuka göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede

⁶⁴⁵Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the ICSID Convention, para 24, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/REPORT-OF-THE-EXECUTIVE-DIRECTORS-ON-THE-ICSID-CONVENTION.aspx>, (25.02.2019).

⁶⁴⁶ UNCTAD, 2003e, a.g.k., 13; Schreuer, 2008f, a.g.k., 527.

⁶⁴⁷ Bkz, *Trandex Hellas S.A v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on Jurisdiction; *Inceysa Vallisoletana S. L v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award; *Rumeli Telekom A.S. v. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award; *Biwater Gauff Ltd v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22.

⁶⁴⁸ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3; *CSOB v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objection to Jurisdiction; *Zhinvali Development Ltd v. Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1, Award.

⁶⁴⁹ *Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objection to Jurisdiction; *Zhinvali Development Ltd v. Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1, Award.

ev sahibi ülkenin ICSID tahkimine rıza sorunu, ulusal mevzuattan ziyade uluslararası hukuk bağlamında ICSID Sözleşmesinin m.26(1) hükmünden hareketle sonuçlandırılması gerektiğini⁶⁵⁰ belirtilmektedir.

Ev sahibi ülke yabancı yatırım kanunuyla getirilen yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükmün kapsam ve niteliği farklılık arz etmektedir. Rusya Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun 10.maddesinde yabancı yatırımcının Rusya Federasyonu’nda bulunan yatırım ve yatırım faaliyetiyle ilgili uyuşmazlıklarla ilgili uyuşmazlıkları Rusya Federasyonu’nun taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar ve federal yasalara uygun olarak yerel mahkeme, tahkim mahkemesi veya milletlerarası tahkim mahkemelerinde çözümlenebileceği öngörülmektedir. Benzer şekilde RF Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu’nun m. 1/5 uyarınca “*Rusya Federasyonu’nun taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar ve federal yasalarla belirlendiği durumlarda, bu madde kapsamında olmayan Rusya Federasyonu topraklarında bulunan yabancı yatırımlarla bağlantılı anlaşmazlıklar milletlerarası ticari tahkimde çözümlenebilir*”. Öncelikle belirtelim ki, bahse konu her iki kanunda da yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hüküm konu bakımından geniştir. Bu çerçevede yabancı yatırımcı, “yabancı yatırımlarla bağlantılı” uyuşmazlıkları milletlerarası tahkime götürebilmektedir. Ancak belirtelim ki, Rusya’nın gerek yabancı yatırım kanunu gerek milletlerarası ticari tahkim kanunu kapsamında yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların konu bakımından geniş tutma eğilimi Rusya’nın taraf olduğu çoğu ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarıyla uyumlu olmadığı söylenebilir. Daha önce görüldüğü üzere, Rusya’nın taraf olduğu çoğu ikili yatırım anlaşmalarında yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlık bakımından milletlerarası tahkime sunulabilecek konular kapsamı kısıtlı tutulmaktadır.

Genel olarak, ev sahibi ülkenin tek taraflı beyanı iyi niyetle, ev sahibi ülkenin amaçladığı doğal ve makul bir şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Bu bağlamda ulusal mevzuat ev sahibi ülke niyetinin değerlendirilmesi yararlı olabilmektedir⁶⁵¹. Madde hükmünden görüldüğü üzere Rusya belirli bir milletlerarası tahkim (ICSID, UNCITRAL, RF TSOMTT) ismini belirtmekten ziyade genel olarak tahkime atıfta bulunmaktadır. Böyle durumda yabancı yatırımcının bahse konu hükme dayanarak milletlere-

⁶⁵⁰ Ceskoslovenska v. Slovakia, para.35.

⁶⁵¹ Tidewater Inc & Others v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, para.102.5, Lighthouse Corporation v. Democratic Republic of Timor, ICSID Case No. ARB/15/2 para.151.

rası tahkime gitmesi zor gözükmetedir.Ev sahibi ülke mevzuatlarında düzenlendiği yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin hükümler tahkimin yargılama yetkisinin oluşması için ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcıya açık ve net şekilde milletlerarası tahkime gitme konusunda öneride bulunması gerekmektedir. Bahse konu hükümler genel anlamda öneri niteliği taşımakta ve yabancı yatırımcı ilgili kanunun yürürlükte olduğu müddetçe herhangi bir zamanda ev sahibi ülke önerisini kabul edebilmektedir⁶⁵². Yabancı yatırımcının ev sahibi ülke tarafından yöneltlen öneriyi kabulü belirli kurumsal tahkiminin belirlediği şekilde yapılabileceği gibi diğer şekillerde de yapılabilmektedir.

Rusya Federasyonu İmtiyaz Sözleşmeleri Hakkındaki Kanun'un 17.maddesi kapsamında imtiyaz anlaşmasına taraf yabancıların federal yasalara uygun olarak imtiyaz anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlıklara ilgili devlet tahkim mahkemeleri veya özel mahkemelere (*treyskiy sud*- yerel tahkim) gidebilecekleri düzenlenmektedir. Ancak Rusya tahkim mahkemeleri içtihatları ışığında imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkimde çözümlenmesinin mümkün olmadığını ve söz konusu uyuşmazlıkların ancak ulusal tahkim mahkemelerinde çözümlenebileceğini işaret etmektedir⁶⁵³.

Görüldüğü üzere Rusya Yabancı Yatırım Kanununda düzenlenen tahkim kaydı hukuki sonuç doğurmaktan ziyade sembolik anlam taşımaktadır. Böyle bir durumda yabancı yatırımlarla bağlantılı uyuşmazlıklar bakımından yabancı yatırımcıların ancak Rusya'nın taraf olduğu ikili yatırım anlaşmaları veya ayrı bir tahkim anlaşması yaparak milletlerarası tahkime gitmesi mümkün olmaktadır.

2. ÇİN HUKUKUNDA DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

2.1. Genel Olarak

Çin'e yabancı yatırım akışının artışıyla yabancı yatırımlardan ve milletlerarası ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların sayısı da oldukça artmıştır. Bu süreçte Çin, söz konusu uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından iç tahkimin ve milletlerarası ticari tahkimin güçlendirilmesine yönelik birtakım reformlar gerçekleştirmiştir. "Tek Kuşak,

⁶⁵² Schreuer, 2008f, a.g.k, 527; UNCITAD, 2003, a.g.k.,14.

⁶⁵³ St.Peterburg Committee for the Management of City Property v. LLC Nevskaya Concession Company, Commercial Court of for the North-Western Circuit, Case No. A56 – 45107/2013.

Tek Yol” projesi çerçevesinde Çin Yüksek Halk Mahkemesi tarafından ilk olarak Shenzhen, Şensi ve Gunagdong’da Milletlerarası Tahkim Mahkemesi oluşturulmuştur. Çin’in bu girişimi “Tek Kuşak, Tek Yol” projesinin etkili şekilde sürdürülmesi ve Çin hukukunda milletlerarası uyuşmazlık çözüm mekanizmasının geliştirilmesi amacıyla oluşturulduğu ifade edilmektedir. Bahse konu milletlerarası tahkim mahkemeleri, Çin Yüksek Halk Mahkemesi bünyesinde faaliyet yürütmektedir. Ancak Yüksek Halk Mahkemesi çatısı altında oluşturulan milletlerarası tahkim mahkemelerinin yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarından ziyade milletlerarası ticari uyuşmazlıklar bakımından yetkili olduğu ifade edilmektedir.

Öte yandan yabancı yatırımcının ev sahibi ülke mahkemelerine karşı güven sorunu, uyuşmazlığı tarafsız şekilde çözümlenmesine ilişkin endişeleri ve uyuşmazlığın çözümü bakımından uzmanlaşmamış olmaları yabancı yatırımcıların ev sahibi ülkeden bulunan yerel mahkemelere başvurma ihtimalini önemli ölçüde azaltmaktadır. Çin hükümeti yabancı yatırımcıları bir nebze de olsa tatmin etmek ve ülkenin yatırım itibarını korumak adına idari inceleme makamı ve yabancı yatırım başvuru merkezleri oluşturmuştur. İdari inceleme makamına başvurma, Çin’in taraf olduğu çoğu iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında uyuşmazlığın milletlerarası tahkime götürülmesi bakımından ön şart olarak düzenlenmektedir. Böylece Çin yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları özel olarak oluşturduğu makamlar aracılığıyla süzgeçten geçirerek söz konusu uyuşmazlığı milletlerarası tahkime gitmeden önce çözüme kavuşturmaktadır. Çin’in benimsediği uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bu mekanizmanın hukuki niteliği tartışılabilir; yalnız ileride görüleceği üzere uyuşmazlık çözümü bakımından yetkilendirilen idari inceleme makamı ve yatırım başvuru merkezi çözüm odaklı hareket ettiği için taraflarca uyuşmazlık konusunda uzlaşma sağlamaktadır.

Çin hukukunda tahkim yolu, gerek yabancı yatırımlardan gerek ticari uyuşmazlıklar bakımından en çok tercih edilen alternatif çözüm yoludur. Bu bağlamda, 1994 tarihli Çin Tahkim Kanunu⁶⁵⁴ iç tahkim ve milletlerarası tahkime ilişkin hususları düzenlemektedir. Çin Tahkim Kanunu önemli ölçüde *UNCITRAL* Model Kanunu ve *New York Sözleşmesi*’ni esas almaktadır. Kanunun uluslararası prensipleri benimsemiş olmasına rağmen birkaç noktada tutarsızlıkların bulunduğu ifade edilmektedir⁶⁵⁵. Bu konu üzerindeileride

⁶⁵⁴ Çin Halk Cumhuriyeti Tahkim Kanunu, Çin Halk Cumhuriyeti Kararnamesi No.31, <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201312/20131200432698.shtml>, (Erişim tarihi: 14.03.2019).

⁶⁵⁵ G. Tu (2016). *Private international law in China*, Singapore: SpringerScience, 178.

ayrıntılı durulacaktır⁶⁵⁶r.Çalışmamızın bu kısmında ilk olarak yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların Çin mahkemelerinde görülmesi incelenecektir. Ardından Çin’de bulunan milletlerarası tahkim kurumları ve onların yargılama yetkisi üzerinde durulacaktır.

2.2. Yerel Mahkemeler

Genel olarak ev sahibi ülkenin bağımsız bir yargılama sitemine sahip olmasının gerek yabancı gerek yerel yatırımcılar açısından önemli olduğu ve özellikle ekonomik öngörülebilirlik bakımından önem taşıdığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda bağımsız mahkemelere gideceğini bilen yatırımcılar daha fazla piyasa katılımcısıyla işlem yapmakta ve aynı zamanda devletin keyfi uygulamalarına maruz kalma konusunda daha az endişe duymaktadır. Bunun da ötesinde ev sahibi ülkeler piyasa güvenini kazanabilmek için ekonomik konularda kendine karşı karar verebilen mahkemeler de oluşturabilmektedir⁶⁵⁷.

Çin’de bulunan yabancı yatırımcılar zorunluluk bulunmayınca Çin mahkemelerine başvurmaktan kaçınmaktadır. Çin mahkemelerine ilişkin izlenimler üç başlık altında toplanabilir⁶⁵⁸. İlk olarak, Çin mahkemelerine ilişkin genel izlenimin çoğunlukla devlet tarafından kontrol edildiği, şeffaflıktan yoksun olduğu ve yabancılara karşı önyargının olduğu ifade edilmektedir. İkinci olarak, Çin mevzuatında sıkça yapılan değişiklikler yatırımla bağlantılı uyuşmazlıklarla ilgili davalar üzerinde olumsuz etki yaratmaktadır ve bunun sonucunda söz konusu dava sonuçlarını öngörülemez hâle getirmektedir. Son olarak mahkeme kararlarının uygulanmasının Çin yargı sisteminin en zayıf noktalarından biri olduğu belirtilmektedir. Yabancı taraf kendi lehine Çin mahkemesinde karar çıkartmayı başarmasına rağmen söz konusu kararın uygulanmasıyla ilgili birkaç sorunla karşılaşması muhtemeldir ve bu onların Çin yargı sistemine olan güvenini sarsmaktadır.

Buna rağmen Çin hükümeti özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesi bakımından diğer uyuşmazlık yönetmelerine alternatif olarak ekonomi

⁶⁵⁶ Bkz. Aşa.

⁶⁵⁷ T. Ginsburg (2010). Juridical independence in East Asia, Implication for China, *Public Law and Legal Theory Working Papers*, N.295,4; L. Feng (2016) The future of judicial independence in China, Working Paper Series No.2, http://www6.cityu.edu.hk/cjer/lib/doc/paper/WK2_The_Future_of_Judicial_Independence_in_China.pdf, (Erişim tarihi: 13.03.2019).

⁶⁵⁸ R. Stockman (2011) International commercial arbitration in China: Issues surrounding the resolution of international commercial disputes through Chinese arbitration, *Willamette Journal of International Law and Disputes*, 19 (2), 337.

mahkemeleri oluşturmıştır. Çin Medeni Usul Kanunu'nun 246.maddesinde yabancı katılımlı şirketler de dâhil olmak üzere Çin mahkemelerinin özel yetkisine giren konular düzenlenmektedir. Yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesi taraf rızaları dışında ancak tahkim anlaşmasının olmaması veya tarafların uyuşmazlığı tahkimde çözümleneceği konusunda anlaşamamaları hâlinde söz konusu olabilmektedir (Çin Medeni Usul Kanunu m.139-140).

Ev sahibi ülke uyuşmazlığın çözümü bakımından yerel mahkemelere başvurmayı teşvik edebilir veya bunu zorunlu şart olarak düzenleyebilmektedir. Çin'in taraf olduğu çoğu ikili taraflı ve çok taraflı anlaşmalarda uyuşmazlığın çözümü bakımından ağırlıklı olarak milletlerarası tahkime erişiminde ön şart olarak, idari inceleme şartı düzenlenmektedir. Bahse konu idari inceleme şartı, ev sahibi ülkenin iç hukuk yollarını tüketme benzeri bir uygulama olduğu ifade edilmektedir⁶⁵⁹. Çin hükümet yetkilileri yabancı yatırımlarla ilgili uyuşmazlıkları dikkatli şekilde takip etmektedir. Bunun en önemli nedenleri arasında yabancı yatırımlarla ilgili uyuşmazlıkların Çin'in yatırım imajına zarar verme endişeleri yer almaktadır⁶⁶⁰. Çin hukukunda yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü, yerel mahkemelerden ziyade idari inceleme makamı ve yabancı yatırım başvuru merkezleri aracılığıyla çözümlenmektedir. İdari inlememe makamı birkaç nedenden ötürü idari davalara bakan mahkemelerden daha avantajlı konumdadır⁶⁶¹. Şöyle ki, gerek inceleme makamı gerek yabancı yatırım başvuru merkezleri uyuşmazlığın çözümü bakımından sıkı kurallara tabi tutulmamaktadır ve taraflar çözüm odaklı hareket

⁶⁵⁹ J. Stampalija (2015). Chinese bilateral investment treaties: A case of "internal fragmentation", *International Economic Law after a Global Crisis: A Tale of Fragmentation Disciplines*, (Editörler: L. Lim ve B. Mercuriyo), Cambridge: Cambridge University Press, 335; M. Chi (2013). Privileges domestic remedies in international investment dispute settlement, *Proceedings of Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol.107, 28.

⁶⁶⁰ W. Guiguo (2011). Chinese mechanisms for resolving investor-state disputes, *Jindal Journal of International Affairs*, 1(1), 208; Q. Hingdao, S. Azam, H. Mukhtar and A. Mumtaz (2017). A Comparative study of investor-state dispute settlement mechanisms: The case of China and Pakistan, *Journal of Law, Policy and Globalization*, Vol.67, 197.

⁶⁶¹ İlk olarak idari inceleme makamı birçok konudaki idari makamlar tarafından verilen kararları inceleyebilirken tüm idari anlaşmazlıklar mahkemede görülememektedir (Çin İdari Usul Hukuku Kanunu m.12). Bu nedenle idari inceleme makamının idari kararlara ilişkin inceleme yetkisinin mahkemelerden daha geniş olduğu kabul edilmektedir. İkinci olarak ise idari inceleme makamı idari kararları ayrıntılı şekilde inceleme yetkisine sahiptir. Şöyle ki, idari davalarda mahkemeler idari kararın yasalara uygun olup olmadığını incelerken idari inceleme makamı söz konusu idari kararın hem meşruluk hem de makul gerekçeyle dayandırılıp dayandırılmadığı konusunda değerlendirme yapmaktadır (İdari İnceleme Hakkındaki Kanun m.28). Son olarak, idari inceleme makamı mahkemelere kıyasla hızlı karar alabilmektedir. Bkz. Z. Hanhua (2005). *Administrative reconsideration jurisdictionalization: Theory, Practice and Reform*, Peking: Peking University Press, 407.

etmektedir. Ancak günümüzde Çin hukukunda idari kararlara karşı başvurulabilecek etkili koruma mekanizması anlamında idari inceleme makamı mahkemelere kıyasla avantajlı konumda olmasına rağmen kamu güveni ve desteğini toplayamamıştır⁶⁶². Bu bağlamda Çin hukukunda, kural olarak, yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar milletlerarası tahkime başvurmadan önce idari inceleme sürecine tabi tutulmaktadır. Çin'in benimsediği söz konusu idari inceleme sürecinin uyuşmazlıkla ilgili olmaktan ziyade siyasi odaklı bir çözüm olduğu söylenebilir ve bu nedenle uyuşmazlık yabancı yatırımcının milletlerarası tahkime gitmesinin son aşamasında engellenerek yabancı yatırımcıyla uzlaşma sağlanmaktadır.

Yabancı yatırımlarla ilgili uyuşmazlıklar esas itibarıyla idari makamların aldığı kararlardan kaynaklandığına göre (örneğin, yerel yönetimlerin ayrımcılık yapması, yabancı yatırımcının kötü muameleye maruz kalması veya yabancı yatırımların kamulaştırılması gibi) bu hususta Çin hukukunda düzenlenen idari davalara ilişkin hususlar üzerinde durulması gerekmektedir. Çin hukukunda idari davalara ilişkin hususlar İdari Usul Hukuku Kanunu'na göre yürütülmektedir. Bu bağlamda yabancı yatırımcı veya yabancı yatırımlı şirketler yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarına ilişkin olarak idari inceleme veya idari dava yoluna başvurabilmektedir⁶⁶³. Başvuru içerik bakımından belirli özel idari işlemler sonucunda yasal hak ve çıkarların ihlali veya idari makam tarafından alınan kararın yasadışı olmadığı iddiası veya bunun sonucunda mülki hakların etkilenmesi hâlinde söz konusu olabilmektedir (m.6). Bununla birlikte idari inceleme makamına tazminat talebinde de bulunulması mümkündür. İdari inceleme makamı tarafından alınan kararın uygulanması idari inceleme makamının kendisi tarafından veya mahkemeler aracılığıyla sağlanmaktadır (m.12). Genel olarak idari inceleme makamı tarafından kararla ilgili mahkemeye itiraz edilebilir. Ancak karşılıklı şartı gereği söz konusu hak kapsamını kısıtlanabilmektedir (m.14).

Kanunun 12.maddesi kapsamında birkaç durumda hükümet kararlarına ilişkin idari dava açılmasına izin verilmemektedir. Bunlar: (1) devletin milli güvenlik ve dış işlerine ilişkin hususlarda aldığı kararlara karşı davalar, (2) idari kurumlar tarafından alınan genel

⁶⁶²Y. Weidong (2018). Can introduction of administrative reconsideration comities help reform China's system of administrative reconsideration, *University of Pennsylvania Asian Law Review*, Vol.13, 108.

⁶⁶³ İdari İnceleme Kanunu m.14 kapsamında idare inlemeyle ilgili başvurular vatandaşlar, tüzel kişiler ve yabancı organizasyonlar tarafında yapılabilmektedir. Administrative Reconsideration Law of People's Republic of China. Kanunun İngilizce metni için bkz, <http://www.lehmanlaw.com/resource-centre/laws-and-regulations/administration/administrative-reconsideration-law-of-the-peoples-republic-of-china-1999.html>, (Erişim tarihi: 12.03.2019).

nitelikteki kural ve düzenlemeler; (3) idari kurumların kendi personellerinin ödüllendirilmesi, cezalandırılmasına, görevlendirilmesine ve görevden alınmasına ilişkin kararlar; (4) kanun ile idari makam tarafından alınan nihai nitelikteki kararlara karşı davalar. Çin'in DTÖ'ne katılımından sonra birkaç hususta idari makamlar tarafından verilen nihai kararlara karşı mahkemeye başvurma hakkı tanınmıştır. Örneğin, 2000'de Patent Kanunu'nda düzenlenen patent inceleme komisyonu tarafından verilen kararların nihai nitelikte olduğuna ilişkin madde kaldırılmıştır⁶⁶⁴.

2.3. Milletlerarası Tahkim Mahkemeleri

Günümüzde Çin'in yabancı yatırımlara hem ev sahipliği yapan ülke olarak hem de yabancı yatırım ihraç eden ülke olarak önemli konumda bulunmasına paralel olarak, Çin'de milletlerarası ticari uyuşmazlıklar ve milletlerarası yatırım uyuşmazlıklarının çözüme kavuşturulması bakımından birçok tahkim kurumları faaliyet yürütmektedir. Çin Halk Cumhuriyeti Devlet Konseyi Hukuk Ofisine göre 2017 yılında Çin'in büyük şehirlerinde 235 tahkim komisyonu faaliyet yürüttüğünü açıklamıştır⁶⁶⁵. Bunların arasında Çin Ekonomik ve Tahkim Komisyonu (*China International Economic and Trade Arbitration Commission - CIETAC*), Pekin Milletlerarası Tahkim Merkezi veya Pekin Tahkim Komisyonu (*Beijing Arbitration Commission – BAC*), Shenzhen Milletlerarası Tahkim Mahkemesi (*Shenzhen International Court of Arbitration - SCIA*), Şanghay Milletlerarası Ekonomik ve Ticaret Tahkim Komisyonu (*Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission - SHIAC*), Çin Deniz Ticaret Tahkim Komisyonu (*China Maritime Arbitration Commission - CMAC*) milletlerarası camiada kabul edilen ve Asya Pasifik Bölgesi'nde önde gelen tahkim olarak bilinmektedir. Bahse konu tahkimler gerek konu gerek tahkim yargılamasının Çin hukuku çerçevesinde cereyan etmesinden dolayı milletlerarası tahkimden ziyade milli tahkim niteliği taşımaktadır.

Çin hukukunda genel olarak çoğu ülke hukuklarında benimsenen iç tahkim ve milletlerarası tahkim arasında ayırım yapmaya yarayan veya yabancı tahkim kararının tespiti ilişkin hususlar (tahkimin oturum yeri ve tahkimin tabiiyetine ilişkin kıstaslar) farklılık arz etmektedir. Çin hukukunda tahkime konu uyuşmazlığın iç tahkimde veya millet-

⁶⁶⁴ Patent Law of People's Republic of China, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn028en.pdf>, (Erişim tarihi: 13.03.2019).

⁶⁶⁵ The State Counsel of the People's Republic of China, <http://english.gov.cn/>, (Erişim tarihi: 14.03.2019).

lerarası tahkimde çözümleneceği söz konusu uyuşmazlığın yabancı unsuru içerip içermesinden hareketle tespit edilmektedir⁶⁶⁶. Yabancılık unsuru; taraflardan birinin yerleşim yeri Çin'in dışında bulunması halinde yabancı ülke vatandaşı, vatansızlar veya tüzel kişiler⁶⁶⁷, özel hukuk ilişkisinin ortaya çıkması, değiştirilmesi ve sona ermesinin yabancı ülkede gerçekleşmesi ile uyuşmazlık konusunun yabancı ülkede bulunması hâlinde söz konusu olabilmektedir⁶⁶⁸. Yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklar ise iç tahkimde çözümlenmektedir. Bu noktada belirtelim ki, 1996 yılında Çin Devlet Konseyinin yayınladığı bir bildiriyle iç tahkimde yabancı unsurlu davaların da görülmesine izin verilmiştir⁶⁶⁹. Benzer şekilde tamamen iç tahkime konu olabilecek davalar da milletlerarası tahkim komisyonlarında görülebilmektedir. Özellikle 1998 ve 2000 yılları aralığında Çin Ekonomik ve Ticaret Tahkim Komisyonu'nun (ÇETTK) iç tahkime konu olabilecek uyuşmazlıklar bakımından yargılama yetkisi genişletilmiştir.

2.3.1. Çin Ekonomi ve Ticari Tahkim Komisyonu Milletlerarası Yatırım Tahkim Merkezi

1954 tarihinde Dış Ticaret Komisyonu çatısı altında kurulan ÇETTK ilk başta taraflar arasındaki dış ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkları bakmaya yetkili kılınmıştır⁶⁷⁰. Günümüzde ÇETTK kurumsal yapı bakımından diğer milletlerarası tahkimlerle benzerlik arz etmektedir. 19.04.2017 tarihinde Çin Milletlerarası Ekonomi ve Ticaret Tahkim Komisyonu tarafından, Çin Milletlerarası Ekonomi ve Ticaret Tahkim Komisyonu'nun Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarına İlişkin Tahkim Kuralları yayınlamıştır. Bu yatırımcı-devlet milletlerarası uyuşmazlıklar bakımından ÇMETK'nun tahkim kuralları oluşturmaya yönelik bir girişim olarak görülebilir. ÇMETK'nun yatırımcı-devlet

⁶⁶⁶ G. Pisacane, L. Murphy and C. Zhang (2016). *Arbitration in China: Rules and perspectives*, Singapore: Springer Science, 3.

⁶⁶⁷ Çin hukukuna göre kurulan tüzel kişiler yabancı tüzel kişiler tarafından kurulmuş veya kontrol edilmesine bakılmaksızın Çin tüzel kişisi olarak kabul edilecektir. Bu bakımdan Çin-Yabancı Ortak Girişimleri, Tamamı Yabancı Sermayeli Şirketler veya Yabancı Katılımlı Ortak Şirketler Çin şirketi muamelesi görecektir.

⁶⁶⁸ Supreme People's Court (1992) Opinion of the Supreme People's Court on Certain Issues Concerning the Application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China, No.12.

⁶⁶⁹ Notice of the General Office of the State Council on Some Notable Issues Concerning Execution of the PRC Arbitration Law, Guobanfa No. 22.

⁶⁷⁰ G. Liu and A. Lourie (1995). International commercial arbitration in China: History, developments and current practice, *the John Marshal Law Review*, 28(3), 540.

tahkim kurallarını oluşturmasının iki nedenden ötürü önemli olduğu belirtilmektedir⁶⁷¹. İlk olarak, Çin'in yatırımcı-devlet tahkim kuralları oluşturmasının en önemli nedeni olarak, yurtdışında bulunan milletlerarası tahkim mahkemelerinin Çin mevzuatı ve uygulamaları konusunda önyargılı tutumuna bir karşılık olduğu ileri sürölmektedir. Bununla birlikte söz konusu tahkim kuralları yurtdışında bulunan Çin şirketlerinin çıkarlarının koruması yanı sıra "Tek Kuşak, Tek Yol" projesi kapsamında yabancı yatırım akışına hizmet edecektir.

Çin Milletlerarası Ekonomi ve Ticaret Tahkim Komisyonu'nun Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarına İlişkin Tahkim Kuralları ICSID Tahkimine benzer şekilde tarafların rıza şartına bağlı yargılama yetkisi getirmektedir. Bu bağlamda taraflardan biri yatırımcı iken diğerini ise devletler, milletlerarası kuruluşlar veya devletin diğer kurumları oluşturmaktadır (m.2). Tahkimin rıza yetkisi konusundaki rıza şartı tahkim anlaşması, milletlerarası anlaşmalar ve ulusal yasalara göre belirlenebilmektedir (m.2). Tahkim, yargılama yetkisi konusunda kendisi karar verecektir. Çin Milletlerarası Ekonomi ve Ticari Tahkim Komisyonu Yatırım Tahkimine başvurular Pekinde bulunan ÇMETTK Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezine veya Hong Kong'da bulunan ÇMETTK Tahkim Merkezine yapılabilmektedir. Her iki tahkim merkezinde de aynı tahkim kurallarına tabi tutulmaktadır. Taraflarca aksı belirtilmedikçe, Pekin Tahkim Merkezi kendi tahkim kurallarını uygulayacaktır (m.4).

Tahkim heyeti taraf isteklerine bağlı olarak tek, üç ve üçten fazla hakemden de oluşabilmektedir. Hakemler, ÇMETTK Milletlerarası Yatırım Tahkimi listesinden seçilebileceği gibi taraflar liste dışındaki hakemi de uyuşmazlığı çözümlenmesi için ÇMETTK Genel Sekreterinin onayı ile atayabilmektedirler (m.11-14). Taraflar aksı durum belirtmedikçe, tahkim yargılamasını Pekin, Hong Kong veya başka bir yerde yapılabilmektedir. Ancak genel olarak tahkim yargılaması New York Sözleşmesine taraf ölkede yapılmaktadır (m.28).

Yatırımcı-devlet arasındaki yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü bakımından milletlerarası yatırım tahkiminin (ICSID, UNCTAD) önemi giderek önem kazanmasına rağmen bugüne kadar Çin tahkim kurumlarından hiçbiribu konuda girişimde bulunmamıştı. ÇMETTK Milletlerarası Yatırım Takımı'nın kurulması, gerek

⁶⁷¹ The State Council of the People's Republic of China, China launches first investment arbitration rules to defend rights, http://english.gov.cn/news/video/2017/09/20/content_281475871634494.htm, (Erişim tarihi: 14.03.2019).

Çin’de bulunan tahkim kurumlarının yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konusunda gerek yurt dışında bulunan Çin şirketlerinin korunması konusunda önemli katkı sağlayacağı belirtilmelidir. Günümüzde ÇMETTK Milletlerarası Yatırım Takımı’nın milletlerarası düzeyde diğer milletlerarası tahkim kurumlarıyla özellikle ICSID tahkimiyle rekabet etmesi zor gözükse de en azından “Tek Kuşak Tek Yol” projesi kapsamında büyük bir potansiyele sahiptir.

2.3.2. Shenzhen Milletlerarası Tahkim Mahkemesi

1983 tarihinde Shenzhen Özel Ekonomi Bölgesinde oluşturulan Shenzhen Milletlerarası Tahkim Mahkemesi (SHMTM) gerçek ve tüzel kişiler, milletlerarası kuruluşlar, hem Çin hem de yabancıların taraf olduğu sözleşmeden ve mülki haklardan doğan uyuşmazlıklar bakımından tahkim ve arabuluculuk hizmeti sunmaktadır. SHMTM önceden Çin Milletlerarası Ekonomi ve Ticaret Komisyonu çatısında bulunan Güney Çin Tahkim Komisyonu olarak da bilinmektedir.

2016 tarihinde SHMTM kendi tahkim kurallarında değişikliğe gitmiştir. Yapılan değişiklikle SHMTM’nin yargılama yetkisi genişletilerek, devletler ve diğer devlet vatandaşları arasındaki yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları bakımından da yetkili kılınmıştır⁶⁷². SHMTK Tahkim Kurallarına göre yatırımcı-devlet uyuşmazlıkları UNCITRAL Tahkim Kuralları çerçevesinde hazırlanan SHMTM’nin tahkim sürecinin yürütülmesine ilişkin kılavuza göre belirlenecektir (m.3). Bahse konu düzenlemenin getirilmesiyle SHMTM Çin kurumsal tahkim mahkemeleri arasında yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkları konusunda açık bir şekilde hüküm getiren ilk milletlerarası tahkim mahkemesi olmuştur⁶⁷³. SHMTM Kılavuzu kapsamında tahkimin yerleşim yeri olarak Hong Kong belirlenmiştir. Tahkim merkezi olarak Hong Kong’un belirlenmesinin Çin hukukunda hâlâ belirsizliğini sürdüren yatırımcı-devlet arasındaki yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği olup olmadığı konusu dikkate alındığında makul bir seçim olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla yatırımcı-devlet arasındaki yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından tahkim merkezinin belirlenmesinde Hong Kong’da bulunan tahkim hakemlerinin çoğunluğunun UNCITRAL Tahkim Kuralları

⁶⁷² Shenzhen Milletlerarası Tahkim Kuralları (2016) m.2.2, http://www.sccietac.org/web/doc/view_rules/861.html, (Erişim tarihi: 15.03.2019).

⁶⁷³ H. Chen (2018). China’s innovative ISDS mechanisms and their implications, *American Journal of International Law* Vol.112, 217.

hakkında bilgi sahibi olduğu ve uygulamada deneyime sahip olması da belirleyici olmuştur⁶⁷⁴.

SHMTM'nin tahkim merkeziyle ilgili en büyük sorun tahkim tarafından verilen kararların tanıma ve tenfizi bakımındandır. Şöyle ki, SHMTM kararları ICSID Sözleşmesi'nin hükümlerinden yararlanamayacağına göre söz konusu tahkim kararların doğrudan tanıma ve tenfizi yapılamayacaktır. Özellikle bu konu ev sahibi ülkeye karşı milletlerarası tahkime gitme hakkı tanıyan ikili ve çok taraflı anlaşmalara taraf olmayan devletler bakımından önem taşımaktadır. Çin'de yapılacak milletlerarası tahkim kararlarının tenfizi bakımından ise Çin mahkemelerinde ancak New York Sözleşmesi kapsamında "sözleşmeyle ilgili ve ticari niteliği olmayan sözleşmelerden kaynaklanan" uyuşmazlıklar söz konusu olabilmektedir⁶⁷⁵.

2.4. Milletlerarası Tahkime Gitme Konusunda Rıza Şartının Oluşumu

Günümüzde yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklar bakımından ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkime rıza göstermesinin yasal dayanağı olarak yatırımcı-devlet arasında yapılan tahkim anlaşması (veya yatırım anlaşması), ikili taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmaları ve ev sahibi ülke ulusal yatırım yasaları sayılabilir. Ancak belirtelim ki, ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkime rıza göstermesi için esas oluşturan iki taraflı yatırım anlaşması ve ev sahibi ülke yatırım yasaları içerik ve hukuki nitelik bakımından farklıdır. Bu aslında ev sahibi ülkelerin yabancı yatırımlarla ilgili izlediği yatırım politika ve yabancı yatırımlara karşı tutumuyla doğrudan bağlantılıdır.

Çalışmamızın bu kısmında Çin mevzuatı çerçevesinde milletlerarası tahkime gitme konusunda rıza şartının esasları incelenecektir. Bu anlamda sırasıyla Çin mevzuatında düzenlenen yatırımcı-devlet arasındaki tahkim anlaşmasıyla ilgili hususlar, ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında düzenlenen rıza şartı ve son olarak Çin yatırım yasasında düzenlenen yatırımcı-devlet arasındaki yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili hükümler irdelenecektir.

⁶⁷⁴ K. Brandt and M. Kan (2017). International Arbitration Review, (Editör: J. Carter), New York: Eighth, 143.

⁶⁷⁵ Çin'in New York Sözleşmesine koyduğu çekince için bkz, http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/16/content_5001874.htm, (Erişim tarihi: 24.04.2019). Çin'de yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi için bkz, W. Jie (2009). Investor-state arbitration: Where does China stand?, *Suffolk Transnational Law Review*, 32(2), 497; M. John Shijian (2017). Interpretation and application of the New York Convention in China, Recognition and Enforcement of Foreign Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts, (Editör: Berman, G), Switzerland: Springer International Publishing, 192.

2.4.1. Tahkim anlaşması

Çin hukukunda genel olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi kabul edilmesine rağmen devletin (veya devlet kurumlarının) taraf olduğu veya gözetiminde yapılan sözleşmelerde Sözleşmeler Kanunu'nun uygulama alanı kısıtlı tutulmaktadır⁶⁷⁶. Çin hukukunda sözleşmelerle ilişkin hususlar, 1999 tarihli Sözleşmeler Hukuku Hakkındaki Kanunla düzenlenmektedir⁶⁷⁷. Kanun Çin'de bulunan tüm ekonomik ve ticari faaliyetlere ilişkin temel hükümlerin yanı sıra belirli sözleşme türlerine ilişkin özel hükümler de getirmektedir. Örneğin, Kanunun 54.maddesinde tarafların sözleşme hükümlerini değiştirmek istemeleri hâlinde veya anlaşma hükümlerinin taraflarca farklı yorumlanması veya anlaşma hükümlerinin diğerine kıyasla eşit olmayan hükümler içermesi hâlinde Çin mahkemelerinin yanı sıra kurumsal tahkim komisyonuna başvurabilecekleri belirlenmektedir. Çoğu ülke hukuklarında olduğu gibi Çin hukukunda da tahkim anlaşması uyuşmazlığın tahkim mahkemelerine götürülmesi bakımından hayati önem taşımaktadır. Şöyle ki, Çin Tahkim Kanunu m.4 kapsamında tarafların uyuşmazlığı tahkim mahkemesinde çözümleneceği hususunda anlaşma yapmaksızın söz konusu uyuşmazlığı tahkim mahkemesine sunmaları hâlinde tahkim mahkemesinin bu uyuşmazlığı reddedeceği düzenlenmektedir. Ancak belirtelim ki, 1994 tarihli Çin Tahkim Kanunu kabulünden önce tahkim anlaşması uyuşmazlığın tahkim mahkemesine sunulması bakımından ön şart olarak düzenlenmemiştir.

Tahkim anlaşmasına ilişkin bazı temel ilkeler var ki söz konusu ilkeler karşılaştırmalı hukukta ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Bahse konu temel ilkeler, tahkim anlaşmasının esasını oluşturduğundan tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkileyebilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta kabul edilen tahkim anlaşmasına ilişkin temel ilkeler yatırım-devlet arasında yapılan tahkim anlaşması bakımından da önem arz etmektedir. Şöyle ki, bazı durumlarda ev sahibi ülke tahkim kaydı bulunan yatırım anlaşmasını tek taraflı olarak yasa çıkarmak suretiyle askıya alabilmektedir. Böyle durumlarda yatırım anlaşmasına konulan tahkim kaydı tahkim anlaşmasına ilişkin temel ilkeler çerçevesinde değerlendirip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulması gerekmektedir. Aşağıda Çin hukukunda tahkim anlaşmasına ilişkin temel hususlar incelenecektir.

⁶⁷⁶ J. Zhao (2010). The puzzle of freedom of contract in China's Contract Law, *ILSA Journal of International and Comparative Law* 17 (1), 110.

⁶⁷⁷ Contract Law of the People's Republic of China, 15.03.1999, the President of the People's Republic of China, No.15.

2.4.1.1. Tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsızlığı

Çin Tahkim Kanunu'nun 19.maddesi kapsamında tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsız olduğu belirtilmektedir. Buna göre “*tahkim anlaşması asıl anlaşmadan bağımsızdır ve asıl sözleşmenin değiştirilmesi, iptal edilmesi, askıya alınması ve geçersiz kılınması tahkim anlaşmasını etkilemez*”. Karşılaştırmalı hukukta görüldüğü üzere tahkim anlaşmasının geçerliliği konusu tahkim mahkemesi tarafından belirlenirken Çin hukukunda tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından tahkim mahkemelerinin yanı sıra Çin mahkemeleri de yetkili kılınmıştır (m.20).

Madde hükmünden görüldüğü üzere tahkim anlaşmasının geçerliliği ancak dört durumda söz konusu olabilmektedir: Asıl sözleşmenin değiştirilmesi, asıl sözleşmenin iptal edilmesi, asıl sözleşmenin askıya alınması ve asıl sözleşmenin geçersiz kılınmasıdır. Örneğin, bir Çin şirketi (davacı) ve bir Hong Kong şirketi arasında sermaye katılımlı ortak girişim sözleşmesi yapılmıştır ve sözleşme aynı zamanda “sözleşmeden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar bakımından ÇMETTK yetkilidir” şeklinde tahkim kaydı içermektedir. Bahse konu sözleşme hükümlerinden kaynaklanan uyuşmazlık sermaye katılımlı ortak girişim sözleşmesinin ilgili idari makam tarafından onaylanmasından önce ortaya çıkmıştır. Taraflardan biri tahkim anlaşmasının geçerliğinin tespiti bakımında Guangdong bölgesinde bulunan Huizhou Orta Halk Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Mahkeme sermaye katılımlı ortak girişim sözleşmesinin ilgili makamın onayı ile kurulmuş olması gerektiğini ve sözleşmenin kurulmasıyla tahkim anlaşmasının da geçerli olacağını belirtmiştir. Sonrada davacı Guangdong Yüksek Halk Mahkemesine temyiz başvurusunda bulunmuştur. Üst mahkeme asıl sözleşmenin geçersiz olmasına rağmen taraflar arasında yazılı bir tahkim anlaşmasının bulunduğunu ve tahkim sözleşmesinin kurulması bakımından idari makam onayını alma şartının aranmadığını ifade etmiştir. Sonuç olarak, yüksek mahkeme tahkim sözleşmesini geçerli kabul ederek uyuşmazlık bakımından ÇMETTK'nun yetkili olduğu sonucuna ulaşmıştır⁶⁷⁸.

2006 tarihinde Çin Yüksek Halk Mahkemesi tahkim anlaşması konusunda farklı yorum ve tutarsızlıkların önüne geçebilmek için birkaç açıklamada bulunmuştur⁶⁷⁹. Böy-

⁶⁷⁸ N. Kaplan, J. Spruce and M. Moser (1994). Hong Kong and China arbitration, Hong Kong: Butterworths Asia, 314.

⁶⁷⁹The Juridical Committee of the Supreme People's Court, Interpretation No. 7 of the Supreme of the People's Court, Interpretation on Certain Issues Relating to the Application of the PRC Arbitration Law, <http://www.bjac.org.cn/english/page/ckzl/htf3.html>, (Erişim tarihi: 18.03.2019).

lece ilk defa Çin Yüksek Halk Mahkemesi tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsızlığı konusundaki tavrını açık olarak ortaya koymuştur. Bu kapsamda Çin Yüksek Halk Mahkemesi asıl sözleşmenin hileli veya baskı yoluyla kurulması veya asıl sözleşmenin mevcut olmaması hâlinde bile tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı ilkesinin geçerli olduğunu net olarak ifade etmiştir.

Daha önce belirttiğimiz üzere, tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsızlığı ilkesi, yatırımcı-devlet arasındaki yatırım anlaşmaları bakımından da geçerli olduğunu ve ev sahibi ülkenin asıl sözleşmeyi yasayla kaldırması durumunda tahkim anlaşmasının ayakta kalabileceğini belirtmiştik. Ancak tarafların ICSID tahkimine atıfta bulunması hâlinde durum biraz farklıdır. Şöyle ki, ICSID tahkimi özel olarak ICSID Sözleşmesiyle kurulduğuna göre bu sözleşmeye taraf devletler bakımından belirli yükümlülükler doğuracaktır ve bu nedenle ev sahibi devlet yasa ile yatırımcı-devlet anlaşmasını askıya alarak milletlerarası anlaşmadan kaynaklanan ICSID tahkimine yapılan atfı geçersiz kılamaz. Bunun da ötesinde ICSID tahkimine yapılan atıf asıl sözleşmenin askıya alınmasından sonra tahkim anlaşmasını etkileyecek şekilde yorumlansın veya yorumlanmasın söz konusu tahkim anlaşması milletlerarası anlaşmadan doğan yükümlülük kapsamında korunacaktır. Benzer şekilde milletlerarası anlaşmalarla özellikle iki taraflı ve çok taraflı anlaşmalar milletlerarası tahkimin yargılama yetkisinin temelini oluşturduğu müddetçe ev sahibi ülke bir yasa ile yatırımcı-devlet sözleşmesine veya yatırım faaliyetine son vermesine rağmen tahkime gitme zorunluluğu doğmaktadır. Aksi durumda milletlerarası tahkimin yargılama yetkisinin temelini milletlerarası anlaşma oluşturmaması hâlinde tahkim anlaşmasını geçersiz kılınma riski doğabilmektedir⁶⁸⁰.

Uygulamada taraflarca atfın ICSID tahkimi veya diğer milletlerarası tahkim mahkemelerine yapılmış olması tahkim kaydının geçerliliği bakımından farklılık oluşturmaktadır. Yeter ki, taraflarca belirlenen milletlerarası tahkimin yargılama yetkisinin esası milletlerarası anlaşmaya dayanmış olsun. Dolayısıyla uluslararası hukuk ve uygulamada ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere tahkim kaydı ev sahibi ülkenin tek taraflı olarak asıl sözleşmeyi askıya aldıktan önce veya sonra konulmuş olsun söz konusu tahkim anlaşması ayakta kalacaktır. Bu yaklaşım taraf iradelerinin bir sonucu olarak yorumlanmaktadır ve

⁶⁸⁰ Sornarajah, 2010a, a.g.k., 288; J. Ho (2016). Internationalization and state contracts: Are state contracts the future or the past ?, *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment* (Editör: L. Lim), Cambridge: Cambridge University Press, 399; P. Osode (1997). State contracts, state interests and international commercial arbitration: Third world perspective, *Comparative and International Law Journal of South Africa*, 20(1), 41-45.

bu elverişli yatırım ortamı oluşturmaının temel koşullarından biri olduğu ifade edilmektedir⁶⁸¹.

2.4.1.2. Tahkim anlaşmasına ilişkin şekil şartı

Çin Tahkim Kanunu’nun m.16/1 uyarınca tahkim anlaşması taraflar arasındaki uyuşmazlık ortaya çıkmasından önce veya sonra söz konusu uyuşmazlığın tahkim mahkemesinde çözümleneceği konusunda asıl anlaşmaya tahkim kaydı koymak suretiyle veya diğer şekillerdeki sözleşmelerle kararlaştırabilirler. Çin doktrininde tahkim anlaşmasına ilişkin yazılı olma şartının belirsizlik taşıması eleştirilmektedir⁶⁸². Bu bağlamda Çin Tahkim Kanunu tahkim anlaşmasının şekline ilişkin herhangi bir açıklamada bulunmaksızın tahkim anlaşmasının iki şekilde yapılabileceğini işaret etmektedir: Asıl anlaşmaya tahkim kaydı koyarak ve ayrı bir tahkim anlaşma yaparak. Ancak bu hüküm gerek New York Sözleşmesi gerek UNCITRAL Anlaşmasıyla uyumlu değildir. Dolayısıyla uygulamada farklı derece mahkemelerinin kanun hükümlerini yorumlaması her zaman da yeknesak olmadığına göre bahse konu hükmün yorumlanması ileride belirsizlik yaratabilmektedir. Bu belirsizlik Çin Sözleşmeler Hukuku Kanunu’nda yapılan değişiklikle ve Çin Yüksek Halk Mahkemesi tarafından yapılan açıklamalarla giderilmeye çalışılmıştır. Çin Sözleşmeler Hukuku Kanunu m.11 kapsamında “yazılı olma” tabiri sözleşme, mektup veya elektronik belge (telgraf, teleks, asıl nüsha, elektronik veri değişimi ve e-posta dâhil olmak üzere) içeriğini somut bir şekilde ifade etme anlamında gelmektedir.

Bazı durumlarda tahkim anlaşması taraflarca imzalanmayabilir veya tahkim kaydı asıl anlaşmanın taslak aşamasında konulmuş olabilir. Böyle durumda tahkim anlaşmasının geçerliliği mahkeme veya tahkim mahkemesi tarafından belirlenecektir. Kural olarak tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için taraflarca imzalanmış olması gerekmektedir. Şayet tahkim anlaşmasının taraflar istekleri üzerine düzenlenmiş olması imza yönünden bir

⁶⁸¹ Libyan American Oil Company v. The Government of Libyan Arab Republic, Permanent Court, *International Legal Materials* 20 (1), para.94.

⁶⁸² M. Zhanjun (2006). Modification of 1994 Arbitration Law of China and Reasoning, *Arbitration Study* 2(60), 71;Ch. Manjiao (2008). Is China Arbitration Act truly arbitration friendly: Determining the validity of arbitration agreement under Chinese Law, *Asian International Arbitration Journal* 4(1), 104-106.

kanıt oluşturabilmektedir. Bu anlamda tahkim anlaşmasının taraf istekleri üzerine yapıldığı yönünde kanıtların bulunması koşuluyla imza şartı konusunda esneklik tanınabilir ve tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda geniş yorum şekli benimsenebilir⁶⁸³.

2.4.1.3. Tahkim anlaşmasının geçerliliği

Tahkim anlaşmasının geçersizliği gerek tahkimin yargılama yetkisinin belirlenmesi gerek tahkim mahkemesi tarafından verilen kararın tanıma ve tenfizi bakımından önemlidir. Kural olarak tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından New York Anlaşması'nın yanı sıra Çin mevzuatı uygulanacaktır⁶⁸⁴. Çin Tahkim Kanunu m.16/2 kapsamında tahkim anlaşmasının içeriği bakımından belirli şartlar öngörülmüştür: tarafların tahkime gitme yönündeki irade beyanları, uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olması ve tahkim kurumunun belirlenmesidir.

Çin mevzuatında diğer çoğu ülke hukuklarından farklı olarak *ad hoc* tahkimi tarafından verilen kararlar tanınamamaktadır. Şöyle ki, yukarıda belirtildiği üzere Çin Tahkim Kanunu tarafların tahkim anlaşmasında ancak muayyen kurumsal tahkime atıfta bulunması gerektiği düzenlenmektedir. Bu bakımdan Çin Tahkim Kanunu kapsamında tahkim anlaşmasında *ad hoc* tahkimine yapılan atıf söz konusu tahkim anlaşmasını geçersiz kılmaktadır. Çin Tahkim Kanunu'nun m.18 çerçevesinde tahkim anlaşmasında tahkim kurumunun belirlenmesi bakımından belirsiz hükümler içermesi hâlinde tarafların ek anlaşma yapabilecekleri düzenlenmektedir. Eğer taraflar ek anlaşma yapma konusunda uzlaşamadıysa tahkim anlaşması geçersiz olacaktır. Madde hükmünden görüldüğü üzere tarafların uyuşmazlık bakımından *ad hoc* tahkimini yetkili kılmaları yönündeki tahkim anlaşması geçersiz kabul edilmektedir. Bununla birlikte söz konusu madde hükmü kurumsal tahkimi de sıkı şartlara tabi tutmaktadır. Şayet taraflar tahkim kurumunun kendisini seçmekten ziyade söz konusu tahkim kurallarını seçmişse bahse konu tahkim anlaşması geçersiz sayılabilir. Benzer şekilde taraflar yetkili mahkeme olarak iki tahkim kurumunu belirtmişlerse söz konusu tahkim anlaşması tarafları ek bir anlaşma yapmak suretiyle her iki tahkim kurumundan birini yetkili kılincaya kadar geçersiz kabul edilecektir (m.18).

Öte yandan Çin Tahkim Kanunu'nda düzenlenen *ad hoc* tahkimine ilişkin kısıtlama, Çin mahkemelerinde *ad hoc* tahkim anlaşmasının tanıma ve tenfizinin yapılamayacağı

⁶⁸³L. Yifei (2012). Juridical review of arbitration agreements in China, *Arbitration International*, 28(2), 245.

⁶⁸⁴ Pisacane, Murphy and Zhang, 2016, a.g.k., 9; W. Zhu (2016). The new conflict rules of arbitration agreements in China: The old wine in the new bottle, *Cambridge Journal of Chinese Studies*, 11(4).

şeklinde yorumlanmamaktadır. Uygulamada tarafların tahkim yeri olarak Çin'in dışında bulunan bir tahkim mahkemesini seçmeleri hâlinde *ad hoc* tahkimi kabul edilmektedir ve taraflara tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin Çin Tahkim Kanunu dışındauygulanacak başka bir hukuk seçimi yapılmasına imkân tanınmaktadır⁶⁸⁵. Kural olarak, Çin mevzuatında tüm tahkim anlaşmalarının tanınması ve tenfizi Çin Tahkim Kanunu'na tabi tutulmamaktadır. Çin Yüksek Halk Mahkemesi yurtdışında verilen tahkim kararları bakımından taraflara *ad hoc* tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uygulanacak hukuku seçme konusunda serbestlik tanıyarak *ad hoc* tahkimi tarafından verilen kararları Çin'de tanıma ve tenfizinin yapılmasına izin vermektedir. Teorik olarak taraflar tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uygulanacak hukuk konusunda uç seçimden birini yapabilmektedir: Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, tahkim mahkemesinin bulunduğu ülke hukuku ve tahkim anlaşmasının tanıma ve tenfizinin yapıldığı yer hukuku⁶⁸⁶. Çin mevzuatında 2010 tarihinde Yabancı Bağlantılı Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun kabul edilmiştir⁶⁸⁷. Yeni kanun taraflara tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku seçme konusunda imkân tanımaktadır. Bu anlamda tarafların tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda seçim yapmalarını hâlinde tahkim yargılamasının yapıldığı yer hukuku tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından uygulanacak hukuk olarak kabul edilmektedir (m.18). Örneğin, Çin tabiiyetindeki *Chinalight International Trade Co. Ltd v Hong Kong tabiiyetindeki Tata International Metals (Asia) Ltd.* arasında bir tahkim anlaşması yapılmıştır. Tahkim anlaşmasının içeriği şu şekilde düzenlenmiştir “Sözleşmeden kaynaklanan ve sözleşmeyle ilgili tüm uyuşmazlıklar dosta müzakere yoluyla taraflarca çözümlenecektir. Eğer taraflar uyuşmazlık konusunda müzakere yoluyla uzlaşma sağlayamadıysa uyuşmazlık ABD tahkim kurallarına göre Singapur Milletlerarası Ekonomi ve Ticari Tahkim Komisyonu'na sunulacaktır”. Taraflardan biri Pekin Orta Derece Halk Mahkemesi'ne tahkim anlaşmasında mevcut olmayan tahkime atıfta bulunulduğu iddiasıyla tahkim anlaşmasının geçerli olup

⁶⁸⁵ Arbitration Law (promulgated by the Standing Comm. National People's Congress., Aug. 31, 1994, effective Sept. 1, 1995), art. 16 (China) (English translation provided by the National People's Congress), http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383756.htm, (Erişim tarihi: 19.03.2019); T. Zhang (2013). Enforceability of ad hoc arbitration agreements in China: China's incomplete ad hoc arbitration system, *Cornell International Law Journal*, Vol 46, 365; P. Ortolani (2013). The role of arbitration institution in China, *Transnational Dispute Management*, 10 (4), 6.

⁶⁸⁶ F. Goldman (1999). *International Commercial Arbitration*, (Editörler: E. Gaillard ve J. Savage), The Hague: Kluwer Law International, 218.

⁶⁸⁷ Law of the application of law for foreign related civil relations of the People's Republic of China, <https://asadip.files.wordpress.com/2010/11/law-of-the-application-of-law-for-foreign-of-china-2010.pdf>, (Erişim tarihi: 19.03.2019).

olmadığının değerlendirilmesi talebinde bulunmuştur. Mahkeme ilk olarak “Singapur Milletlerarası Ekonomi ve Ticari Tahkim Komisyonu” ismini taşıyan herhangi bir tahkim kurumunun bulunmadığını ifade etmiştir. Bununla birlikte mahkeme tarafların tahkimin ve tahkim kurumunun bulunduğu yer olarak Singapur olacağı yönünde irade beyanlarının bulunduğunu işaret etmiştir. Çin hukuku çerçevesinde, tarafların tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuki belirtmemeleri durumunda tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk tahkimin veya tahkim kurumunun bulunduğu yer hukukudur. Mahkeme tahkim anlaşmasının geçerliliğini Singapur hukuku çerçevesinde değerlendirmiştir⁶⁸⁸. Aksi durumda tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından Çin hukukunun uygulanması hâlinde bahse konu tahkim anlaşması geçersiz olabilirdi⁶⁸⁹.

Görüldüğü üzere taraflarca tahkim kurumunun açık ve net olarak belirlenmemesi tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkileyebilmektedir. Özellikle taraflardan birinin Çin tabiiyetinde olması hâlinde 2017 tarihinde Çin Yüksek Halk Mahkemesi tarafından yayınlanan Çin mahkemelerinin tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin yapılan açıklamalar⁶⁹⁰ göz önünde bulundurulduğunda tahkim anlaşmasının geçerliliğine Çin hukukunu uygulayarak tahkim anlaşmasını geçersiz kılınma olasılığı mevcuttur.

2.4.2. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında Çin’in milletlerarası tahkime rıza göstermesi

Çin’in yurtdışında bulunan yatırımlarının artmasıyla bu yatırımların korunması ve devletlerle karşılıklı ticari ilişkilerin kolaylaştırılmasına yönelik milletlerarası yatırım anlaşmaları yanı sıra serbest ticaret anlaşmaların sayısında artış görülmüştür. Günümüzde Çin’in taraf olduğu 135’ten fazla ülkeyle ikili yatırım anlaşması ve yatırımların korun-

⁶⁸⁸ Chinalight International Trade Co. Ltd v Tata International Metals (Asia) Ltd, the Beijing No. 4 Intermediate People’s Court.

⁶⁸⁹ Örneğin, Çin Yüksek Halk Mahkemesi tahkim anlaşmasında mevcut olmayan bir tahkime atıfta bulunulduğunu (“İngiliz Milletlerarası Ekonomi ve Ticari Tahkim Komisyonu”) belirterek söz konusu tahkim anlaşmasını geçersiz kabul etmiştir. Bkz. Reply of the Supreme People’s Court to Request for Instructions Re Arbitration Clause Validity in the Agency Contract Dispute in the Case of Mashan Group Co., Ltd. v. Korea Chengdong Shipbuilding Ocean Co., Ltd. and Rongcheng Chengdong Shipbuilding Ocean Co., Ltd, <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?cgid=141702&lib=law>, (Erişim tarihi: 19.03.2019).

⁶⁹⁰ Supreme People’s Court, Provisions of the Supreme People’s Court on Several Issues Concerning the Trial of Judicial Review of Arbitration Cases, Fashi No.22 (2017), <https://www.chinajusticeobserver.com/provisions-of-the-spc-on-several-issues-concerning-the-trial-of-judicial-review-of-arbitration-cases>, (Erişim tarihi: 19.03.2019).

masına ilişkin özel hükümler içeren 20’den fazla serbest ticaret anlaşması bulunmaktadır⁶⁹¹. Bununla birlikte Çin Enerji Şartı Sözleşmesi⁶⁹², Güneydoğu Asya Ulusal Birliği ve Çin Yatırım Anlaşması ve 1993’ den bu yana ICSID Sözleşmesi’ne⁶⁹³ taraf ülke konumunda bulunmaktadır. Bahse konu milletlerarası yatırım anlaşmaları gerek Çin’de bulunan yatırımlar gerek Çin’in yurtdışında yaptığı yatırımlar bakımından yatırımların korunmasına ilişkin yasal çerçeve oluşturmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere birçok ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları, yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükümler içermektedir. Genel olarak söz konusu hüküm ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkime gitme konusunda yabancı yatırımcıya yaptığı öneri niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Ev sahibi ülke tarafından yapılan tahkim önerisi yabancı yatırımcının bahse konu öneriyi kabul etmesiyle hukuki sonuç doğurmaktadır. Böylece taraflar yatırımla bağlantılı uyuşmazlığı milletlerarası tahkimde çözümlenmesi konusunda rıza göstermiş olmaktadır. Ancak belirtelim ki, ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında düzenlenen uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükümler içerik ve hukuki nitelik bakımından farklılık arz etmektedir. Tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar ve doktrinde ikili yatırım anlaşmasında bulunan ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkime gitme konusundaki rıza şartının değerlendirilmesinde ikili yatırım anlaşmasıyla birlikte ev sahibi ülkenin yabancı yatırımlarla ilgili mevzuatı, uygulamaları, politikalarının dikkate alınması gerektiğini işaret etmektedir.

Çin’in taraf olduğu iki taraflı yatırım anlaşmalarında ve yatırımların korunmasına ilişkin hükümler içeren serbest ticaret anlaşmalarında yatırımcı-devlet uyuşmazlıkları iki şekilde düzenlenmiştir. 1998’e kadar Çin’in taraf olduğu çoğu iki taraflı yatırım anlaşmalarında yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının kapsamı kısıtlı tutulurken (kamulaştırma ve

⁶⁹¹ Söz konusu milletlerarası anlaşma metinlerine ulaşmak için bkz, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/42#iiaInnerMenu>, (Erişim tarihi: 25.03.2019).

⁶⁹² 2015’te Çin Enerji Şartı Anlaşmasını imzalamasıyla anlaşmaya taraf olma süresi başlatılmıştır ancak henüz tamamlanmamıştır. Bkz, <https://energycharter.org/what-we-do/publications/china-energy-efficiency-report/>, (Erişim tarihi: 25.03.2019).

⁶⁹³ Çin ICSID Sözleşmesine taraf olurken ICSID Tahkiminin yargılama yetkisine ilişkin be-yanda bulunmuştur. Buna göre Çin ICSID tahkimi yargılama yetkisini ancak kamulaştırma ve millileştirmeden kaynaklanan tazminata ilişkin uyuşmazlıklar bakımından kabul edeceğini belirtmiştir. Bkz, ICSID, Notification concerning classes of disputes considered suitable or unsuitable for submitting to the center, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%208-Contracting%20States%20and%20Measures%20T%20ken%20by%20Them%20for%20the%20Purpose%20of%20the%20Convention.pdf>, (Erişim tarihi: 25.03.2019).

millileştirmeden kaynaklanan tazminata ilişkin uyuşmazlıklar)⁶⁹⁴ 1998'den sonraki dönemde yapılan ikili yatırım anlaşmalarında yatırımcı-devlet uyuşmazlıkları çağdaş ikili yatırım anlaşmalarıyla uyumlu şekilde yatırımcı-devlet arasındaki yatırımla bağlantılı tüm uyuşmazlıkları kapsamaktadır⁶⁹⁵. Aşağıda Çin'in taraf olduğu ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında Çin'in yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların milletlerarası tahkime sunulması bakımından verdiği rıza kapsamı, yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarına ilişkin ön şart olarak düzenlenen bekleme süresi ve seçime bağlı hükümler incelenecektir.

2.4.2.1. Uyuşmazlığın konu bakımından kısıtlanması

Genel olarak yatırımcı ev sahibi ülkeye karşı her konuda milletlerarası tahkime başvuruda bulunamaz. Yatırımcının milletlerarası tahkime gidebileceği konu kapsamı, ev sahibi ülke mevzuatı çerçevesinde özellikle ev sahibi ülkenin iki taraflı yatırım anlaşmaları ve yatırım yasaları bağlamında belirlenmektedir. Çin ICSID Sözleşmesi'ne taraf olurken yatırımcının hangi konularda ICSID Tahkime başvurulabileceğine ilişkin beyanda bulunmuştur. Bu bağlamda Çin ICSID Sözleşmesi'nin m.25/4 kapsamında beyanda bulunduğu “kamulaştırma ve millileştirmeye ilişkin tazminattan kaynaklanan uyuşmazlıklar” şeklinde hüküm bulunmaktadır. Bu noktada Çin'in ICSID Sözleşmesi'nin m.25/4 kapsamında bulunduğu beyanın Çin'in taraf olduğu ikili yatırım anlaşmaların nasıl bir etki yaratacağı konusu üzerinde durulması gerekmektedir. Konu şu bakımdan önem arz etmektedir; Çin'in 2000 sonrası dönemlerde taraf olduğu çoğu ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükmünde “tüm uyuşmazlıklar veya hukuki uyuşmazlıklar” ibaresi yer almaktadır. Diğer bir ifadeyle, Çin'in taraf olduğu 2000 sonrası ikili yatırım anlaşmalarında milletlerarası tahkime izin verilen uyuşmazlık kapsamı Çin'in ICSID Sözleşmesi'nin m.25/4 kapsamında beyanda bulunduğu “kamulaştırma ve millileştirmeye ilişkin tazminattan kaynaklanan uyuşmazlıklar”dan daha geniştir. Böyle bir durumda uyuşmazlıkların milletlerarası tahkime sunulması Çin'in ICSID Sözleşmesi'nin m.25/4 kapsamında beyanda bulunduğu

⁶⁹⁴ Çin-Macaristan İkili Yatırım Anlaşması (1993) m.10.1; Çin-Kazakistan İkili Yatırım Anlaşması (1994) m.9/1; Çin-Birleşik Arap Emirlikleri (1994), Protokol m.6/1; Çin-Birleşik Krallık İkili Yatırım Anlaşması (1986) m.7.1.

⁶⁹⁵ Çin-Belçika ve Lüksemburg Ekonomik Birliği İkili Yatırım Anlaşması m.8/1; Çin-Kanada İkili Yatırım Anlaşması m.22/1; Çin-Finlandiya İkili Yatırım Anlaşması (2006) m.9/1; Çin-Avustralya Serbest Ticaret Anlaşması (2015) m.9/12; Çin-Japonya-Kore Üçlü Yatırım Anlaşması (2012) m.15/1.

gibi ancak kamulaştırma veya millileştirmeden kaynaklanan tazminata ilişkin uyuşmazlıklar bakımından mı sınırlı olacak ya da Çin'in taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen hükümler (yatırımcı-devlet arasındaki tüm hukuki uyuşmazlıklar veya tüm uyuşmazlıkla) mi geçerli olacaktır?

Öncelikle belirtelim ki, ICSID Sözleşmesi'ne taraf devletlerin sözleşmenin uygulanmasına ilişkin koyduğu çekince veya beyanın hukuki sonucu konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak konunun açıklığa kavuşturulması bakımından ICSID Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları yol gösterici nitelikte olabilir. Şöyle ki, ICSID Sözleşmesi'nin taslak çalışmalarında belirtildiği üzere Sözleşme'nin m.25/4 hükmünün amaç ve hedefinden görülüyor ki, ICSID Sözleşmesi'ne taraf olmak ICSID tahkiminin yargılama yetkisinin kabulü bakımından rıza niteliği taşımamaktadır ve bu husus yabancı yatırımcılar bakımından herhangi bir beklenti de oluşturmaz. Dolayısıyla sözleşmenin taslak çalışmaları ICSID tahkiminin yargılama yetkisinin oluşumu bakımından özel rıza ile ICSID Sözleşmesi'ne konulan çekince arasında anlaşmazlık çıkması hâlinde özel rızaya ağırlık verileceği yönünde olmuştur⁶⁹⁶. Sonuç olarak, Çin'in ICSID Sözleşmesi'nin m.25/4 kapsamında bulunduğu beyanın bilgilendirme amacıyla olduğunu ve doğrudan herhangi bir hukuki sonuç doğurmadığı söylenebilir⁶⁹⁷. Bu bakımdan Çin'in ICSID Sözleşmesi'nin m.25/4 kapsamında bulunduğu beyan Çin'in taraf olduğu milletlerarası yatırım anlaşmalarıyla getirilen yatırımcı-devlet arasındaki belirli uyuşmazlıklar bakımından kısıtlama getirmemektedir.

Çin'in taraf olduğu eski tarihli ikili yatırım anlaşmalarında yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların kısıtlı tutulması, Rusya ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen hükümlerle büyük oranda benzerlik taşımaktadır. Bununla birlikte Çin'in taraf olduğu milletlerarası yatırım anlaşmalarının kendine özgü özellikler içerdiği dikkate alındığında konunun Çin devletinin veya Çin yatırımcılarının taraf oldukları tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar çerçevesinde değerlendirmemiz isabetli olacaktır. *Tza Yap Shum v. Peru* tahkim davasında⁶⁹⁸ Çinli davacı *Tza Yap Shum*, Peru vergi yetkililerinin Peru'da bulunan banka hesaplarına el koymak suretiyle yatırımlarının kamulaştırıldığı iddiasında

⁶⁹⁶ Schreuer, 2001a, a.g.k., 345.

⁶⁹⁷ Bkz, M. Heymann (2008). International law and the settlement of investment disputes relating to China, *Journal of International Economic Law* 11(3), 518-519; J. Weeramantry (2012). Investor-state dispute settlement provisions in China's investment treaties, *ICSID Review* 27(1), 198.

⁶⁹⁸ *Senor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6.

bulunmuştur. Tahkim heyeti Çin-Peru İkili Yatırım Anlaşmasının m.8’de düzenlenen yatırımcı–devlet arasındaki uyuşmazlıklar hükmünü⁶⁹⁹ geniş şekilde yorumlamış ve bu nedenle tahkim heyetinin kamulaştırma iddiaları üzerinde yargılama yetkisini bulunduğunu belirtmiştir. Tahkim heyeti Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin m.31 çerçevesinde Çin-Peru İkili Yatırım Anlaşması’nın m.8/3 ‘de düzenlenen “*kamulaştırmadan kaynaklanan tazminatın miktarına ilişkin hususlar da dâhil olduğu uyuşmazlıklar*” hükmünün olağan anlam çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Tahkim heyetine görebahse konu hükümde geçen “dâhil olmak (*involving*)” ibaresi geniş şekilde kapsayıcı (*include*) olarak okunmalıdır⁷⁰⁰. Bununla birlikte bu husus ikili yatırım anlaşmasının önsöz kısmı ve ikili yatırım anlaşmasının amacını oluşturan yatırımların karşılıklı teşvikiyle tutarlıdır. Tahkim heyeti incelemesinin devamında Çin-Peru İkili Yatırım Anlaşması’nın m.8/3’de düzenlenen “*kamulaştırmadan kaynaklanan tazminatın miktarına ilişkin hususlar da dâhil olduğu uyuşmazlıklar*” hükmü kamulaştırmadan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları da kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğini ve burada açıklığa kavuşturulması gereken husus kamulaştırmanın ikili yatırım anlaşması çerçevesinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁰¹. Çinli bir yatırımcının taraf olduğu *Sanum v. Laosad hoc* tahkim davasında⁷⁰² da tahkim heyeti benzer sonuca ulaşmıştır. Bu noktada belirtelim ki, Çin-Laos İkili Yatırım Anlaşması’nın m.8 hükmü ile Çin-Peru İkili Yatırım Anlaşması’nın m.8 hükmü önemli ölçüde benzerlik taşımaktadır. *Sanum Investment Limited* şirketi Çin Makao özel yönetim bölgesinde bulunan ve Çin hukukuna göre kurulan bir şirkettir. Bahse konu şirket Laos devlet yetkililerinin aldığı bir dizi tedbirler sonucunda otel ve gazino sektörüne yaptığı yatırımlarının dolaylı kamulaştırıldığı iddiasıyla tahkim sürecini başlatmıştır⁷⁰³. Tahkim heyetine göre anlaşmanın 8. maddesi “*kamulaştırmadan kaynaklanan tazminatın miktarına*

⁶⁹⁹ Çin-Peru İkili Yatırım Anlaşması’nın m.8 uyarınca “ 1. Bir Akıt Tarafın yatırımcısı ve diğer akıt Taraf arasındaki diğer Akıt Tarafın ülkesinde bulunan yatırımlarla ilgili tüm uyuşmazlıklar dostça yapılan müzakereler yoluyla çözümlenecektir. 2. Eğer uyuşmazlık 6 aylık müzakere sürecinde çözümlenemezse taraflardan biri uyuşmazlığı Akıt Tarafın yetkili mahkemesine sunabilir. 3. Kamulaştırmadan kaynaklanan tazminatın miktarına ilişkin uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere 6 aylık sürede çözümlenemezse taraflardan birinin talebi üzerine Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon ile kurulan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezine sunulabilir ...”.

⁷⁰⁰ Senor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, para.151.

⁷⁰¹ Senor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, para 188.

⁷⁰² Taraflar tahkim yeri olarak Singapur’u ve uyuşmazlığın UNCITRAL kurallarına göre çözümleneceğini kararlaştırmışlardır.

⁷⁰³ *Sanum Investment Limited v. Lao People’s Democratic Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-13, paras.18-27.

ilişkin hususlar da dâhil olduğu uyuşmazlıklar” hükmüne göndermede bulunmaktadır ve bu basit bir şekilde kamulaştırma içeren uyuşmazlıkları içermemektedir. İlk bakışta söz konusu hüküm tahkimin yargılama yetkisinin kamulaştırma nedeniyle tazminat miktarına ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlı olduğu izlenimi vermektedir. Ancak hakem heyeti “dâhil olmak” ibaresinin kısıtlayıcı olmaktan ziyade kapsayıcı nitelikte olduğunu ifade etmiştir ve bunun anlaşmanın diğer madde hükümleriyle tutarlı olacağını belirtmiştir⁷⁰⁴. Sonradan hakem heyetinin kararına karşı Laos hükümeti Singapur Yüksek Mahkemesi’ne iptal başvurusunda bulunmuştur. Önceki tahkim kararlarından farklı olarak Singapur Yüksek Mahkemesi Çin-Laos İkili Yatırım Anlaşması’nın m.8’de düzenlenen “*kamulaştırmadan kaynaklanan tazminatın miktarına ilişkin hususlar da dâhil olduğu uyuşmazlıklar*” hükmünün kısıtlayıcı nitelikte olduğunu belirtmiştir. Singapur Yüksek Mahkemesi “içermek (*include*)” ibaresinin ima etmek, zorunlu kılmak ve gerekli kılmak gibi kısıtlayıcı nitelikte yorumlanmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir. Madde 8/3 kapsamındaki “*kamulaştırmaya ilişkin tazminat miktarı*” hükmü, madde 8/1 kapsamındaki “*yatırımlarla ilgili tüm uyuşmazlıklar*” hükmüne kıyasla daha kısıtlayıcı nitelikte olduğunu işaret etmektedir⁷⁰⁵. Singapur Yüksek Mahkemesi kararından tatmin olmayan yatırımcı temyiz başvurusunda bulunmuştur. Singapur Temyiz Mahkemesi madde 8/3 hükmünün ne geniş ne de dar anlamda yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bunun yerine söz konusu hükmün anlamlı ve tutarlı bir şekilde okunması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁰⁶. Sonuç olarak temyiz mahkemesi önceki ICSID tahkim mahkemeleriyle uyumlu şekildedir madde 8/3 hükmünün ikili yatırım anlaşmasının amacı çerçevesinde geniş yorumlanması gerektiği sonucuna varmıştır⁷⁰⁷. Bu noktada belirtelim ki, Çin doktrinindeki⁷⁰⁸ hâkim görüş Çin’in taraf olduğu eski tarihli ikili yatırım anlaşmalarında yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlık kapsamının kısıtlı tutma yani ancak kamulaştırmadan kaynaklanan tazminatın miktarına ilişkin uyuşmazlıklar milletlerarası tahkime sunulabileceği yönündedir. Kamulaştırmadan kaynaklanan tazminatın miktarına ilişkin uyuşmazlıkların milletlerarası tahkime sunulması ancak Çin devlet mahkemelerinin söz konusu uyuşmazlıkla ilgili kamulaştırmanın söz konusu olduğu yönünde karar vermesinden sonra mümkün olabilmektedir. Durum böyle olunca yabancı yatırımcı Çin’in taraf olduğu eski tarihli ikili yatırım anlaşmaları

⁷⁰⁴Sanum Investment Limited v. Lao People’s Democratic Republic, para.329.

⁷⁰⁵ Laos v. Sanum Investments Ltd, (2015) SGHC 15, paras.121-122.

⁷⁰⁶ Laos v. Sanum Investments Ltd, (2016) SGCA 57, para. 126.

⁷⁰⁷Laos v. Sanum Investments Ltd, (2016) SGCA 57, para. 156.

⁷⁰⁸ Chen, 2013b, a.g.k., 340.

kapsamında milli muamele kaydı, en çok gözetilen ulus kaydı, adil ve eşit muamele gibi birçok hususlarla ilgili milletlerarası tahkime gidememektedir.

Görüldüğü üzere Çin'in taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklar bakımından tahkimin yargılama yetkisinin belirlenmesinde tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlarda görüş birliğinin olmadığı ancak söz konusu hükmün yorumlanmasında geniş yorum şeklinin benimsendiği (kamulaştırma ile ilgili tazminat talepleri yanı sıra kamulaştırmanın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin uyuşmazlıklar) söylenebilir. Teorik olarak bahse konu hükümlerin en çok gözetilen ulus kaydından hareketle uygulama alanının genişletilmesi mümkün olmasına rağmen tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar en çok gözetilen ulus kaydının uygulanmasını sıkı şartlara tabi tutulduğunu işaret etmektedir.

2.4.2.2. Bekleme (müzakere) süresi

Yukarıda belirttiğimiz üzere bekleme (müzakere) süresi, ev sahibi ülkenin uyuşmazlığın milletlerarası tahkime sunulması bakımından rıza şartının oluşumunda ön şart veya zorunlu şart olarak değerlendirilmektedir⁷⁰⁹. Çin'in taraf olduğu çoğu iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yatırımcı-devlet devlet arasındaki yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkime sunulabilmesi bakımından ön şart olarak süre şartı öngörülmüştür. Bahse konu süre ikili yatırım anlaşmalarında değişiklik göstermekle birlikte Çin'in taraf olduğu 96 ikili yatırım anlaşmasında bu süre 6 ay olarak belirlenirken⁷¹⁰, özellikle eski tarihli ikili yatırım anlaşmalarında⁷¹¹ bekleme süresi 1 yıllık süreyi teşkil etmektedir. Ancak Çin'in taraf olduğu bazı çok taraflı yatırım anlaşmalarında müzakere süresine ilişkin zaman kısıtlaması öngörülmemektedir⁷¹².

⁷⁰⁹ Bkz, Ambiente Ufficio S.P.A v. Argentine, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on jurisdiction and admissibility, para.582; Burlington Resources Inc v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on jurisdiction, para.111.

⁷¹⁰ Çin'in taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarıyla ilgili geniş bilgi için bkz, Sh. Zhang (2017). China's approach in drafting investor-state arbitration clause: A review from Belt and Road regions' perspective, *The Chinese Journal of Comparative Law* 5(1), 93.

⁷¹¹ Çin-Türkiye İkili Yatırım Anlaşması (1994) m.7/b; Çin-Polonya İkili Yatırım Anlaşması (1988) m.10/1; Çin-Pakistan İkili Yatırım Anlaşması (1990) m.10; Çin-Suriye İkili Yatırım Anlaşması (2001) m.9/2.

⁷¹² Çin-Japonya-Kore Üçlü Yatırım Anlaşması 12.bölüm m.12.

Öte yandan Çin'in çoğu ikili ve çok taraflı anlaşmalarında yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklarının ev sahibi ülke idari inceleme sürecine tabi tutulacağına ilişkin hüküm getirilmektedir⁷¹³. Kural olarak, Çin hukuku çerçevesinde idari inceleme süreci 60 gündür⁷¹⁴. Bu süre uyuşmazlığın niteliğine göre 30 güne kadar uzatılabilmektedir. İdari incelemenin maddi hukuka veya usul hukukuna ilişkin konu olduğu belirsiz olmakla birlikte idari incelemeye ilişkin şartın esnek nitelikte olduğu belirtilmelidir. Çin hukukunda idari incelemenin hukuki niteliğine ilişkin yukarıda açıklamalar yapıldığında dolayı bu konu üzerinde durulmayacaktır⁷¹⁵. Görüldüğü üzere yabancı yatırımcı Çin' de bulunan yatırımlarla ilgili olarak milletlerarası tahkime başvuruda bulunmadan önce Çin idari inceleme makamlarına başvurmaları gerekmektedir. Aksı öngörülmediği durumlarda idari inceleme makamına başvurduğu tarihten itibaren 60 günlük süreyi doldurduktan sonra milletlerarası tahkime gidebilmektedir.

Kural olarak, yabancı yatırımcının uyuşmazlığı milletlerarası tahkime sunabilmesi için bekleme veya müzakere süresi boyunca ev sahibi ülke devlet mahkemelerine başvurma yükümlülüğünü bulunmamaktadır. Ancak Çin hukukunda durum farklıdır. Daha önce belirtildiği üzere Çin'in taraf olduğu çoğu ikili yatırım anlaşmaları bağlamında bekleme süresinde yatırımcının idari inceleme makamlarına başvuruda bulunması gerekmektedir. Çin doktrininde bu husus Çin hukuk geleneğiyle bağdaştırılmaktadır. Bu anlamda gerek Çin mevzuatında düzenlenen bazı hükümler gerek Çin'in taraf olduğu milletlerarası yatırım anlaşmalarıyla getirilen idari inceleme sürecine ilişkin hükümler Çin hukuk geleneğinin bir uzantısı olarak da görülebilir (özellikle özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan ve ticari uyuşmazlıkların karşılıklı müzakere yoluyla çözülmesi teşvik edilmektedir)⁷¹⁶.

⁷¹³ Çin-Japonya-Kore Üçlü Yatırım Anlaşması m.12/7 çerçevesinde ev sahibi ülke idari inceleme süresi başvuru yapıldığı tarihten itibaren 4 aydan aşamayacağı belirtilmektedir. İdari inceleme sürecinin 4 aylık süre zarfından tamamlanamaması halinde başvuruya ilişkin idari inceleme süresi tamamlanmış kabul edilecektir ve yabancı yatırımcı uyuşmazlığı milletlerarası tahkime sunabilecektir.

⁷¹⁴ Çin İdari İnceleme Kanunu m.9.

⁷¹⁵ Bkz. Aşa: Yerel mahkemeler başlığına bakınız.

⁷¹⁶ G. Wang and X. He (2013). Mediation and international investment, Chinese perspective, *Maine Law Review* 65, 228.

2.4.2.3. Yolun çatallaşması

Çin'in taraf olduğu çoğu ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yatırımcı-devlet arasındaki yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ev sahibi ülke devlet mahkemeleri yanı sıra milletlerarası tahkim mahkemelerine sunulabileceği belirtilmektedir⁷¹⁷. Yabancı yatırımcı yolun çatallaşması hükmü çerçevesinde uyuşmazlığın ev sahibi ülke devlet mahkemeleri veya milletlerarası tahkime sunma konusunda karar vermesi gerekmektedir. Kural olarak, uyuşmazlığın ev sahibi ülke devlet mahkemelerinde çözümleneceği konusunda seçim yapıldıktan sonra aynı uyuşmazlık bakımından milletlerarası tahkim yolu engellenmiş olmaktadır. Ancak Çin'in taraf olduğu bazı çok taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında uyuşmazlığın ev sahibi ülke devlet mahkemelerine sunmaları ve yabancı yatırımcının bahse konu mahkemenin kesin karar verinceye kadar çekilmesi hâlinde milletlerarası tahkim yolu kapatılmamaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, yolun çatallaşması hükmü çerçevesinde yatırımcının uyuşmazlık çözüm yolunu seçmesiyle (ev sahibi ülke mahkemesi veya milletlerarası tahkim) değil, ev sahibi ülkenin uyuşmazlıkla ilgili kesin karar vermesiyle milletlerarası tahkim yolu kapatılmaktadır. Örneğin, Çin-Güneydoğu Asya Uluslar Birliği Yatırım Anlaşması'nın m.14/5 uyarınca *“Uyuşmazlığın ev sahibi ülke devlet mahkemelerine sunulması halinde yabancı yatırımcı söz konusu mahkeme tarafından uyuşmazlık hakkında kesin karar verilinceye kadar uyuşmazlığın geri çekilmesi koşuluyla milletlerarası tahkime gidebilmektedir. Endonezya, Filipin, Tayland ve Vietnam tabiiyetindeki yatırımcılar bakımından uyuşmazlığın ev sahibi ülke mahkemesi, ICSID tahkimi veya UNCITRAL tahkimine sunulduktan sonra bahse konu seçim nihai olarak kabul edilecektir”*. Madde hükmü kapsamında Kamboçya, Malezya, Myanmar, Singapur ve Çin yatırımcıları Endonezya, Filipin, Tayland ve Vietnam yatırımcılarına kıyasla avantajlı konumda bulunmaktadır. Şöyle ki, hüküm çerçevesinde Kamboçya, Malezya, Myanmar, Singapur ve Çin yatırımcılarına uyuşmazlığın yerel mahkeme tarafından kesin karar verinceye kadar geri çekerek milletlerarası tahkime gitme hakkı bulunurken Endonezya, Filipin, Tayland ve Vietnam yatırımcıları bakımından ev sahibi ülke devlet mahkemesi seçimi yapmasından itibaren milletlerarası tahkim yolu kapanmakta-

⁷¹⁷Çin-Finlandiya İkili Yatırım Anlaşması (2006) m.9/2; Çin-Pakistan İkili Yatırım Anlaşması (1990) m.10; Çin-Katar İkili Yatırım Anlaşması (2000) m.9/3; Çin-İspanya İkili Yatırım Anlaşması (2008) m.9/2; Çin-İsviçre İkili Yatırım Anlaşması (2010) m.11/2; Çin-Japonya-Kore Üçlü Yatırım Anlaşması (2012) m.15/3; Çin-Yeni Zelanda Serbest Ticaret Anlaşması (2008) m.153/3; Çin-Peru Serbest Ticaret Anlaşması (2009) m.139/2.

dır. Acaba, *Endonezya*, Filipin, Tayland ve Vietnam yatırımcıları söz konusu hüküm kapsamını en çok gözetilen ulus kaydından hareketle genişletebilecek midir? Büyük ihtimalle söz konusu hükmün uygulama alanının genişletilmesi zordur çünkü Çin-Güneydoğu Asya Uluslar Birliği Yatırım Anlaşması'nın m.5' de düzenlenen en çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanı genel olmaktan ziyade ancak belirli hususlar bakımından söz konusudur. Bu nedenle hükmün uygulama alanının *Endonezya*, Filipin, Tayland ve Vietnam yatırımcıları bakımından genişletilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte Çin mevzuatı çerçevesinde yatırımcı-devlet yatırım sözleşmeleri Çin devlet mahkemelerinin denetimine tabi tutulmaktadır. Özellikle söz konusu sözleşmelerle ilgili yabancı yatırımcının Çin mahkemelerine başvurması aynı uyuşmazlık bakımından milletlerarası tahkim yolu engellenmesine neden olabilmektedir. Bu bakımdan yabancı yatırımcı uyuşmazlığın çözümüne ilişkin yapılan seçimin hukuki sonuçlarını dikkatlice takip etmesi gerekmektedir. Örneğin, Çin'in taraf olduğu bir ikili yatırım anlaşmasının yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlık kapsamının kısıtlı tutulması (kamulaştırmadan kaynaklanan tazminatın miktarına ilişkin uyuşmazlıklar) durumunda yabancı yatırımcı Çin mahkemeleri tarafından verilen bir karara ilişintemiz başvurusunda bulunarak milletlerarası tahkim yolunu kapatmış olabilmektedir⁷¹⁸. Bu noktada belirtelim ki, bazı durumlarda ev sahibi ülke mevzuatı uyuşmazlığı devlet mahkemelerine sunulmasını zorunlu kılabilir. Böyle durumda yabancı yatırımcı bakımından milletlerarası tahkim yolu kapanmamaktadır. Şöyle ki, Çin'in ikili yatırım anlaşmalarında sıkça görüldüğü üzere yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklar seçime bağlı olarak Çin devlet mahkemelerine sunulabilmektedir. Örneğin, *Senor Tza Yap Shum v. Peru* tahkim davasında konuya ilişkin Çin hukukçusu şöyle görüş bildirmiştir. Eğer Çin devlet mahkemesi kamulaştırmanın söz konusu olduğuna ilişkin karar vermesi hâlinde yabancı yatırımcı kamulaştırmadan kaynaklanan tazminatın miktarına ilişkin uyuşmazlığı milletlerarası tahkime sunabilmektedir. Çin devlet mahkemesinin kamulaştırmanın söz konusu olmadığına ilişkin karar vermesi hâlinde ise söz konusu uyuşmazlık milletlerarası tahkime sunulamaz⁷¹⁹. Ancak tahkim heyeti bu görüşü kabul etmemiştir. Hakem heyetine göre yatırımcının kamulaştırmadan kaynaklanan tazminatın miktarına ilişkin uyuşmazlık bakımından ICSID tahkim yolunu seçmesi hâlinde, ev sahibi devlet bu uyuşmazlık bakımından ICSID tahkimine rıza

⁷¹⁸ Sh. Gallagher and W. Shan (2009) *Chinese investment treaties: Policies and practices*, Oxford: Oxford University Press, 337.

⁷¹⁹ *Senor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, para.158.

göstermediğini ve ilk olarak uyuşmazlığın ev sahibi ülke mahkemesine sunulması gerektiği hakkında yabancı yatırımcıyı bilgilendirmesi gerekmektedir⁷²⁰.

Görüldüğü üzere Çin'in eski tarihli ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlık kapsamı kısıtlı tutulmaktadır ve bu durum yolun çatlamaşması hükmü bakımından da sorun oluşturmaktadır. Çin hukukunda benimsenen yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlık kapsamının kısıtlı tutulması, yani kamulaştırmadan kaynaklanan tazminatın miktarına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından Çin devlet mahkemelerine başvurulması milletlerarası tahkim yolunu engellemektedir. Burada iki olasılık söz konusu olacaktır. İlk olasılıkta Çin devlet mahkemesi tarafından kamulaştırmanın gerçekleştirildiğine karar verilmesi durumunda yabancı yatırımcı ancak söz konusu kamulaştırmadan kaynaklanan tazminatın miktarına ilişkin milletlerarası tahkime gidememektedir. Aksı durumda Çin devlet mahkemelerinin kamulaştırmanın gerçekleştirilmediğine ilişkin karar vermesi hâlinde yabancı yatırımcı söz konusu kamulaştırmayla ilgili milletlerarası tahkime gidememektedir. Çin'in bu hukuk geleneği Sovyetler birliği döneminde benimsenen yaklaşımla örtüşmektedir.

2.4.3. Ulusal yatırım yasası kapsamında Çin'in milletlerarası tahkime rıza göstermesi

Yukarıda görüldüğü üzere Çin hukukunda yabancı yatırımın kuruluş şekline göre farkı kanunlar mevcuttur. Bahse konu kanunlarda taraflar arasındaki uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükümler bulunmakta ancak bu uyuşmazlıkların tarafları yatırımcı-devlet olmaktan ziyade eşit konumda bulunan taraflar arasında gerçekleşmektedir⁷²¹. Bu anlamda Çin yabancı yatırım kanunlarının yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü bakımından özel hüküm getirdiği söylenemez. Ancak Çin Ulusal Halk Kongresi tarafından onaylanan ve 1.01.2020 tarihinde yürürlüğe girecek olarak Çin Yabancı Yatırımlar Kanunu'nda yatırımcı-devlet arasındaki yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin özel hüküm bulunmaktadır. Buna göre, devlet yabancı yatırımlı şirketler tarafından başvuruların değerlendirilmesi ve gündeme getirilen sorunların çözümü için özel mekanizma oluşturacaktır. Eğer idari organlar tarafından alınan kararlar sonucunda yabancı yatırımcının yasal hak ve çıkarlarına zarar vermesi hâlinde yabancı yatırımcılar bahse konu idari organların aldığı kararlarla ilgili özel mekanizma aracılığıyla

⁷²⁰Senor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, para.159.

⁷²¹ Örneğin, Çin-Yabancı Ortak Girişim Kanunu m.14.

başvuruda bulunabilirler. Bununla birlikte yabancı yatırımcılar Çin mevzuatı çerçevesinde idari organ kararlarına karşı idari inceleme makamına başvurabilir veya idari dava açabilmektedirler (m.26). Bu noktada belirtelim ki, Çin Yabancı Yatırımlar Kanunu Taslak metninde yatırımcı-devlet arasındaki yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim mahkemelerinde çözümlenmesine ilişkin özel hüküm içermekte idi⁷²². Ancak sonradan bu hüküm kaldırılmıştır⁷²³. Görüldüğü üzere uygulamada Çin'in yeni yabancı yatırımlar kanunu yatırımcı-devlet arasındaki yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yeni bir hüküm getirmemektedir. Böylece Çin yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkları büyük ölçüde kontrol altında tutmaktadır ve bu uyuşmazlıkların idari inceleme makamları veya idari mahkemeler aracılığıyla çözümlenmeye çalışılmaktadır. Bu durumda yabancı yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından ancak Çin (veya devlet kurumları) ile yapılan tahkim anlaşması veya ikili yatırım anlaşmalarıyla milletlerarası tahkim mahkemesine gidilmesi mümkün olduğu söylenebilir.

3. TÜRK HUKUKUNDA DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLARDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

3.1. Genel Olarak

Genel olarak yatırımcı-devlet arasındaki yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar milletlerarası tahkimden çözümlenebileceği gibi ev sahibi ülke mahkemelerinde de çözümlenebilecektir. Ancak yukarıda sıkça belirttiğimiz üzere yabancı yatırımcıların ev sahibi ülke mahkemelerine karşı duydukları birtakım endişelerden dolayı uyuşmazlıkların ev sahibi ülke mahkemelerinde çözümlenmesinden kaçınılmaktadır. Konu Türkiye bakımından değerlendirildiğinde çoğu ülke gibi Türkiye de uyuşmazlıkların yerel mahkemelerde çözümlenmesini teşvik etmektedir. Bunun en güzel örneği Türkiye Model İkili Yatırım Anlaşması'nda⁷²⁴ görülebilmektedir. Model ikili yatırım anlaşmalarının en temel özelliği, ev sahibi ülkenin benimsediği yabancı yatırımcılarına ilişkin esas

⁷²² Çin Yabancı Yatırımlar Kanunu ilk taslak metni m.118. İngilizce metin için bkz, <https://www.uschina.org/china-hub/english-translation-draft-foreign-investment-law> (Erişim tarihi: 28.03.2019).

⁷²³ Çin Halk Kongresi tarafından kabul edilen kanunun son metni için bkz, <https://npcobserver.com/lawlist/foreign-investment-law/>, (Erişim tarihi: 28.03.2019).

⁷²⁴ Model anlaşmanın 9/2 kapsamında yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklar ev sahibi ülke yetkili mahkemesi yanı sıra milletlerarası tahkim mahkemelerinde (ICSID ve UNCITRAL kurallarına göre oluşturulan ad hoc tahkimi) de çözümlenebileceği belirtilmektedir. Anlaşma metni için bkz, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2852>, (Erişim tarihi: 1.04.2019). Türkiye Model İkili Yatırım Anlaşması'nın incelemesi için bkz, Şit, 2013, a.g.k., 107.

hükümler içermesidir. Doğal olarak, söz konusu hükümler karşılıklı müzakereler sonucunda değiştirilebilir veya yeni hükümler eklenebilmektedir. Aşağıda Türkiye hukuku çerçevesinde yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların ev sahibi ülke mahkemeleri yanı sıra Türkiye’de bulunan kurumsal tahkimlerde çözümlenmesine ilişkin açıklama yapılacaktır.

3.2. Yerel Mahkemeler

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların ev sahibi ülke mahkemelerinde çözümlenmesiyle ilgili başlıca sorunlar olarak; milli mahkemelerinin doğası gereği iç hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuş olması, milli mahkemelerinin içinde bulundukları genel sosyal, siyasal, ekonomik ve kültürel politikalarına az ya da çok bağlı olması, milli mahkemelerinin bürokratik yapıya sahip olması ve bu nedenle sıkı kurallar tabi tutulması, uluslararası karakterli ticari uyuşmazlıklar bakımından milli mahkemelerin deneyim ve uzmanlığa sahip olmaması gibi birtakım hususlar belirtilebilmektedir⁷²⁵. Ev sahibi ülke mahkemelerine ilişkin belirtilen sorunlar yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından da geçerlidir. Bunun de ötesi yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda taraflardan birinin ev sahibi ülke olması (kamu tüzel kişileri) ve yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların uluslararası ticari uyuşmazlıklara nazaran daha büyük miktarlara ulaşması konunun önemini daha da artırmaktadır. Öte yandan uyuşmazlığın çözümü bakımından ev sahibi ülke mahkemesi sosyal, siyasi ve başka nedenlerden ötürü seçilmiş olabilmektedir. Ev sahibi ülke ile yapılan yatırım anlaşmasında tahkim kaydının bulunmaması hâlinde ev sahibi ülke uyuşmazlıkların kendi mahkemelerinde çözümlenmesini teşvik edebilir ve bu bağlamda ev sahibi ülke uyuşmazlığın kendi mahkemelerinde çözümlenmesi konusunda yabancı yatırımcıyı ikna edebilmektedir. Bu noktada söz konusu ülke yatırım anlaşmalarından kaynaklanan bir uyuşmazlığın başka bir devlet mahkemelerinde görülmesi konusunda endişe duymaktadır⁷²⁶.

Türk hukukunda uzun yıllar boyunca devlet ve kamu tüzel kişilerinin taraf olduğu idari sözleşmelerden (özellikle imtiyaz sözleşmeleri ve yap-işlet-devret modeli kapsa-

⁷²⁵ C. Şanlı (2016). Uluslararası ticari akitlerin hazırlanması ve uyuşmazlıkların çözüm yolları, İstanbul: Beta Basım, 6.Baskı, 74.

⁷²⁶ Şanlı, 2016, a.g.k., 75.

mında yapılan sözleşmeler) kaynaklanan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkimde çözülmesine izin verilmemiştir. Milletlerarası tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlarda sıkça görüldüğü üzere yatırımcı-devlet arasındaki yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar ev sahibi ülkenin taraf olduğu idari sözleşmelerden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte Türk doktrininde de tartışmalara neden olmuştur ve ağırlıklı olarak idari sözleşmelere tahkim kaydı konulması hâlinde Türkiye bakımından önem arz eden yatırım projelerinin Danıştay denetiminden geçirilmesi gerektiğini ifade edilmiştir⁷²⁷.

Türkiye, ülkeyedaha fazla yabancı yatırım çekmek ve milletlerarası alanda yabancı yatırımcılara olumlu mesaj verebilmek için yatırımcı-devlet arasındaki yatırımla bağlantılı uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin Türk mevzuatında bulunan birkaç yasal engeli kaldırmıştır⁷²⁸. Bu bağlamda 1999'de Anayasa'da yapılan değişiklikle idari sözleşmeden kaynaklanan yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların milletlerarası tahkime götürülmesi mümkün hâle getirilmiştir⁷²⁹. Böylece yapılan yasal değişiklikten sonra idari sözleşmeler kapsamında yatırımcı-devlet arasındaki yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası tahkime gitme imkânı sağlanmıştır.

Genel olarak Türk hukukunda idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından idare mahkemeleri⁷³⁰ ve kamu hizmeti imtiyaz uyuşmazlıkları bakımından Danıştay⁷³¹ görevli mahkeme olarak kabul edilmektedir⁷³². Yetkili mahkeme bakımından ise, yasa il özel yetkili mahkemenin belirtilmediği hâllerde kural olarak idari sözleşmeyi

⁷²⁷ Türkiye Barolar Birliği (1999) İdari sözleşmeler ve uluslararası tahkim, Panel, Ankara, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/is-ut.pdf>, (Erişim tarihi: 1.04.2019); E. Nomer, N. Ekşi ve G. Öztekin Gelgel (2016). Milletlerarası tahkim hukuku, Cilt I, İstanbul: Beta, 5.Baskı, 179-186.

⁷²⁸ V. R. Seviğ (2000). Kamusal hizmetlerde yabancı yatırım ve tahkim, *MHB*, 19-20, 904-907; A. Gülan (2001). Kamu hizmetlerinin dönüştürücü etkisi karşısında tahkimin geleceği, Ankara: Liberty Yayınları, 140-154; A. Gülan (1998). Türkiye'de kamu hizmetlerinin gelişimi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 56 (1-4), 98-100.

⁷²⁹ RG 14.08.1999 – 23786.

⁷³⁰ 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunu m.5/1-c. (RG 20.01.1982 - 17580).

⁷³¹ 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24.maddesinde Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davalar arasında "tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar" belirtilmiştir. RG 20.01.1982 – 17580.

⁷³² İdari sözleşmeler bakımından tahkim anlaşmasının uygulanması için bkz, S. Güneş (2016). İmtiyaz sözleşmelerinde tahkim, *Public and Private International Private Law*, 37(2), 408-432; H. Yıldız (2014). Kamu hukuku ile özel hukukun kesiştiği yer: Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolu, *TBB 111*, 280-296; Z. Aslan ve N. Arat (2005). Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklardan tahkim usulü, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 8(2), 2-25.

yapan idari merciinin bulunduğu yerdeki idari mahkeme yetkili kılınmıştır⁷³³. Türk hukukunda artık yatırımcı-devlet arasındaki yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları yerel mahkemelerin yanı sıra milletlerarası tahkimde çözümlenmesi mümkün olmaktadır. Uygulamada sıkça görüldüğü üzere ev sahibi ülke mahkemeleri yabancı yatırımcının ev sahibi ülke mahkemelerine karşı duyduğu endişelerinden dolayı tercih edilmemektedir. Bazı durumlarda yabancı yatırımcı ev sahibi ülkenin idari kurumlarının yasadışı eylemlerine karşı ev sahibi ülke mahkemelerine başvurma zorunluluğu ortaya çıkabilmektedir. Böyle durumda yabancı yatırımcı uyuşmazlıkla ev sahibi ülke mahkemelerine başvurmakla milletlerarası tahkim hakkını kaybetmiş de olabilmektedir. Ancak belirtelim ki, yabancı yatırımcı tarafından ev sahibi ülke mahkemelerine yapılan tüm başvurular bu kapsamda değerlendirilemez. Bu bağlamda uyuşmazlıkla ilgili ev sahibi ülke mahkemelerine başvurulduktan sonra aynı konuda milletlerarası tahkim mahkemesine başvuruyu yatırımcı bakımından milletlerarası tahkim yolunun kapanmasına yol açabilmektedir. Bu bakımdan yabancı yatırımcı ev sahibi ülke mahkemelerine başvuruda bulunurken başvurunun niteliğini dikkate almalıdır.

3.3. Milletlerarası Tahkim Mahkemeleri

Milletlerarası tahkim kurumlarının temel özelliği tahkim yargılamasının bulundukları ülke hukuku çerçevesinde cereyan etmesidir. Bu bağlamda Türk hukukunda milletlerarası tahkimle ilgili hususlar Milletlerarası Tahkim Kanunu⁷³⁴ ile düzenlenmektedir. Kanun önemli ölçüde İsviçre Milletlerarası Tahkim Kanunu ile UNITRAL Model Kanunu'ndan esinlenmiştir⁷³⁵. Söz konusu kanunun hazırlanmasında Türkiye'nin ülkeye daha fazla yabancı yatırım çekmek istemesinin en önemli etkenlerden birisi olduğunu ifade edilmiştir⁷³⁶. Kanunun 2.maddesi çerçevesinde yabancılık unsurunun tespitine yönelik birkaç ölçütler belirtilmektedir ve bir uyuşmazlıkla bahse konu yabancı unsurunun

⁷³³ İdari Yargılama Usulü Kanun m.32/1 (RG 20.01.1982 – 17580).

⁷³⁴ RG 5.7.2001 – 24453.

⁷³⁵ Milletlerarası Tahkim Kanununa ilişkin değerlendirmeler için bkz, Z. Akıncı (2016 a). Milletlerarası tahkim, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 4.Baskı, 49-72; F. B. Tanrıbilir ve B. Şit (2002). Milletlerarası tahkim müessesesi ve yeni milletlerarası tahkim kanunu, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 22 (2), 821-837; V. R. Seviğ (2002). Milletlerarası tahkim kanununun özellikleri, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 22 (2), 745-750; V. Doğan (2019). Milletlerarası özel hukuk, Ankara: Seçkin, 5.Baskı, 127-136; N. Ekşi (2003). Milletlerarası tahkim kanunu hakkında genel bir değerlendirme, 23(1-2), 295-338; E. Nomer, N. Ekşi ve G. Öztekin Gelgel (2008). Milletlerarası tahkim hukuku, İstanbul: Beta Yayınları, C.I, 3.Baskı.

⁷³⁶ Ekşi, 2003, a.g.k., 298.

bulunması hâlinde milletlerarası nitelik kazanacağı belirtilmektedir⁷³⁷. Başka bir deyişle, kanun kapsamında yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar⁷³⁸ yanı sıra imtiyaz sözleşmeleri uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Bu noktada belirtelim ki, kanunun konu bakımından sınırlandırılmasında iki husus dikkate alınması gerekmektedir. İlk olarak, kanun hükümleri Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar bakımından uygulanmaz (m.1). İkinci husus ise tarafların aralarındaki uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gerekmektedir.

Genel olarak muhtelif tahkim kurumları arasında farklılık bulunmamaktadır. Bu çerçevede her tahkim kurumu taraflara ve hakemlere önemli ölçüde irade serbestisi tanımaktadır ve yargılama milletlerarası tahkim uygulamalarında yerleşmiş temel ilkeler çerçevesinde yürütülmektedir. Bu nedenden ötürü tahkim kurumları arasındaki rekabet tahkim kurallarından ziyade tahkim kurumunun bulunduğu ülkenin muayyen bir ticari özelliği yanı sıra bölgesel özelliği üzerinde olmaktadır⁷³⁹.

3.3.1. İstanbul Tahkim Merkezi

Türkiye’de 1960’lı yıllardan itibaren çağdaş, tarafsız ve bağımsız bir tahkim merkezi oluşturmaya ilişkin birtakım çalışmalar yapılmış ancak yapılan çalışmalardan bir sonuç alınamamıştır⁷⁴⁰. 2014 tarihinde ise Finans Merkezi Projesi⁷⁴¹ kapsamında İstanbul Tahkim Merkezi kurulmuştur⁷⁴². Kanunun 1.maddesi kapsamında yabancılık unsuru taşıyan hususlar da dâhil olmak üzere uyuşmazlıkların tahkim ve alternatif çözüm yöntemleriyle çözülmesini sağlamak üzere İstanbul Tahkim Merkezi’nin kurulması ile Merkezin teşkilat ve faaliyetlerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir. İstanbul Tahkim Merkezi özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişi niteliğine sahiptir. Ancak İstanbul Tahkim Merkezi’nin kanun ile kurulmuş olması bazı eleştirilere neden olmuştur. Bu bağlamda tahkim merkezi kurulmasındaki başlıca amacın devlet baskısından uzak tutulan bir yar-

⁷³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz, Akıncı, 2016a, a.g.k., 56.

⁷³⁸ Kanunun 2.maddesi kapsamında tarafların yerleşim yeri, olağan oturma yeri ya da işyerlerinin bulunduğu yer, tahkim yeri, ifa yeri veya sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu yer, yabancı sermaye veya kredi, ülkelerarası mal ve sermaye girişi yabancılık unsurunun tespiti bakımından ölçüt olarak belirtilmiştir.

⁷³⁹ Z. Akıncı (2013 b). Neden İstanbul Tahkim Merkezi, Yaşar Üniversitesi Dergisi. Cilt 8. Özel Sayı Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 81-85.

⁷⁴⁰ H. Pekcanitez (2012). İstanbul Tahkim Merkezi kanun taslağı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C.12, Özel Sayı, 635.

⁷⁴¹ Proje kapsamında İstanbul’da bağımsız ve özerk yapıya sahip uluslararası alanda rekabet edebilecek kurumsal tahkim kurulması kararlaştırılmıştır. RG 02.10.2009 – 27369.

⁷⁴² RG 29.11.2014 – 29190.

gılama sistemi içerisinde uyuşmazlığın çözülmesi iken İstanbul Tahkim Merkezinin kanun ile kurulmuş olması bu bakımdan ciddi endişelere yol açabileceği belirtilmiştir. Bunun da ötesinde uyuşmazlık taraflarından birisinin ev sahibi devlet veya kamu kurumları olması hâlinde İstanbul Tahkim Merkezi'nin tarafsız ve bağımsız olması konusunda ciddi ve haklı eleştirilere sebebiyet verebilmektedir⁷⁴³.

Öte yandan İstanbul Tahkim Merkezi coğrafi, ekonomik, bölgesel ve kültürel açıdan avantajlı konumdadır. Bu kapsamda Orta Doğu ve Orta Asya ülkeleri bakımından Türkiye'nin uluslararası ticaretin merkezinde yer aldığı ve Türkiye'nin Orta Doğu ve Orta Asya ülkelerine dolaşım özgürlüğü ve vize konularında kolaylık sağlamaktadır⁷⁴⁴. İstanbul Tahkim Merkezi'nin söz konusu özelliklerinden dolayı özellikle Orta Doğu ve Orta Asya ülkelerinden daha fazla dava çekmesi beklenmektedir. Dolayısıyla Türkiye'nin gerek taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar bakımından gerek tahkim mevzuatı bakımından Türkiye'nin tahkim merkezi olması için herhangi bir eksikliğin bulunmadığı belirtilmektedir⁷⁴⁵.

Yukarıda belirtildiği üzere yatırımcı-devlet arasındaki yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar İstanbul Tahkim Merkezi'nde çözümlenebilirler. Bu noktada belirtelim ki, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı İstanbul Tahkim Merkezi'ne sunmaları konusunda tahkim anlaşması yapmış olmaları ya da milletlerarası anlaşmalarda düzenlenen uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin hükümde İstanbul Tahkim Merkezi'ne atıf yapılmış olması gerekmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların İstanbul Tahkim Merkezi'ne sunulması konusunda doğrudan atıf yapılmamış olmasına rağmen Türkiye'nin taraf olduğu bazı ikili yatırım anlaşmaları kapsamında İstanbul Tahkim Merkezi yetkili görülebilir. Örneğin, Türkiye-Rusya İkili Yatırım Anlaşması'nın (2000) m.10/2-a kapsamında uyuşmazlığın “yatırımın yapıldığı ülkesinde yapıldığı Akit Tarafın yetkili mahkemesi ya da tahkim mahkemesi” ile çözümlenebileceği belirtilmektedir. Bahse konu hüküm öneri niteliğindedir. Bu hükmün uygulanabilmesi için yabancı yatırımcının öneriyi kabul etmesi ve İstanbul Tahkim Mahkemesi'ne atıfta bulunması gerekmektedir.

⁷⁴³ N. Gül (2012). İstanbul Tahkim Merkezi kanunu tasarısının değerlendirilmesi, *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, 193.

⁷⁴⁴ Akıncı, 2016a, a.g.k., 434-435.

⁷⁴⁵ Akıncı, 2013b, a.g.k., 87.

3.3.2. İstanbul Ticaret Odası ve Arabuluculuk Merkezi

İstanbul Ticaret Odası ve Arabuluculuk Merkezi (İTOAM) İstanbul Ticaret Odası bünyesinde ticari uyuşmazlıklar bakımından tahkim hizmeti veren bir tahkim kurumudur⁷⁴⁶. 1979 tarihinde İstanbul Ticaret Odası ticari ve sınai uyuşmazlıkların çözümlenmesi için kendi bünyesinde bir uyuşmazlık çözüm sistemi oluşturulmuştur⁷⁴⁷. Bu bağlamda İstanbul Ticaret Odası çatısı altında uzlaştırma, tahkim ve bilirkişilikten oluşan üç müessese kurulmuştur⁷⁴⁸. Merkez Yönetmeliği'nin 2. maddesi kapsamında tarafların uzlaştırma, tahkim veya bilirkişilik hizmetlerinden yararlanabilmeleri için taraflardan herhangi birisinin İstanbul Ticaret Odası veya İstanbul Sanayi Odasıyahut İstanbul Ticaret Borsası veya İstanbul ve Marmara Bölgesi Deniz Ticaret Odası üyesi olması şartı aranmaktadır. Bahse konu üyelik şartının gerçekleşmemesi hâlinde uzlaştırma, tahkim veya bilirkişilik hizmetinin sunulması oda yönetim kurulunun iznine tabi tutulmaktadır.

2017 tarihinde İTOAM tahkim kurallarını gözden geçirmiş ve güncellemiştir. Bu çerçevede güncellenen yeni tahkim kurallarda önemli ölçüde UNCITRAL Model Kanunu esas alınmıştır. İTOAM'ın yapısı ve kuruluşu amacıyla uluslararası ticari uyuşmazlıklardan ziyade kendi bünyesinde bulunan üyelere tahkim hizmeti sunmaktadır. Ancak bu noktada belirtelim ki, Türkiye'nin taraf olduğu bazı ikili yatırım anlaşmaları⁷⁴⁹ seçime bağlı olarak İTOAM'ne atıfta bulunulmuştur. Örneğin, Türkiye-Afganistan İkili Yatırım Anlaşması'nın (2005) 7/2-c fıkrasına uyarınca "Eğer uyuşmazlıklar... çözümlenemezse; yatırımcının seçebileceği aşağıdaki mercilere sunulabilir:

- a) Her iki Tarafında bu Sözleşmeye imzacı olmaları hâlinde, "Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Sözleşmesi" ile kurulmuş olan Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkezi (ICSID),
- (b) Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun Tahkim Kurallarına göre bu maksatla kurulacak bir tahkim mahkemesi (UNCITRAL), veya
- (c) İstanbul Ticaret Odası Tahkim, Uzlaştırma ve Hakem Bilirkişilik Müessesesi
- (d) Afgan Ticaret Odası Tahkim Komisyonu "

⁷⁴⁶ İstanbul Ticaret Odası ve Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi, <https://www.itotam.com/>, (Erişim tarihi: 2.04.2019).

⁷⁴⁷ Pekcanitez, 2012, a.g.k., 637.

⁷⁴⁸ Söz konusu kurumlar İstanbul Ticaret Odası Tahkim-Uzlaştırma-Bilirkişilik Yönetmeliği çerçevesinde yürütülmektedir.

⁷⁴⁹ Türkiye-Mısır İkili Yatırım Anlaşması m.7/2-e.

Görüldüğü üzere Türkiye'nin taraf olduğu bazı ikili yatırım anlaşması kapsamında uyuşmazlığın çözümlenmesine ilişkin seçime bağlı olarak İTOAM'ne gidebileceği belirtilmektedir. Daha önce belirtildiği üzere, ikili yatırım anlaşmaları kapsamında ev sahibi ülkenin tahkime rıza göstermesi bakımından aranan en önemli şart hükmün açık, bağımsız ve net şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Türkiye-Afganistan İkili Yatırım Anlaşması'nın m.7/2 bahse konu şartlarla örtüşmektedir. Bu anlamda yabancı yatırımcının öneriyi kabul etmesi hâlinde yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlığın çözümlenmesi bakımından İTOAM'ni yetkilendirilmiş olacaktır.

3.4. Milletlerarası Tahkime Gitme Konusunda Rıza Şartının Oluşumu

3.4.1. Tahkim anlaşması

Kural olarak yatırımcı-devlet arasındaki yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkime sunulması için tahkim anlaşması yapılması gerekmektedir. Ancak yatırımcı-devlet arasındaki yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim anlaşması yapmak suretiyle milletlerarası tahkimde çözümlenmesi yaygın değildir. Günümüzde tahkim anlaşmalarının yerini ev sahibi ülkelerin taraf olduğu iki ve çok taraflı yatırım anlaşmaları aldığı söylenebilir.

Tahkim anlaşmasının ikili yatırım anlaşmalarında düzenlenen tahkim kaydına nazaran en temel özelliği çift yönlü etki doğurmasıdır. Şöyle ki, tahkim anlaşması yabancı yatırımcı ile ev sahibi ülkeye milletlerarası tahkime gitme hakkı tanımaktadır. Öte yandan ikili yatırım anlaşmalarında bulunan tahkim kaydı ancak yabancı yatırımcıya ev sahibi ülkeye karşı tahkime gitme imkânı sağlamaktadır. Çünkü ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcıya yaptığı tahkim önerisi tek taraflı öneri niteliğinde ve önerinin geçerli olabilmesi için yabancı yatırımcı ev sahibi ülke tahkim önerisini kabul etmesi gerekmektedir⁷⁵⁰. Bununla birlikte tahkim anlaşması (veya yatırım anlaşmasında yer alan tahkim kaydı) ikili yatırım anlaşmasında veya ev sahibi ülke yatırım kanununa konulan tahkim kaydına nazaran öngörülebilir ve yönetilebilirdir⁷⁵¹. Çünkü tahkim anlaşmasının konusu muayyen yatırım veya yatırım projesini kapsamaktadır. Tahkim anlaşması, yatırımcı ve ev sahibi ülke arasında yapılacak müzakereler yoluyla yatırım

⁷⁵⁰ Bkz, H.E. Kjos (2013). *Applicable law in Investor-State Arbitration: The Interplay between national and international law*, Oxford: Oxford University Press, 105-154.

⁷⁵¹ M. Loughlin and G. V. Harten (2006). *Investment treaty arbitration as a specific of global administrative law*, *The European Journal of International Law* 17(1), 144.

projesinin içinde bulunduğu koşullar çerçevesinde değiştirilebilir veya yeni hükümler eklenebilmektedir. Bu anlamda tahkim anlaşması ikili yatırım anlaşmalarına nazaran taraf iradelerini daha iyi yansıtmakta ve tahkim anlaşmasına ilişkin hususlar kolay değiştirilebilmektedir. Buna karşın ikili yatırım anlaşmaları veya ev sahibi ülke yatırım kanunlarında düzenlenen tahkim kaydı belirli yatırımcı grubu bakımından geçerli olmakta ve bu nedenle söz konusu tahkim kaydı genel rıza şartı olarak ifade edilmektedir. Bu bağlamda ikili yatırım anlaşmaları iki devlet arasında yapıldığında göre tahkim anlaşmasına kıyasla belirli bir yatırım projesine özgü hükümler içermekten ziyade devletin genel yatırım politikaları çerçevesinde hazırlanmaktadır.

Tahkim anlaşmasının içeriği taraf iradelerini yansıtacak şekilde açık ve anlaşılır olması gerekmektedir. İleride ortaya çıkabilecek belirsizlikleri önleyebilmek adına milletlerarası tahkim mahkemeleri tarafından hazırlanan model tahkim kayıtlarının esas alınması yararlı olacaktır. Örneğin, yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklar bakımından ICSID tahkimini yetkili kılan ICSID model hükümleri bulunmaktadır⁷⁵². Çalışmamızın bu kısmında Tahkim anlaşmasına ilişkin Türk hukukunda öngörülen şartlardan ziyade tahkim anlaşması bakımından önem arz eden temel şartlar ve milletlerarası yatırım hukuku bakımından tahkim anlaşmasına ilişkin hususlara değinilecektir.

3.4.1.1. Tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsızlığı

Türk hukukunda tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsızlığı ilkesi ağırlıklı olarak kabul edilmektedir⁷⁵³. Yoksa asıl sözleşmenin geçersiz olması ile tahkim kaydının da geçersiz sayılması durumunda uyuşmazlık tahkimde çözümlenemeyecektir. Bu uyuşmazlığı tahkimde çözümlenmesini istemeyen taraf asıl sözleşmenin geçersizliği iddiasında bulunarak uyuşmazlığı tahkim mahkemesi yerine mahkemelerinde çözümlenmesine yol açacaktır⁷⁵⁴. Tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsızlığı ilkesi, Milletlerarası Tahkim Kanunun 4.maddesinde de düzenlenmektedir. Buna göre “ Tahkim anlaş-

⁷⁵² Taraflar aralarındaki uyuşmazlığın çözümlenmesi bakımından ICSID Tahkimini yetkili kılacak ise ileride ortaya çıkabilecek belirsizliklerin önüne geçmek için ICSID tahkiminin kalıp ifadelerinin kullanılması isabetli olacaktır. Bkz, ICSID Model Clauses, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Model-Clauses.aspx>, (Erişim tarihi: 3.04.2019).

⁷⁵³ Z. Akıncı (2005 c). Tahkim şartı, Milletlerarası tahkim semineri, Ankara, 147; B. Kuru (2001). Hukuk muhakemeleri usulü, C: VI, B:6, İstanbul, 5942; M. Erkan (2013). Tahkim şartının ayırabildiği prensibinin asıl sözleşmenin yokluğu durumunda değerlendirilmesi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVII, S.1-2, 539.

⁷⁵⁴ Akıncı, 2016 a, a.g.k., 115.

masına karşı, asıl anlaşmanın geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz”. Görüldüğü üzere tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsızlığı ilkesi benimsenmiştir. Genel olarak Türk mahkemeleri tahkim anlaşmasının bağımsızlığı esasını kabul etmektedir⁷⁵⁵. Bununla birlikte Türk mahkemeleri tarafından verileneski tarihli bir kararda tahkim kaydı asıl sözleşmenin bir kısmı olarak değerlendirilmiştir. Bu noktada belirtelim ki, Türk doktrinde bazı yazarlar da tahkim kaydının asıl sözleşmenin bir parçası olduğu yönündeki görüşte bulunmuşlar⁷⁵⁶.

Bazı durumlarda yatırım anlaşması birden fazla sözleşmeden oluşabilmektedir. Durum böyle olunca yatırım anlaşmalarının birkaçına tahkim kaydının konulması bazılarında ise konulmamış olma ihtimali de söz konusu olabilecektir. Bu noktada yatırım anlaşmasına konulan tahkim kaydı, ancak belirli yatırım ilişkileri bakımından mı ya da bir bütün yatırım ilişkisi bakımından mı geçerli olacağının sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Böyle bir durumda tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar tahkime gitme konusundaki rıza şartının geniş şekilde yorumlanması gerektiği yönündedir. Örneğin, *Klöckner v. Kamerun* tahkim davasında taraflar ICSID tahkim kaydı içeren ön sözleşme, anahtar teslim sözleşmesi ve bir gübre fabrikasının inşası için kuruluş sözleşmesi yapmışlardır. Aradan 4 sene geçtikten sonra taraflar kuruluş sözleşmesine yönetim sözleşmesi eklemişler ve taraflar bu sözleşmeye ICSID tahkim koymak yerine Milletlerarası Ticaret Odası tahkim kurallarına atıfta bulunmuşlar. Tahkim heyetine göre taraflar yönetim sözleşmesine tahkim kaydı koymamasına rağmen yönetimden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından yargılama yetkisinin bulunduğunu belirtmiştir. Tahkim heyeti incelemesinin devamında yönetim sözleşmesi taraflar arasındaki ilişkilerin düzenlemesinin bir parçası olduğunu ve tarafların ön sözleşmenin uygulanmasını yönetim sözleşmesiyle kabul ettiklerini ifade etmiştir⁷⁵⁷. Tahkim heyetine göre sözü geçen birbiriyle bağlantılı sözleşmeler bir bütün yatırım anlaşmasının yasal çerçevesini oluşturmaktadır⁷⁵⁸. Bu anlamda bir yatırım işlemi kapsamında yapılan sözleşmelerin birkaçında tahkim kaydının bulunması ve diğerlerinde tahkim kaydının bulunmaması hâlinde tahkim kaydı yatırımının bir bütünü

⁷⁵⁵ Yrg. 13. HD, 25.03.1971, E.1971/2152, K.1971/2829; Yrg. 13. HD, 26.05.1976, E. 1976/ 7803, K. 1976/

4297.

⁷⁵⁶ E. Ertekin ve İ. Karataş (1997). Uygulamada ihtiyari tahkim ve yabancı hakem kararlarının tenfizi tanınması, Ankara: Yetkin, 39.

⁷⁵⁷ *Klockner v. Cameron*, ICSID Case No.ARB/81/2, Award, para.65-69; *SOABI v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, para.47-58.

⁷⁵⁸ Ch. Schreuer (2007). Consent to arbitration, *Transnational Dispute Management* 5, 3;

bakımından geçerli olacaktır. Bununla birlikte daha önce belirttiğimiz üzere tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsızlığı ilkesi yatırım anlaşmaları bakımından da geçerlidir. Şöyle ki, ev sahibi ülke yatırım anlaşmasını yasa veya kararname çıkartmak suretiyle tek taraflı olarak iptal edebilmektedir. Bu anlamda yatırım anlaşmasının iptal edilmiş olması tahkim şartını etkilememektedir.

3.4.1.2. Tahkim anlaşmasına ilişkin şekil şartı

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4.maddesi kapsamında tahkim anlaşması geleneksel anlamdaki yazılı şekil şartı yanı sıra çağdaş iletişim araçlarıyla yapılabileceği belirtilmektedir. Buna göre “Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır”. Madde hükmünden görüldüğü üzere “elektronik ortama geçirilmiş olması ” durumunda da tahkim anlaşması olarak kabul edileceği ifade edilmektedir⁷⁵⁹. Dolayısıyla kanun hükmü kapsamında karşı tarafın tahkim itirazında bulunmaması halinde gereçli bir tahkim anlaşmasının bulunduğu kabul edilmektedir.

Günümüzde birçok ev sahibi ülke yabancı yatırımların kabulünü onay şartına tabi tutmaktadır. Bu durumda yabancı yatırımcı yabancı yatırımının kabulü için ev sahibi ülke yetkili makamlarına başvuruda bulunmaktadır. Bu bağlamda söz konusu başvuru dilekçesinin (formu) tahkim kaydının içermesi ve ev sahibi ülke yetkili makamları tarafından onaylanması hâlinde geçerli bir tahkim şartının varlığından bahsetmek mümkündür. Başka bir deyişle, bu durumda yatırım kabul dilekçesi tahkim anlaşması yerine geçmektedir. Benzer şekilde, yabancı yatırımlara ilişkin imtiyaz belgesi de tahkim kaydına ilişkin açık hükümlerin bulunması hâlinde tahkim anlaşması yerine geçebilmektedir⁷⁶⁰. Örneğin, *Amco v. Endonezya* tahkim davasında tahkim heyeti tarafların ICSID tahkimine gitme konusundaki rızasının ayrıca yazılı şekilde olması gerektiği talebinde bulunmamıştır. Buna karşın Endonezya yatırım başvuru formunda bulunan tahkim kaydının yatırımcının

⁷⁵⁹ Bkz, Z. Akıncı (2001 ç). Elektronik tahkim, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir, 430; B. Şit (2006). Tahkim anlaşmasının şekli: Yazılı şekil şartı ve internet aracıyla akdedilen tahkim anlaşmaları, *MHB* 25-26.

⁷⁶⁰ *Biwater Gauff Ltd v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, paras.255-258.

tahkim anlaşmasına taraf olduğu konusunda açık hüküm getirmediği iddiasıyla ICSID tahkimin yargılama yetkisinin bulunmadığını ileri sürmüştür. Hakem heyeti Endonezya iddialarını kabul etmemiştir. Tahkim heyeti tarafların tahkime gitme konusunda rızasının resmi şekilde (ayrı bir tahkim anlaşması) yapılmasının zorunlu olmadığını, yatırım anlaşmasının yazılı şekilde yapıldığını ve anlaşmanın ICSID tahkimine atıfta bulunduğunu ve bu nedenle uyuşmazlık üzerinde yargılama yetkisinin bulunduğu sonucuna ulaşmıştır⁷⁶¹.

3.4.1.3. Tahkim anlaşmasının geçerliliği

Milletlerarası yatırım hukukunda bulunan tahkim anlaşması uluslararası ticari ilişkilerde düzenlenen tahkim anlaşmasından farklılık arz etmektedir. Bu bakımından en belirgin fark tahkim anlaşmasının taraflarıdır. Milletlerarası yatırım hukukunda tahkim anlaşmasının taraflardan birisi hem zaman devlet veya kamu kurumları iken uluslararası ticari ilişkilerde düzenlenen tahkim anlaşması, hukuki ve ekonomik bakımdan eşit konumda bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasında yapılmaktadır. Bununla birlikte milletlerarası yatırım hukukundaki tahkim anlaşmasının konusu uluslararası ticari ilişkilere nazaran farklıdır⁷⁶². Bu nedenle milletlerarası yatırım hukukunda düzenlenen tahkim anlaşmasının geçerliliği Türk mevzuatının yanı sıra Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler⁷⁶³ kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Genel olarak ICSID tahkimi tarafından verilen kararlar tanıma ve tenfiz işlemine tabi tutulmaksızın icra edilmesi gerekmektedir⁷⁶⁴. Benzer durum Enerji Sözleşmesi kapsamında milletlerarası tahkim mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar bakımından da geçerli olacaktır⁷⁶⁵. ICSID tahkimi ve Enerji Şartı kapsamındaki milletlerarası tahkim ka-

⁷⁶¹Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/81/1, para.360.

⁷⁶² Uluslararası ticari sözleşmelere ilişkin hususlar için bkz, Şanlı, 2016, a.g.k, 291-384.

⁷⁶³ Türk Anayasasının 90.maddesinin son fıkrasında “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” (RG 9.11.1982 - 17863).

⁷⁶⁴ ICSID Sözleşmesi m.53-54. Bkz, N. Ekşi (2009). ICSID hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, İstanbul: Beta Yayınevi.

⁷⁶⁵ Enerji Şartı Sözleşmesinin 26.maddesi 8.bendi uyarınca “Faiz tazminatını da içerebilecek nitelikteki uzlaşma kararları, uyuşmazlık içinde bulunan taraflar için nihai ve bağlayıcı olacaktır. Uyuşmazlık içindeki Tarafın hükümet organları veya yetkililerinin bir önlemi ile ilgili olarak alınan bir uzlaşma kararı, Anlaşma Tarafının diğer telafi edici yaptırımlar yerine parasal zararları karşılayabilmesini sağlayacaktır. Anlaşma Taraflarının her biri, gecikmesiz olarak kararı uygulamaya başlayacak ve böyle kararların kendi Alanlarında etkili bir şekilde uygulanabilmesi için gerekli tedbirleri alacaktır”. Ayrıntılı bilgi için bkz, N. Ekşi (2009). Yargıtay kararları ışığında ICC hakem kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi, *Ankara Barosu Dergisi*, 67(1).

kararları dışında kalan tahkim mahkemeleri tarafından (örneğin, UNCITRAL) verilen kararlar bakımında ise tanıma ve tenfiz işlemleri uygulanacaktır. Bu bağlamda *New York Sözleşmesi*⁷⁶⁶, Sözleşmeye taraf olan ülkelerde verilmiş olan hakem kararlarının tanım ve tenfizinde ve Milletlerarası Özel ve Usul Hukuku Kanunu hükümleri, *New York Sözleşmesi*’ne taraf olmayan bir ülkede verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulanacaktır. Bu bakımdan Türkiye’de ICSID Tahkimi dışında yatırım tahkimi tarafından verilen kararların *New York Sözleşmesi* kapsamında tanınma ve tenfizi Türkiye’nin koyduğu ticari uyuşmazlıklarla ilgili çekinceye dolaylı mümkün değildir. Yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizini engelleyen durumlardan birisi geçersiz tahkim anlaşmasının bulunmasıdır⁷⁶⁷. Bu noktada belirtelim ki, hakem kararının kamu düzenine aykırılık tahkim anlaşmasını etkilemez. Şöyle ki, geçersiz bir tahkim anlaşmasının bulunması hakem kararının kamu düzeninden bağımsız olduğundan bağımsız olarak, hakem kararının tenfizini engelleyen bir ret sebebini teşkil etmektedir⁷⁶⁸.

Bazı durumlarda taraflar tahkim anlaşması veya tahkim kaydı koymak yerine yatırım anlaşmasında ikili yatırım anlaşmasına atıfta bulunmaktadırlar. Acaba böyle bir durumda ikili yatırım anlaşmasına yapılan atıf yatırım anlaşmasının yerine geçecek midir? *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. Slovakya* tahkim davasında benzer bir durum söz konusu olmuştur. Söz konusu dava bağlamında yabancı yatırımcı ve Slovakya arasında bir yatırım sözleşmesi bulunmaktadır. Yatırım sözleşmesinin 7.maddesi kapsamında “Bu sözleşme Çek Cumhuriyeti mevzuatı ve 23.10.1992 tarihli Çek-Slovakya İkili Yatırım Anlaşması çerçevesinde yürütülecektir” hükmü bulunmaktadır. Tahkim heyeti taraf iradelerinin tespitine yönelik taraflarca sözleşmenin müzakere sürecindeki hazırlanan taslak sözleşme metinlerini incelemiştir. Bunun sonucunda tahkim heyeti yatırım anlaşmasının son taslağında tahkim kaydının bulunmadığını tespit etmiştir. Ancak yatırım anlaşmasının imzalanmasından önce ikili yatırım anlaşmasıyla ilgili “onaylandıktan sonra” tabiri kaldırılarak ikili yatırım anlaşmasının imzalandığı tarih eklenmiştir. Hakem

⁷⁶⁶ RG 25.09.1991 – 21002. Türkiye, Sözleşmeye karşılıklılık şartı ve ticari konularla ilgili çekince koymuştur.

⁷⁶⁷ New York Sözleşmesinin 5. maddesi ve MÖHUK m.62. Bkz, C. Şanlı (1998). Türkiye’de Yargıtay kararlarına göre yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, *MHB*, 17-18; S. Özel (2017). Yabancı hakem kararlarının tenfizine engel bir durum: Tahkim sözleşmesinin engel olması, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Derneği*, 23(1); D. Tarman (2017). Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının Türkiye’de tenfizinde karşılaşılan sorunlara ilişkin bazı tespitler, *Public and Private law Bulletin*, 37(2), 798-820.

⁷⁶⁸ E. Nomer (1990). Hakem kararlarının kamu düzenine aykırılığı ve tahkim anlaşmasının geçerliliği, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C.10, S.1-2, 131.

heyeti yatırım anlaşmasının son taslağında tahkim kaydı bulunmadığını ancak taraflar ikili yatırım anlaşmasına atıfta bulunmak suretiyle uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hüküm getirdiğini ve bu hükmün taraflara ICSID Sözleşmesi veya UNCITRAL Kurallarına göre uyuşmazlıkları çözme imkânı sağladığını belirtmiştir. Tahkim heyetine göre yatırım anlaşmasının son taslağında geçen ikili yatırım anlaşmasına ilişkin “onaylandıktan sonra” tabiri tahkim kaydının geçerliliği ikili yatırım anlaşmasının yürürlüğe girme şartına bağlandığını fakat bu tabirin yatırım anlaşmasının imzalanmasından önce kaldırıldığını ifade etmiştir⁷⁶⁹. Dolayısıyla yatırım anlaşmasının hazırlık sürecinde taraflarca uyuşmazlık çözüm yolları müzakere edilmiştir ancak uyuşmazlığın Çek Cumhuriyeti’nin iç tahkim mahkemelerinde çözümlenmesine ilişkin hüküm taslağı Slovakya tarafından kabul edilmemiştir. Hakem heyetine göre bu husus tarafların uyuşmazlığın çözümlenmesi konusundaki irade beyanlarının milletlerarası tahkim yönünde olduğunu destekler niteliktedir⁷⁷⁰. Görüldüğü üzere yatırım anlaşmasında ikili yatırım anlaşmasına atıfta bulunulması geçerli bir yatırım anlaşması kapsamında değerlendirilebilmektedir. Bu noktada belirtilmesi gerekir ki, tahkim kaydının geçerliliği tarafların gerçek iradelerinin tespitine bağlıdır. Oysa taraflar tahkim kaydı konusunda hiçbir müzakere yapmaksızın yatırım anlaşmasında ikili yatırım anlaşmasına atıfta bulunması taraflara uyuşmazlığı tahkim mahkemesinde çözme imkânı sağlayamamaktadır. Bu bakımdan taraf iradelerinin tespiti bakımından tahkim kaydı yanı sıra yatırım anlaşmasının hazırlanması sürecinde yapılan müzakerenin içeriği önem arz etmektedir.

3.4.2. İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında Türkiye’nin milletlerarası tahkime rıza göstermesi

Günümüzde yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklar bakımından ev sahibi ülkenin tahkime gitme konusundaki rıza şartı, büyük ölçüde iki taraflı ve çok taraf yatırım anlaşmalarında bulunan özel hükme dayanmaktadır. ICSID tarafından yayınlayan istatistiklere göre ICSID Tahkimine başvurulmuş dava dosyalarının %60’ında ICSID Tahkimin yargılama yetkisi bakımından rıza şartı ikili yatırım anlaşmalarına dayanmaktadır⁷⁷¹. Bu durum, yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde ikili ve çok taraflı yatırım

⁷⁶⁹Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak, ICSID Case No. ARB/97/4, para.53.

⁷⁷⁰Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak, para.54.

⁷⁷¹ICSID Caseload: Statistics, Issue 2019-1, [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(English).pdf), (Erişim tarihi: 8.04.2019).

anlaşmalarında düzenlenen yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükümlerinin uygulama alanının ne kadar geniş olduğunu ortaya koymaktadır. Genellikle ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklar dâhil olmak üzere yabancı yatırımların korunması ve teşvikine ilişkin benzer hükümler içermesine rağmen gerek kapsam gerek uygulama alanı bakımından farklıdır.

Daha önce belirttiğimiz üzere milletlerarası yatırım hukukunda yaşanan son gelişmeler birçok gelişmekte olan ülkeler (Endonezya, Güney Afrika, Hindistan, Ekvador, Venezuela) yanı sıra gelişmiş ülkeler (İrlanda, İtalya, Danimarka, Polonya) de yatırım politikalarının gözden geçirdiğini ve milletlerarası yatırım anlaşmalarından tek taraflı olarak çekildiği görülmektedir. Özellikle AB ülkelerinin bu konudaki tutumu dikkat çekicidir. Örneğin, 26.04.2018 tarihinde Hollanda Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan bir bildirmede Hollanda'nın AB'ne üye ülkelerle yaptığı on iki ikili yatırım anlaşmasını askıya alma tavsiyesinde bulunmuştur⁷⁷². Bahse konu gelişmelerin ardında yatan en önemli etken mevcut milletlerarası yatırım anlaşmalarının ağırlıklı olarak yatırımcı haklarının korunmasına ilişkin olması ve bunun giderek öngörülemez şekilde ev sahibi ülke egemenlik hakları üzerinde kısıtlama getirdiği endişeleridir⁷⁷³.

İkili yatırım anlaşmasında düzenlenen tahkim kaydının en önemli özelliği ev sahibi ülkenin muayyen uyuşmazlıklar bakımından tek taraflı olarak milletlerarası tahkime gitme konusunda öneri niteliğinde kabul edilmesidir⁷⁷⁴. Ancak ev sahibi ülke tarafından verilen öneri niteliğindeki rıza şartı, milletlerarası tahkimin yargılama yetkisinin oluşumu bakımından yeterli görülmeyebilir. Bu nedenle tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlarda görüldüğü üzere her ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hüküm ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkime gitme konusundaki rıza şartının oluşumu bakımından içinde bulunduğu koşullar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Ev sahibi ülke tarafından verilen söz konusu rıza şartının hukuki sonuç doğurabilmesi için önerinin yabancı yatırımcı tarafından kabul edilmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte ev sahibi ülkenin tahkim konusun-

⁷⁷² Letter from the Minister of Foreign Trade and Development to the Chair of the House of Representatives, Kamerstuk 21 501-02, nr. 1481, Den Haag, April 9, 2015, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-21501-02-1481.html>, (Erişim tarihi: 17.04.2019).

⁷⁷³B. Wychera and W. Mimmagh (2019). The nature of state consent expressed in BITs, Austrian Yearbook on International Arbitration, Viyana: Verlag, 407.

⁷⁷⁴ UNCTAD, 2003e, a.g.k, 17; Sornarajah, 2008, a.g.k, 306; Schreuer and Stevens, 1994, a.g.k, 110;

daki rızası belirli şartlara tabi tutulabilmektedir (yabancı yatırımcının milletlerarası tahkime gitmeden önce bekleme süresini doldurmuş olması veya yabancı yatırımcının uyuşmazlığı ev sahibi ülkede bulunan idari makamlara başvuruda bulunmuş olması gibi).

Aşağıda genel olarak ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında düzenlenen yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlerden ziyade Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında düzenlenen yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin hükümler irdelenecektir. Bu çerçevede Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı anlaşmalar bakımından Türkiye'nin yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde yabancı yatırımcıya verdiği rıza kapsamı, söz konusu rıza şartının geçerli olabilmesi bakımından öngörülen bekleme süresi ve seçime bağlı hükümler (yolun çatallaşması) değerlendirilecektir.

3.4.2.1. Uyuşmazlığın konu bakımından kısıtlanması

Yukarıda belirttiğimiz üzere ev sahibi ülkenin tahkime gitme konusundaki rıza kapsamı veya yabancı yatırımcının hangi uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası tahkime gidebileceği konusu birçok anlaşmada farkı şekilde düzenlenmiştir. Daha önce belirtildiği üzere, Rusya ve Çin'in taraf olduğu iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında, kamulaştırmadan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından ancak tazimatın miktarıyla ilgili uyuşmazlıklar milletlerarası tahkime götürebilmektedir. Bahse konu hükmün hukuki sonuçları gerek tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlarda gerek doktrinde açıklığa kavuşturulduğu söylenemez. Ancak bu hükmün ağırlıklı olarak ev sahibi ülkenin rıza kapsamını kısıtladığı kabul edilmektedir.

Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması'nda yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklar bakımından yabancı yatırımcının “yatırımla bağlantılı (*in connection with his investment*) ” uyuşmazlıklarla ilgili konularda milletlerarası tahkime gidebileceği belirtilmektedir (m.9). Türkiye'nin taraf olduğu birçok ikili yatırım anlaşmasında da benzer yaklaşım benimsenmiştir⁷⁷⁵. Bununla birlikte Türkiye'nin taraf olduğu bazı ikili yatırım

⁷⁷⁵ Türkiye - Afganistan İkili Yatırım Anlaşması (2005) m.7/1; Türkiye-Arnavutluk İkili Yatırım Anlaşması (1996) m.10/1; Türkiye-Avustralya İkili Yatırım Anlaşması (2009) m.13/1; Türkiye-Azerbaycan İkili Yatırım Anlaşması (2013) m.11/1; Türkiye-Çek İkili Yatırım Anlaşması (2009) m.8/1; Türkiye-Mısır İkili Yatırım Anlaşması (2002) m.7/2.

anlaşmalarında yabancı yatırımcının milletlerarası tahkime gidebileceği uyuşmazlık kapsamı kısıtlanmıştır⁷⁷⁶. Bilindiği üzere ikili yatırım anlaşmalarının ve model anlaşma metinlerinin hazırlanmasında ev sahibi ülkenin tercih ettiği eğilimler, sermaye ihraç etme ve sermaye ithal etme gibi hususlar belirleyici olmaktadır. Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması'nda birçok ev sahibi ülke model ikili yatırım anlaşmalarında olduğu gibi, yabancı yatırımcının “yatırımla bağlantılı” uyuşmazlıkları tahkime götürebileceği hüküm altına alınmaktadır. Ancak model anlaşmada “yatırımla bağlantılı” uyuşmazlık kapsamı belirlenmemiş ve bu konuda herhangi bir açıklık getirilmemiştir⁷⁷⁷. Öte yandan Türkiye'nin taraf olduğu birçok serbest ticaret anlaşmasında⁷⁷⁸ yabancı yatırımcının milletlerarası tahkime gördürebileceği uyuşmazlık kapsamı açık ve net şekilde ifade edilmiştir. Örneğin, Türkiye-Singapur Serbest Ticaret Anlaşması'nın⁷⁷⁹ 12/14. maddesi kapsamında yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklar asgari muamele standardı, ulusal muamele, en çok gözetilen ulus muamelesi, kayıpların tazmini, performans şartları, yönetim kurulu ve üst yönetim, istisnai önlemler, özel işlemler ve bilginin değerlendirilmesi, kamulaştırma, transferler ve halefiyet bakımından uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Görüldüğü üzere anlaşma kapsamında ev sahibi ülkenin hangi hususlarda tahkime rıza gösterdiği tek tek sayılmıştır. Bahse konu madde hükmünün açık şekilde düzenlenmesi ileride ortaya çıkabilecek belirsizlikleri önemli ölçüde ortadan kaldırmaktadır.

Genel olarak “yatırımla bağlantılı tüm uyuşmazlıklar” tabiri, ikili yatırım anlaşmasıyla getirilen maddi hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası tahkimin yargılama yetkisine ilişkin kısıtlama getirmemektedir. Şöyle ki, ev sahibi ülkenin tahkime gösterdiği rıza ikili yatırım anlaşmasının uygulanması ve yorumlanmasının ötesinde yatırımla bağlantılı sözleşmeden⁷⁸⁰ kaynaklanan uyuşmazlıkları da kapsamaktadır⁷⁸¹. Ancak söz konusu hükmün yorumlanması konusunda tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlarda görüş birliği bulunmamaktadır. *Salini v. Morocco* tahkim davasında, tahkim heyeti “yatırımla bağlantılı” uyuşmazlıklar tabiri kapsamında ikili yatırım

⁷⁷⁶ Türkiye-Çin İkili Yatırım Anlaşması (1994) m.7/b; Türkiye-Rusya İkili Yatırım Anlaşması (2000) m.10/1.

⁷⁷⁷ Şit, 2013, a.g.k, s.167; F. K. Giray (1998) Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmalarında öngörülen itilaf çözüm yolları, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* Yıl.17-18, Sayı 1-2, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, 220.

⁷⁷⁸ Bkz, Türkiye-Kore Yatırım Anlaşması 2015 (Yürürlüğe girmemiştir) C. Bölüm m.1.17.

⁷⁷⁹ RG 15.08.2017 – 30155.

⁷⁸⁰ Doktrinde şemsiye hükümleri olarak ifade edilen bu tür uyuşmazlıklar yukarıda incelenmiştir.

⁷⁸¹ A. Reinisch (2013). The scope of investor-state dispute settlement in International Investment Agreements, *Asia Pacific Law Review*, 21(1), 9; Schreuer, 2006d, a.g.k., 7; Douglas, 2014a, a.g.k., 234.

anlaşmasında düzenlenen hükümlerinin ihlali yanı sıra yatırım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından da ev sahibi ülkenin tahkime rıza gösterdiğini ifade etmiştir⁷⁸². Öte yandan *SGS v. Pakistan* davasında tahkim heyeti önceki tahkim heyetinden farklı bir yaklaşım ortaya koymuştur. Tahkim heyeti “yatırımla bağlantılı” uyuşmazlıklar tabiri, uyuşmazlık konusu bakımından açıklayıcı nitelikte olduğunu ve bunun tahkimin yargılama yetkisi bakımından esas oluşturmadığını belirtmiştir. Bu sebeple, tahkim heyeti sadece söz konusu açıklamaya dayanarak yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlığın ikili yatırım anlaşması yanı sıra yatırım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkları da kapsayacak şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir⁷⁸³. *SGS v. Filipin* tahkim davasında hakem heyeti *SGS v. Pakistan* tahkim davasında tahkim heyetinin “yatırımla bağlantılı” tabirinin değerlendirmesine ilişkin eleştiride bulunmuştur. Buna göre *SGS v. Pakistan* tahkim davasında uyuşmazlık ev sahibi ülkenin yatırım üzerindeki müdahalesini içermekte ve bu durum sözleşme hükümlerinin ihlali yani sıra ikili yatırım anlaşması kapsamında ihlal olarak değerlendirilebilmektedir⁷⁸⁴. Görülüşü üzere tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar ikili yatırım anlaşmasında bulunan “yatırımla bağlantılı” uyuşmazlıklar tabirini ağırlıklı olarak muayyen koşulların bulunması şartıyla ikili yatırım anlaşması yani sıra sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları da kapsayacağını işaret etmektedir. Bu bağlamda ev sahibi ülkenin tahkime gitme konusundaki rıza kapsamının belirlenmesinde tahkim heyetinin benimsediği yorum tarzı belirleyici olmaktadır. Başka bir ifadeyle, milletlerarası tahkimin konu bakımından yargılama yetkisi ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen ev sahibi ülkenin tahkime gösterdiği rıza şartının yorumlanmasına bağlıdır⁷⁸⁵.

Yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklar bakımından değerlendirilmesi gereken diğer bir husus ev sahibi ülkenin karşı dava açıp açamama durumudur. Kural olarak, ikili yatırım anlaşmalarında ev sahibi ülkenin tahkime rıza göstermesi tek yönlüdür. Şöyle ki, ev sahibi ülke yabancı yatırımcıya karşı milletlerarası tahkimde dava açmak istemesi durumunda yatırımcı ve ev sahibi ülke arasında ayrı bir tahkim anlaşması yapması gerek-

⁷⁸² Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, *International Legal Materials* Vol.42, paras.61-63.

⁷⁸³ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, para.161.

⁷⁸⁴ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para.158-159. Aynı yöndeki görüş için bkz, Siemens Argentina, a.g.k, Award, paras.204-206.

⁷⁸⁵ Douglas, 2014a, a.g.k., 235.

mektedir. Ancak tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar ikili yatırım anlaşmasında “yatırımla bağlantılı” tüm uyuşmazlıklar veya herhangi bir uyuşmazlık (*all disputes or any disputes concerning investment*) şeklindeki hükmün ev sahibi ülkeye karşı dava açma imkânı tanıdığı yönündedir. Örneğin, *Saluka v. Çek Cumhuriyeti* tahkim davasında tahkim heyetine göre ikili yatırım anlaşmasıyla getirilen yatırımcı-devlet arasındaki “tüm uyuşmazlıklar” tabiri ev sahibi ülkeye karşı dava açma hakkını da kapsayacak şekilde yorumlanabilmektedir. Bu anlamda “tüm uyuşmazlıklar” tabiri ev sahibi ülkenin diğer şartları taşıdığı müddetçe karşı davayı da içerecek şekilde geniştir⁷⁸⁶. Benzer şekilde *Metal-Tech v. Özbekistan* tahkim davasında tahkim heyeti ikili yatırım anlaşması kapsamında akıt tarafların yatırımcı-ev sahibi devlet arasındaki “yatırımla bağlantılı” tüm hukuki uyuşmazlıkları ICSID Tahkimine sunma konusunda rıza gösterdiklerini belirtmiştir. Bu nedenle tahkim heyeti söz konusu anlaşmanın karşı dava açma konusunda kısıtlama getirmediğini ifade etmiştir. Ancak tahkim heyeti uyuşmazlıkla ilgili yasadışı yatırım iddialarından dolayı yargılama yetkisi bulunmadığını belirterek davaya bakmaya reddetmiştir⁷⁸⁷.

Yukarıda görüldüğü üzere Türkiye’nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları ağırlıklı olarak “yatırımla bağlantılı” tüm uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde düzenlenmektedir. Benzer yaklaşım Türkiye’nin tahkime gösterdiği rıza kapsamının belirlenmesi bakımından da geçerlidir. Bu anlamda “yatırımla bağlantılı” tüm uyuşmazlıklar tabiri ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen maddi hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, ev sahibi ülke ve yatırımcı arasındaki sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar ve ev sahibi ülkeye karşı dava açma hakkı tanıyan geniş yelpaze çerçevesinde değerlendirilebilmektedir.

3.4.2.2. Bekleme (müzakere) süresi

Türkiye’nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında⁷⁸⁸ bekleme süresi değişiklik göstermektedir. Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında ağır-

⁷⁸⁶Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic’s Counterclaim, para.39.

⁷⁸⁷Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, para.410.

⁷⁸⁸ Türkiye-Singapur Serbest Ticaret Anlaşmasının 12/15.maddesi kapsamında 6 aylık süreye tabi tutulmaktadır.

lıklı olarak yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların milletlerarası tahkime sunulmasından önce 6 aylık⁷⁸⁹ süreye tabi tutulmaktadır. Bazı ikili yatırım anlaşmalarında ise bu süre 1 yıl⁷⁹⁰ olarak düzenlenmiştir. Daha önce belirtildiği üzere, bekleme süresinin niteliği ve hukuki sonuçlarının gerek doktrinde gerek tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlarda yeteri kadar açıklığa kavuşturulduğu söylenemez. Ancak belirtelim ki, bekleme süresine ilişkin ağırlıklı görüş ev sahibi ülkenin tahkim konusundaki rıza şartının oluşumu bakımından ön şart niteliğinde olduğu yönündedir.

Kural olarak yabancı yatırımcının bekleme süresi boyunca ev sahibi ülke mahkemelerine başvurma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yabancı yatırımcı bahse konu süreyi doldurduktan sonra uyuşmazlıkla ilgili milletlerarası tahkime başvuruda bulunabilmektedir. Ancak ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen hükümlerin şüpheyi yer vermeyecek şekilde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi bekleme süresine ilişkin hükmün farklı yorumlanmasına yol açabilmektedir. Konumuz bakımından bir Türk inşaat şirketinin taraf olduğu Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Türkmenistan tahkim davası güzel bir örnek teşkil edebilir. Uyuşmazlıkta davacı 1995-2010 yılları aralığında Türkmenistan’da inşaat sektöründe yatırım faaliyetinde bulunduğunu ancak 2010 sonrası hükümetin Türkmenistan’da bulunan yatırımları üzerinde giderek baskı uyguladığını, bu kapsamda Türkmenistan’ın altı yatırım projesini askıya aldığını ve dört ihale yoluyla kazanılan yatırım projelerinin çalışmaya başlamasına rağmen iptal edildiğini ve bunun sonucunda Türkiye-Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşması’nın birkaç hükmünü ihlal edildiği iddiasında bulunarak ICSID tahkimine başvuruda bulunmuştur⁷⁹¹. Bahse konu uyuşmazlık çerçevesinde taraflar arasında Türkiye-Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşması’nın 7/2.maddesinde⁷⁹² düzenlenen yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözüm yollarına ilişkin hükmün yorumlanmasına ilişkin görüş ayrılığı bulunmaktadır. Davacıya göre

⁷⁸⁹Türkiye – Avustralya İkili Yatırım Anlaşması (2009) m.13/2; Türkiye-Finlandiya İkili Yatırım Anlaşması (1995) m.8/1; Türkiye-Kırgızistan İkili Yatırım Anlaşması (1996) m.7/2; Türkiye-Kazakistan İkili Yatırım Anlaşması (1995) m.7/2; Türkiye-Malaysia İkili Yatırım Anlaşması (2000) m.7/2; Türkiye-Singapur İkili Yatırım Anlaşması (2010) m.11/2; Türkiye-İspanya İkili Yatırım Anlaşması (1998) m.9/2; Türkiye-Tajikistan İkili Yatırım Anlaşması (1998) m.10/2; Türkiye-Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşması (1997) m.7/2; Türkiye-İsveç İkili Yatırım Anlaşması (1998) m.7/2;

⁷⁹⁰ Türkiye-Birleşik Krallık İkili Yatırım Anlaşması (1996) m.8/2; Türkiye-ABD İkili Yatırım Anlaşması (1990) m.6/3.

⁷⁹¹Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan, ICSD Case No. ARB/12/6, para.51-62.

⁷⁹² RG 22.09.1994 – 22059. Anlaşmanın Rusça ve İngilizce versiyonu asıl nüsha olarak düzenlenmiştir. Ancak taraflar anlaşmanın Rusça ve İngilizce yanı sıra “resmi” olmayan Türkçe ve Türkmençe versiyonları olduğunu iddia etmişlerdir. Anlaşmanın İngilizce versiyonun 7/2.maddesi şu şekildedir: “*If these disputes cannot be settled in this way within six months following the date of the written notification mentioned in paragraph 1, the dispute can be submitted, as the investor may choose If the investor concerned ha*

Türkiye-Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşması'nın 7/2.maddesi kapsamında yatırımcının uyuşmazlığı milletlerarası tahkim veya Türkmenistan mahkemelerine sunması, yatırımcının seçimine bağlıdır. Eğer yatırımcının uyuşmazlıkla ilgili Türkmenistan mahkemelerine başvuruda bulunması hâlinde milletlerarası tahkime ancak Türkmenistan mahkemelerinin bir yıl içinde karar vermemiş olması koşuluyla gidebilmektedir⁷⁹³. Buna karşın Türkmenistan'a göre yatırımcı ilk olarak uyuşmazlıkla ilgili Türkmenistan mahkemelerine başvuruda bulunması gerekmektedir. Bu süreçte mahkemenin bir yıl içinde uyuşmazlıkla ilgili kesin karar vermemesi hâlinde yatırımcı milletlerarası tahkime başvurabilmektedir. Ayrıca Türkmenistan bir yıllık süre zarfında uyuşmazlıkla ilgili mahkemenin kesin karar vermesi hâlinde söz konusu uyuşmazlıkla ilgili milletlerarası tahkime başvurulamayacağı ve yatırımcının tahkime başvurma hakkını kaybedeceğini belirtmiştir⁷⁹⁴. Tahkim heyeti incelemesini Türkiye-Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşması'nın 7/2.maddesi hükmünün açık olmadığını ve bundan dolayı söz konusu hükmün farklı şekillerde yorumlanacağını belirterek başlamıştır. Bunun da ötesinde Türkiye-Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşması metninin dil bilgisi ve yazım hatalarına dolu olduğunu kaydetmiştir⁷⁹⁵. Tahkim heyetine göre anlaşmanın 7/2.maddesi kapsamında iki ihtimal söz konusudur. İlk ihtimalde yatırımcının ev sahibi ülke mahkemesine başvurması durumunda milletlerarası tahkim süresini başlatmadan önce 1 yıllık süreyi doldurması gerekmektedir (mahkemenin 1 yıllık süre içerisinde kesin karar vermemiş olması koşuluyla). İkinci ihtimalde ise yatırımcı isteğine bağlı olarak ev sahibi ülkeye tahkime gidileceği konusunda yazılı açıklama ve 6 aylık müzakere süresini doldurduktan sonra milletlerarası tahkim sürecini doğrudan başlatabilecektir. Tahkim heyeti anlaşmanın 7/2.madde hükmünün “zorunlu” şart olarak yorumlamaktan ziyade “seçime bağlı” hüküm olarak yorumlanması gerektiğini ve bunun ikili yatırım anlaşmasının önsöz kısmında ifade edilen anlaşmanın amacıyla uyumlu olacağını belirtmiştir⁷⁹⁶. Ancak Kılıç v. Türkmenistan tahkim davasında

brought the dispute before the courts of justice of the Party that is a party to the dispute and a final award has not been rendered within one year ”. Anlaşmanın Türkçe versiyonun 772.maddesi şöyledir. “Bu ihtilafların, yukarıda 1 inci paragrafta belirtilen yazılı bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde çözüme kavuşturulmaması halinde, yatırımcının ihtilaf konusu ev sahibi Tarafın usul ve yasalarına göre adli mahkemesine götürülmüş olması ve bir yıl içinde karar verilmemiş olması kaydıyla, söz konusu ihtilaf, yatırımcının kararına göre aşağıda belirtilen Uluslararası Yargı Mahkemelerine sunabilir ”.

⁷⁹³Muhammet Çap v. Turkmenistan, paras.107-108.

⁷⁹⁴Muhammet Çap v. Turkmenistan, paras.109-111.

⁷⁹⁵Muhammet Çap v. Turkmenistan, para.207.

⁷⁹⁶Muhammet Çap v. Turkmenistan, paras.227-240.

tahkim heyeti Türkiye-Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşmasının 7/2.maddesini farklı şekilde yorumlamış ve bunun sonucunda farklı sonuca ulaşmıştır. Tahkim heyetine göre anlaşmanın 7/2.maddesi kapsamında yatırımcının ilk olarak uyuşmazlıkla ilgili ev sahibi ülkeye başvurması gerekmektedir. Şayet ev sahibi ülke mahkemesinin uyuşmazlıkla ilgili 1 yıl içerisinde kesin karar vermemiş olması hâlinde yatırımcı milletlerarası tahkime başvuruda bulunabilmektedir⁷⁹⁷. Sonradan karardan tatmin olmayan yatırımcı iptal başvurusunda bulunmuştur. Ancak tahkim heyeti iptal başvurusunun değerlendirmesi sonucunda iptal için hiçbir esasın bulunmadığı sonucuna varmıştır⁷⁹⁸. Ayrıca tahkim heyeti uyuşmazlıkla ilgili ev sahibi ülkenin yatırımcıyı milletlerarası tahkime gitmesini engellemek için mahkemenin 1 yıldan daha az bir zamanda kesin karar verme olasılığı konusunda haklı olabileceğini belirtmiştir. Ancak iptal tahkim mahkemesi yatırımcının böyle talepte tahkim yargılaması başlamadan önce bulunması gerektiğini (*motu proprio*) belirterek söz konusu talebe ilişkin değerlendirmeyi reddetmiştir⁷⁹⁹.

Kılıç v. Türkmenistan tahkim davasında tahkim heyetini anlaşmanın 7/2.maddesinde düzenlenen hükmün açıklığa kavuşturduğu söylenemez. Bu bağlamda tahkim heyeti uyuşmazlığın ilk önce ev sahibi ülke mahkemesine götürülmesi sonucunda ortaya çıkabilecek sonuçları, ev sahibi ülke mahkemelerinin ve hukuk sisteminin uyuşmazlık bakımından elverişli olup olmadığı üzerinde durmamıştır. Örneğin, *Abaclat and others v. Arjantin* tahkim davasında taraflar arasında Arjantin-İtalya İkili Yatırım Anlaşması'nın 8.maddesinin⁸⁰⁰ yorumlanmasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Arjantin'e göre anlaşmanın 8.maddesi kapsamında 18 aylık süre içerisinde ev sahibi ülke mahkemelerine başvurma yükümlülüğü ev sahibi ülkeye uyuşmazlığı kendi mevzuatı çerçevesinde değerlendirmesine ve uyuşmazlığı milletlerarası tahkim mahkemelerinden daha kısa bir sürede sonuca bağlanmasına imkân tanımaktadır. Tahkim heyetine göre anlaşmanın 8.maddesi

⁷⁹⁷Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/1, para. 11.1.

⁷⁹⁸Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/1, Decision on Annulment, para.198.

⁷⁹⁹ Kılıç İnşaat v. Turkmenistan, Decision on Annulment, para. 177.

⁸⁰⁰ Anlaşmanın İngilizce metni şu şekildedir “2. *If the dispute has not been settled in such consultations, it may be subject to the competent ordinary or administrative court of the Contracting Party in the territory of which the investment is located.* 3.*If, after 18 months from the notification of commencement of an action before the national courts indicated in the above paragraph 2, the dispute between the Contracting Party and the investors still continues to exist, it may be subject to international arbitration. With this purpose and under this Agreement, each Contracting Party grants its anticipated and irrevocable consent that any dispute may be subject to arbitration.* 4.*With this purpose and under this Agreement, each Contracting Party grants its anticipated and irrevocable consent that any dispute may be subject to arbitration.* 5. *In case of international arbitration, the dispute will be subject, upon choice of the investor, to one of the following arbitration bodies:...*”.

kendi içerisinde bir bütünlük arz etmekte, hükmün kendi içerisinde muayyen hiyerarşisi bulunmakta ve biriyle bağlantılı üç alternatif uyuşmazlık çözüm yolu bulunmaktadır. Tahkim heyeti Arjantin'in ileri sürdüğü yaklaşımın uygulanabilirliğinin olmadığını veya 18 aylık sürenin uyuşmazlığın çözülmesi bakımından etkili olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını, 18 aylık süre boyunca ev sahibi ülke mahkemesine başvurma yükümlüğünün yatırımcının tahkime başvurma hakkını engellediğini ve bunun yatırımcı bakımından haksızlık oluşturabileceğini ifade etmiştir. Bu çerçevede 18 aylık süre, ev sahibi ülke mahkemelerine başvurma yükümlüğünün dikkate alınmaması tahkime başvurma hakkı engellenen yatırımcıya nazaran ev sahibi ülke bakımından gerçek anlamda zarara yol açmamaktadır⁸⁰¹. Dolayısıyla tahkim heyeti Argentina mahkemelerinin gerek uyuşmazlığın niteliği gerek iç hukuk sisteminin yapısı uyuşmazlığın çözümü bakımından elverişli olmadığını belirtmiştir⁸⁰².

Görüldüğü üzere ikili yatırım anlaşması hükümlerinin yorumlanmasında tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlarda tutarsızlıklar bulunmaktadır. Kılıç v. Türkmenistan davasında görüldüğü gibi, bekleme süresi geniş anlamda ev sahibi ülke bakımından yatırımcının milletlerarası tahkime erişiminin engellenmesinde en etkili araç olarak da görülebilmektedir. Ev sahibi ülkenin bu yaklaşımı ileride uyuşmazlığın çözümü bakımından getirilen bekleme süresinin önem ve amacının sorgulanmasına yol açabilmektedir. Bu husus ancak bekleme süresinin değerlendirilmesine ilişkin milletlerarası tahkim yargılamalarından ziyade ikili yatırım anlaşmalarının taslak çalışmalarına ilişkin yapılan müzakerelerde gündeme gelebilmektedir⁸⁰³. Ancak bekleme süresiyle ilgili ev sahibi ülkenin bu yaklaşımı ICSID Sözleşmesinin⁸⁰⁴ akıt devletlere tanıdığı geniş yetkiye dayandırabilmektedir.

Bazı durumlarda yabancı yatırımcı ev sahibi ülkenin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarının yanı sıra ev sahibi ülke yabancı yatırım yasasına dayanarak da milletlerarası tahkime gidebilmektedir. Acaba böyle bir durumda ev sahibi ülke mevzuatında bekleme

⁸⁰¹ Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, paras.579-584.

⁸⁰² Abaclat v. Argentina, paras.588-589.

⁸⁰³ L. Tan and A. Bouchenaki (2015) Limiting investor access investment arbitration: A solution without a problem? (Editörler: J. E. Kalicki and A. Joubin-Bret), Reshaping the investor-state dispute settlement system: Journey of for the 21st century, Leiden: Brill Nijhoff, 295.

⁸⁰⁴ ICSID Sözleşmesinin 26.maddesi uyarınca “*Bu sözleşme çerçevesinde tarafların hakemlik için rızaları, aksi belirtilmediği takdirde, herhangi bir çözüm dışında bu hakemliğe rızaları demektir. Akıt Devletin bu rızalarının ön koşulu olarak yerel idari ve adli tüm çarelerin tüketilmiş olmasını isteyebilir*”.

süresine ilişkin hüküm bulunması hâlinde bu yatırımcının milletlerarası tahkime gitmesini engelleyici nitelikte değerlendirilebilir mi? Konunun açıklığa kavuşturulması bakımından *The AES Corporation v. Kazakistan* tahkim davası üzerinde durulması yararlı olacaktır⁸⁰⁵. Davada Kazakistan, yatırımcı iddialarının ağırlıklı olarak 1994 tarihli Yabancı Yatırım Kanunu ve Kazak hukuku çerçevesinde yapılan yatırım sözleşmesinden kaynaklandığını ve bu kapsamda yatırımcının Kazak Medeni Kanunu'nun 178 ve 179.maddesi bağlamında uyuşmazlıkla ilgili milletlerarası tahkime gitmeden önce 3 yıllık bekleme süresine tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir⁸⁰⁶. Tahkim heyeti konuya ilişkin değerlendirmesinde yatırımcının ileri sürdüğü iddiaların Kazakistan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile birlikte benzer hükümlerin ikili yatırım anlaşması ve Enerji Şartı Anlaşması'nda da bulunduğunu ifade ederek, bekleme süresine ilişkin talebi reddetmiştir. Tahkim heyetine göre yatırımcı kendi iddialarını ağırlıklı olarak ikili yatırım anlaşması ve Enerji Şartı Anlaşmasında düzenlenen maddi hükümlere dayandırmakta ve bu nedenle ev sahibi ülke mevzuatında öngörülen 3 yıllık bekleme süresi söz konusu uyuşmazlığa uygulanmayacaktır⁸⁰⁷. Fakat tahkim heyeti yatırımcı iddialarının ev sahibi ülke yatırım mevzuatına dayanması hâlinde bahse konu bekleme süresinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda açıklık getirmemiştir. Kanımızca yatırımcının ileri sürdüğü iddialarının ev sahibi ülke yatırım mevzuatına dayanarak yapılması durumunda bekleme süresinin uygulanması zorunlu olacaktır. Daha önce belirttiğimiz üzere, ev sahibi ülkenin uyuşmazlıkla ilgili uyuşmazlığın milletlerarası tahkime gitmeden önce bekleme süresine ilişkin bir şart koyması ICSD Sözleşmesinin 26.maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Buna rağmen bekleme süresinin hukuki sonuçları doğrultusunda tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlarda görüş birliği bulunmadığından hükmün değerlendirilmesi milletlerarası tahkim heyetinin takdir yetkisi dâhilindedir.

3.4.2.3. Yolun çatallaşması (seçime bağlı hükümler)

Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmaları ağırlıklı olarak yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü ancak milletlerarası tahkime sunulabileceği öngörülmüşken Türkiye'nin bazı ikili yatırım anlaşmalarında yatırımcının uyuşmazlığı milletlerarası tahkimin yanı sıra ev sahibi ülke mahkemelerine (veya ev sahibi ülkede bulunan

⁸⁰⁵ The AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/10/16, Award.

⁸⁰⁶ The AES Corporation v. Kazakhstan, para.428.

⁸⁰⁷ The AES Corporation v. Kazakhstan, paras.429-432.

milletlerarası ticari tahkim mahkemesine) sunabileceği düzenlenmektedir⁸⁰⁸. İkili yatırım anlaşmalarından farklı olarak, Türkiye'nin taraf olduğu STA'nda yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde ev sahibi ülke mahkemelerine atıfta bulunmamaktadır⁸⁰⁹. Başka bir ifadeyle, Türkiye'nin STA'nda düzenlenen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükümlerde uyuşmazlığı ev sahibi ülke mahkemesine başvurma seçeneği bulunmamaktadır.

Türkiye'nin taraf olduğu çoğu ikili yatırım anlaşmasında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birini seçmesi sonucunda ortaya çıkacak hukuki sonuçlar açık olarak belirtilmektedir. Örneğin, Türkiye-Rusya İkili Yatırım Anlaşması'nın m.10/3 uyarınca *“Yetkili bir mahkemenin kararı ya da tahkim kararı uyuşmazlığın her iki tarafı açısından kesin ve bağlayıcı olacaktır...”*. Ancak Türkiye'nin bazı ikili yatırım anlaşmalarında uyuşmazlığın çözümü bakımından ev sahibi ülke mahkemesine başvurulması hâlinde yapılan başvurunun veya seçimin hukuki sonuçlarına ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Örneğin, Türkiye-Malezya İkili Yatırım Anlaşması'nın m.7/2 uyarınca *“Böyle bir uyuşmazlık, uyuşmazlığın yazılı bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde, dostça çözümlenemezse; yatırımcı uyuşmazlığı aşağıdaki mercilere sunabilir:*

a) Ülkesinde yatırım yapılmış olan Akit Tarafın hukukuna göre yetkili mahkeme veya

b) Uzlaştırma veya tahkim yoluyla çözümlenmesi için, Washington'da 18.2.1965 tarihinde imzaya açılan, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Sözleşmesi çerçevesinde, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez ”.

Daha önce Türkiye –Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşması'nın 8.maddesinde görüldüğü gibi Türkiye-Estonya İkili Yatırım Anlaşması kapsamında yatırımcı uyuşmazlıkla ilgili ilk önce ev sahibi ülke mahkemesine başvurma yükümlülüğü bulunmaktadır. Anlaşmanın 7.maddesi uyarınca *“2.Eğer uyuşmazlıklar, birinci paragrafta belirtilen yazılı bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde, bu yolla çözümlenemezse; uyuşmazlık yatırımcının seçebileceği aşağıdaki mercilere sunabilir:*

⁸⁰⁸ Türkiye-Azerbaycan İkili Yatırım Anlaşması (2013) m.11/2; Türkiye-Beyaz Rusya İkili Yatırım Anlaşması (1997) m.7/2; Turkey-Estonya İkili Yatırım Anlaşması (1999) m.7/2; Türkiye-Malaysiya İkili Yatırım Anlaşması (2000) m.7/2; Türkiye-Rusya İkili Yatırım Anlaşması (2000) m.10/2.

⁸⁰⁹ Türkiye-Kore STA (2015), C. Bölüm, m.1.17/5; Türkiye-Singapur SBA (2015), m.12.15/3.

- a) *Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Sözleşmesi ile kurulmuş olan Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID),*
- b) *Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun Tahkim Kurallarına göre bu maksatla kurulacak bir tahkim mahkemesi (UNCITRAL),*
- c) *Paris Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi,*
- d) *Uyuşmazlığa taraf olan Tarafın Adli mahkemeleri. Bununla birlikte, uyuşmazlığı adı geçen mahkemelere götüren yatırımcı bu maddenin (a), (b) ve (c) fıkralarında yer alan uyuşmazlık çözüm süreçlerinden birine yalnızca nihai kararın bir yıl içinde alınmamış olması hâlinde başvurabilir”.*

Madde hükmü ilk bakışta yatırımcının uyuşmazlığı seçime bağlı olarak milletlerarası tahkim mahkemesine veya ev sahibi ülke mahkemesine sunabileceği kanısını uyardırmasına rağmen yatırımcı ilk önce ev sahibi ülke mahkemesine başvuruda bulunması gerekmektedir. Şayet uyuşmazlıkla ilgili ev sahibi ülke mahkemesinin 1 yıl içinde kesin karar vermemesi hâlinde yatırımcı aynı uyuşmazlıkla ilgili milletlerarası tahkime başvuruda bulunabilmektedir. Böylece yatırımcının uyuşmazlıkla ilgili milletlerarası tahkime gitme ihtimali önemli ölçüde engellenmektedir. Çünkü Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Türkmenistan tahkim davasında görüldüğü üzere ev sahibi ülkenin milletlerarası tahkimden kaçınmak için ev sahibi ülke mahkemesinin 1 yıllık süreden daha az bir sürede uyuşmazlığı kesin bir hükme bağlaması muhtemel gözükmektedir. Acaba yatırımcı söz konusu engeli en çok gözetilen ulus kaydından yararlanılarak aşabilecek mi? Türkiye-Estonya İkili Yatırım Anlaşması'nın 2/2.maddesinde en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin hüküm bulunmaktadır. Ancak tahkim yargılaması soncunda verilen kararlar yolun çatallaşması hükmünün en çok gözetilen hükmüyle aşılamayacağını işaret etmektedir. Örneğin, *Maffezini v. İspanya* tahkim davasında tahkim heyeti yolun çatallaşması hükmüne ilişkin değerlendirmede bulunmuştur. Hakem heyetine göre taraflar yollun çatallaşması hükmü bağlamında milletlerarası tahkim veya ev sahibi ülke mahkemesini seçme konusunda rıza göstermeleri hâlinde yapılan seçim nihai nitelikte ve geri dönülemez. Söz konusu şart en çok gözetilen ulus kaydına başvurmak suretiyle bertaraf edilemez. Çünkü ikili yatırım anlaşmaları birçok ülkede kamu politikasının önemli

parçasını oluşturmaktadır⁸¹⁰. Benzer şekilde, *Plama v. Bulgaristan* tahkim davasında tahkim heyeti ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen yatırımcı-devlet uyuşmazlıkları bakımından en çok gözetilen ulus kaydının uygulanabilmesi için Akit Taraf iradelerinin hiçbir şüpheyi yer vermeyecek şekilde açık olması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre ikili yatırım anlaşmasıyla getirilen en çok gözetilen ulus kaydı, diğer ikili yatırım anlaşmasında bulunan uyuşmazlıkların çözüm yollarına atıfta bulunmak suretiyle hükmün uygulama alanının genişletilebilmesi için ikili yatırım anlaşmasında bulunan en çok gözetilen hükmünün uygulama alanı Akit Taraf iradelerini hiçbir şüpheyi yer vermeyecek şekilde düzenlenmiş olması gerekir⁸¹¹.

Günümüzde tahkim yargılaması sonucunda verilen kararların ancak ikisinde tahkim heyeti ikili yatırım anlaşmasında bulunan yolun çatallaşması hükmüne dayanarak uyuşmazlıkla ilgili yargılama yetkisinin olmadığı sonucuna ulaşmıştır⁸¹². Daha önce belirtildiği üzere doktrinde yollun çatallaşması olarak ifade edilen söz konusu hükmün en önemli özelliği uyuşmazlığın ev sahibi ülke mahkemesine götürülmesinden sonra milletlerarası tahkim yollunun kapanmış olmasıdır. Ancak yatırımcının ev sahibi ülke mahkemelerine yaptığı her türlü başvuru bu kapsamda değerlendirilemez. Uyuşmazlığın yollun çatallaşması kapsamında değerlendirilmesiiçin bahse konu uyuşmazlığın tarafları ve konusu aynı olması gerekmektedir. Oysa yatırımcı iddialarının ev sahibi ülke mahkemesine sunulan iddialardan farklı olması durumunda uyuşmazlıkla ilgili milletlerarası tahkim sürecini başlatabilmektedir.

Bazı durumlarda yatırımcının iddiaları hem yatırım sözleşmesi hem de ikili yatırım anlaşması hükümlerinin ihlal edilmesinden kaynaklanmaktadır. Böyle durumda yatırımcı yatırım sözleşmesi hükümlerinin ihlal edildiği iddiasıyla ev sahibi ülke mahkemesine başvuruda bulunması hâlinde milletlerarası tahkim yolu kapatılmamaktadır. Bu durumda yatırımcı ikili yatırım anlaşması hükümlerine dayanarak milletlerarası tahkime başvuruda

⁸¹⁰ Maffezini v. Spain, a.g.k, para.63. Bkz, Schreuer, 2004ç, a.g.k., 240; G. Emmanuel (2005). Establishing jurisdiction through a most favored nation clause, *Transnational Dispute Management* 5; C. McLachlan, L. Shore and M. Weiniger (2017). *International investment arbitration: Substantial principles*, Oxford: Oxford University Press, Second Edition, 112; E. Gaillard and M. McNeill (2018). *The Energy Charter Treaty*, (Editör: K. Yannanca-Small), *Arbitration under international investment agreements*, Oxford: Oxford University Press, Second Edition, 47.

⁸¹¹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, paras.211-223.

⁸¹² *Pantechniki SA Contractors & Engineers v Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21 ve *H&H Enterprises Investments, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB 09/15.

bulunabilmektedir. Örneğin, *Genin v. Estonya*⁸¹³ tahkim davasında Estonya uyuşmazlığın Estonya mahkemelerinde görüldüğünden milletlerarası tahkime gidemeyeceğini belirtmiştir. Bu çerçevede Estonya, Estonya-Amerika İkili Yatırım Anlaşması ve ICSID Sözleşmesinde “*forum shopping*” a ilişkin hüküm bulunduğunu ve bu hüküm kapsamında yatırımcının uyuşmazlığı Estonya mahkemesine sunmasıyla milletlerarası tahkim hakkını kaybettiğini ileri sürmüştür⁸¹⁴. Hakem heyeti davacı *Estonian Innovation Bank* lisansının geri alınmasıyla ilgili Estonya mahkemesine başvuruda bulunduğunu ve bu uyuşmazlıkla ilgili Estonya mahkemesinden başka hiçbir merciinin yetkili olmayacağını belirtmiştir. Öte yandan tahkim heyeti davacının Estonya mahkemesi tarafından alınan karar sonucunda ortaya çıkan kayıplara ilişkin ikili yatırım anlaşmasının bazı hükümlerinin ihlal edildiği iddiasıyla ICSID tahkimine başvuruda bulunduğunu ifade etmiştir. Tahkim heyeti uyuşmazlıkla ilgili bazı hususların Estonya mahkemelerinde görülmesine rağmen yatırım uyuşmazlığının bir bütün olarak görülmediğini ve bu nedenle davacının uyuşmazlıkla ilgili ICSID tahkimine başvurmasının engellenemeyeceğini ifade etmiştir⁸¹⁵.

Tahkim yargılaması sonucunda verilen güncel kararlar yollun çatallaşması hükmünün yorumlanmasında geleneksel anlamda sıkça başvurulmuş üç yönlü testten ziyade ileri sürülen iddianın temel dayanağının tespitin edilmesi gerektiği yönündedir. Başka bir deyişle, yollun çatallaşması hükmünün daha geniş yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. *H&H Enterprises Investments v. Mısır* tahkim davasında Mısır davacının uyuşmazlıkla ilgili daha önce Kahire Tahkim Mahkemesi ve Mısır mahkemelerine başvuruda bulunduğunu ve bu nedenle davacının Mısır-ABD İkili Yatırım Anlaşması’nın m.7.3/a kapsamında milletlerarası tahkime gitme yolunun kapatıldığını ileri sürmüştür⁸¹⁶.

Tahkim heyetine göre uyuşmazlığın yolun çatallaşması hükmü kapsamında değerlendirilmesi için ev sahibi ülke mahkemesine sunulan uyuşmazlığa ilişkin dava hakkı veren sebeplerin aynı olması ve tarafların aynı olması gerekmektedir. Bunun ötesinde anlaşmanın 7.maddesi uyuşmazlığın aynı taraflar olmasına ilişkin şart getirmekten ziyade uyuşmazlığını diğer uyuşmazlık çözüm yollarına sunulmamasını öngörmektedir. Tahkim heyeti davacının kamulaştırmaya ilişkin iddialarını otel yönetimi ve işletimi sözleşmesi (*Hotel management and operation contract*) kapsamında bulunan haklarına GHE (*Grand*

⁸¹³Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2.

⁸¹⁴ Genin v. Estonia, para.321.

⁸¹⁵ Genin v. Estonia, para.332.

⁸¹⁶H&H Enterprises Investments, Inc. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB 09/15, The Tribunal’s Decision on Respondent’s Objection to Jurisdiction, paras. 70-71.

Hotel of Egypt) tarafından müdahale edildiğini, davacının söz konusu haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Kahire Tahkim Mahkemesi ve Mısır mahkemelerine başvuruda bulunduğunu ve bunların aynı esaslara dayandırıldığını (*the same fundamental basis*) tespit etmiştir. Hakem heyeti yukarıdaki tespitlere dayanarak Mısır-ABD İkili Yatırım Anlaşması'nın m.7/3.a'de düzenlenen yollun çatallaşması hükmünün uyuşmazlığın ICSID tahkimine sunulması açısından engelleyici olduğu sonucuna ulaşmıştır⁸¹⁷. Görüldüğü üzere tahkim heyeti yollun çatallaşması hükmünün yorumlanmasında yatırımcının ileri sürdüğü iddialarını esas dayanağını ölçüt olarak almaktadır. Bu anlamda yatırımcının ev sahibi ülke mahkemesine ve milletlerarası tahkim mahkemesine sunulan uyuşmazlığın esas dayanağı aynı olması hâlinde milletlerarası tahkimin yargılama yetkisi bakımından engel oluşturduğu kabul edilmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere Türkiye'nin Estonya ve Türkmenistan ile yaptığı ikili yatırım anlaşmalarında bulunan yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin hüküm yollun çatallaşmasından ziyade ilk olarak uyuşmazlıkla ilgili ev sahibi ülke mahkemesini başvurma yükümlülüğü getiren hüküm olduğu söylenebilir. Çünkü bahse konu anlaşmalarda yatırımcı uyuşmazlıkla ilgili doğrudan milletlerarası tahkime başvuruda bulunamamaktadır. Yatırımcı uyuşmazlıkla ilgili ev sahibi ülke mahkemesine başvurmasından sonra (mahkemenin 1 sene içerisinde kesin karar vermemesi kaydıyla) milletlerarası tahkim yoluna gidebilmektedir. Bununla birlikte Türkiye'nin birkaç ikili yatırım anlaşmasında yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü bakımından milletlerarası tahkim yanı sıra ev sahibi ülke mahkemesi öngörülmektedir. Kural olarak, yollun çatallaşması hükmünün içerisinde belirlenmesinde gerek doktrinde gerek tahkim yargılaması sonunda verilen kararlar üç yönlü teste tabi tutulması gerektiği yönündedir. Ancak tahkim yargılaması sonucunda verilen güncel kararlar yollun çatallaşması hükmünün tespiti bakımından uyuşmazlığın esas dayanın belirleyici olacağını işaret etmektedir.

⁸¹⁷H&H Enterprises Investments, Inc. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB 09/15, Excerpts of Award, paras. 356-378.

3.4.3. Ulusal yatırım yasası kapsamında Türkiye'nin milletlerarası tahkime rıza göstermesi

Türkiye DYYK'nun m.3/e'de uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hüküm bulunmaktadır. Buna göre “Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idari ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi için, görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra ilgili mevzuatta koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir”. İlk önce belirtelim ki, tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar yatırımcının ev sahibi ülke mevzuatında bulunan tahkim kaydına dayanarak milletlerarası tahkim başvurusunda bulunmasının yaygın olmadığını göstermektedir. Özellikle ev sahibi ülkenin tahkime rıza göstermesi bakımından tek dayanak olarak ev sahibi ülke mevzuatında bulunan tahkim kaydına atıfta bulunulması konunun önemini daha da artırmaktadır. Böyle durumlarda ev sahibi ülke mevzuatında bulunan tahkim kaydı sıkı şartlara tabi tutulmaktadır.

DYYK m.3/e'de hükmü kapsamında kanun koyucu muayyen milletlerarası tahkim ismine atıfta bulunmaktan ziyade genel anlamda milletlerarası tahkime atıfta bulunmaktadır. Tahkim kaydının hukuki sonuç doğurabilmesi için belirli bir tahkime atıfta bulunulması gerekmektedir. Bunun da ötesinde tahkim kaydının hukuki sonuç doğurabilmesi bakımından öngörülen en önemli şart tahkim kaydının açık ve kesin olmasıdır⁸¹⁸. Örneğin, Rumeli Telekom v. Kazakistan tahkim davasında davacı 1994 tarihli Kazakistan Yabancı Yatırım Kanunu'nun m.27/3 kapsamında Kazakistan'ının yatırımcının milletlerarası tahkime gitme konusunda rıza gösterdiğini, bu bağlamda uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin birkaç seçenek bulunduğunu ve yatırımcının söz konusu seçimi yapmasıyla Kazakistan'ın rıza şartı gerçekleşmiş olarak kabul edileceğini (“*shall be presumed to have been granted*”) belirtmiştir⁸¹⁹. Tahkim heyeti konuya ilişkin değerlendirmesinde kanun hükümleriyle sınırlı kalmıştır. Tahkim heyetine göre Kazakistan yatırımlarla ilgili uyuşmazlıkların seçime bağlı olarak ICSID tahkime sunulacağını açık olarak belirtmektedir⁸²⁰. Bu

⁸¹⁸ Bkz, Tradex Hellas S.A.v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on Jurisdiction, para.79; Inceysa v. El Salvador, a.g.k, Award, para.316; Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, para.329.

⁸¹⁹ Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, para.220-221.

⁸²⁰ Rumeli Telekom A.S. v. Kazakhstan, para.333.

noktada belirtelim ki, bahse konu tahkim heyeti ikili yatırım anlaşması kapsamında da Kazakistan’ın tahkime gitme konusunda darıza şartının geçerliği olduğunu kabul etmiştir. *Mobil Corporation v. Venezuela* tahkim davasında ise tahkim heyeti ev sahibi ülkenin tahkime rıza konusundaki iradesinin araştırılmasında tahkim kaydının yanı sıra tahkim kaydı bulunan kanunun bir bütünü, kanunun hazırlık çalışmaları sırasında içinde bulunduğu koşullar ve kanunun amacı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁸²¹. Benzer şekilde, *Venoklim Holding B.V. v. Venezuela* tahkim davasında tahkim heyeti Venezuela Yatırım Kanunu’nun m.22’de bulunan hükmün ruhu, içeriği, amacı ve kanunun taslak hazırlık çalışmalarının bulunduğu koşullar dikkate alındığında Venezüella’nın ikili yatırım anlaşmalarında olduğu gibi tahkime gitme konusunda açık bir şekilde rıza göstermediğini ifade etmiştir. Tahkim heyeti, Venezuela Yatırım Kanunu’nda uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükmün tahkim konusunda bağımsız, açık ve genel (*independent, clear and general*) öneri niteliğinde değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır⁸²².

Tahkim kaydı bulunan ev sahibi ülke yatırım kanununun değerlendirilmesinde söz konusu kanunun taslak çalışmaları yanı sıra ev sahibi ülke ikili yatırım anlaşmaları da önem taşımaktadır. DYYK m.3/e kapsamında düzenlenen uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükmü Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarına nazaran yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlığın çözümüne ilişkin genel nitelikte hüküm getirdiği söylenebilir. DYYK m.3/e hükmünün aksine, daha önce belirtildiği üzere Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmaları yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin açık ve net bir şekilde hüküm getirdiği ve bahse konu anlaşmalar Türkiye’nin tahkime gitme konusunda rıza şartının oluşumu bakımından bir bağımsız esas olarak görülebilmektedir. Dolayısıyla DYYK m.3/e hükmü yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü bakımından görevli ve yetkili mahkemelere atıfta bulunduktan sonra iki şartın yerine getirilmesi şartıyla milletlerarası tahkime gidilebileceğini belirtmektedir. Bu bağlamda Türkiye’nin tahkime rıza göstermesi bakımından öngörülen ilk şart “ilgili mevzuatta koşulların oluşması” gerekmektedir. Bu noktada belirtelim ki, 1999’a kadar Türk mevzuatında yatırımcı-devlet arasındaki bazı uyuşmazlıkta özellikle imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde yasal engel söz konusu idi⁸²³. Artık günümüzde söz konusu engellerin

⁸²¹Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, para. 94.

⁸²²Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/22, Award, para.104.

⁸²³Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, 2016, a.g.k., 183.

kalktığı belirtilmelidir. Türk Anayasası'nın 125.maddesine göre “İdarenin her eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir”. İlk şart bakımından dikkate alınması gereken diğer bir husus Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarının hukuki niteliği ve bağlayıcılığıdır. Türk Anayasası'nın 90.maddesi kapsamında usulüne yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmünde olduğuna göre ilk şart bakımından öngörülen “ilgili mevzuatta koşulların oluşması” ikili ve çok tarafları yatırım anlaşmaları kapsamında değerlendirilebilir. DYYK m.3/e hükmü bağlamında düzenlenen ikinci şart tarafların tahkime gitme konusunda anlaşmasıdır. Bu şartın hukuki nitelik ve hukuki sonuçları itibariyle tamamlayıcı nitelikte olduğu söylenebilir. Şöyle ki, ilk şart kapsamında Türkiye'nin tahkime rıza göstermesine ilişkin koşullar oluşması hâlinde ikinci şartın yerine getirilmesine gerek yoktur. Gerek doktrinde gerek tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlarda çoğu ikili yatırım anlaşmasında bulunan yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin hükmün yatırımcıya tahkime gitme konusunda yapılan öneri niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁸²⁴. Ev sahibi ülke tarafından yapılan öneri yatırımcı tarafından makul bir şekilde kabul edilmesinden sonra söz konusu tahkim önerisi hukuki sonuç doğurmaktadır. Bu andan itibaren ev sahibi ülke tahkim önerisini geri çekemez. Acaba ev sahibi ülke yatırım yasasında bulunan tahkim kaydı söz konusu yasanın yürürlükten kaldırılmasından nasıl etkilenir? Genel olarak yatırımcı ev sahibi ülke yatırım yasası kapsamında tahkim önerisini bahse konu yasa yürürlükte olduğu herhangi bir zamanda kabul edebilir. Tahkim öneri yatırımcı tarafından kabul edildikten sonra tahkim kaydı bulunan yasa yürürlükten kaldırılmasına rağmen geçerliliğini sürdürecektir. Ancak bazı ev sahibi ülke yatırım yasaları birkaç olağanüstü hükümler içermekte ki, kanun yürürlükten kaldırılmasında sonra da bahse konu kanunun birçok hükümleri hukuki sonuç doğurabilmektedir. Örneğin, *The AES Corporation v. Kazakhstan* tahkim davasında Kazakistan yatırım yasasını yürürlükten kaldırdığından artık tahkim kaydının hukuki sonuç doğurmayacağını ileri sürmüştür⁸²⁵. Tahkim heyeti incelemesini devletin kendi yasalarını değiştirmede serbest olduğunu ancak tahkim kaydının yapılan değişiklik veya geri çekme

⁸²⁴ Schreuer, 2008f, a.g.k., 527; UNCTAD, 2003e, a.g.k., 11; Andreeva, 2011, a.g.k., 135; Potesta, 2011, a.g.k., 152;

⁸²⁵The AES Corporation v. Kazakhstan, para.241.

sonucundakendiliğinden sona ermeyeceği belirterek başlamıştır. Tahkim heyetine göre 1994 tarihli Kazakistan Yabancı Yatırım Yasası (KYYY) devletin tek taraflı olarak yasanın geri çekmesi sonucunda yatırımcıların bundan olumsuz etkilenmesi hâlinde yapılan geri çekmenin yatırımcı bakımından hemen sonuç doğurmayacağı konusunda güvence vermektedir. Tahkim heyeti bu nedenle konuyla ilgili birkaç hususun dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. İlk olarak, 1994 tarihli KYYY'nin amacı ve hukuki niteliği kanun hükümlerinin ihlal edilmesi durumunda ICSID tahkimine başvurma hakkı da dâhil olmak üzere yabancı yatırımların teşviki ve korunmasına yöneliktir. İkinci olarak, kanunun 27.maddesinde tahkim kaydının geri çekilmesi durumuna ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Son olarak, kanunun 6.maddesiyle getirilen istikrar hükmü bağlamında yatırımcı yeni kanundan olumsuz etkilenmesi durumundaeski kanun kapsamında en az 10 sene boyunca korunacağı konusunda beklenti içerisine girmektedir. Tahkim heyeti bahse konu değerlendirmeler çerçevesinde 1994 tarihli KYYY ile getirilen tahkim kaydının tek taraflı olarak yürürlüktenkaldırılmasının ve kanunun geri çekilmesinden sonra hemen hukuki sonuç doğurmayacağı sonucuna ulaşmıştır⁸²⁶.

DYYK m.3/e hükmü kapsamında öngörülen ikinci şart bağlamında taraflar tahkime gitme konusunda tahkim anlaşması yaparak veya yatırım anlaşmasına tahkim kaydı koymak suretiyle yapabilmektedir. Üzerinde durulması gereken diğer bir husus DYYK m.3/e kapsamında Türkiye'nin hangi konular bakımından rıza şartının geçerliği olacağının belirlenmesi gerekmektedir. DYYK m.3/e bağlamında uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hüküm kapsamı yatırımcının taraf olduğu tüm uyuşmazlıklardan ziyade “özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan” ve “yabancı yatırımcıların idari ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan” konular bakımından geçerli olacaktır. Bu anlamda DYYK m.3/e kapsamında yatırımcının milletlerarası tahkime gidebileceği konuların muayyen sözleşmelerden kaynaklanmış olma şartının aranması hükmün uygulama alanını kısıtladığı söylenebilir. Çünkü yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar sadece sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklardan oluşmaz⁸²⁷. Genellikle ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcıya karşı ihlalleri yatırım sözleşmesi boyutunu aşmaktadır. Bu nedenle ev sahibi ülkenin yabancı yatırımcıya karşı ihlali ancak

⁸²⁶The AES Corporation v. Kazakhstan, paras.218-220.

⁸²⁷ İ. Ataman-Figanmeşe (2011). Milletlerarası ticari tahkim ile yatırım tahkimi arasındaki farklar, *Public and Private International Law Bulletin*, 31(1), 105.

yatırım sözleşmesinden kaynaklanan hususlarla sınırlandırılması doğru bir yaklaşım olmayacaktır⁸²⁸. Yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar ev sahibi ülkenin yasama tasarrufu, muayyen kanunun uygulanması, idari eylemler veya idarenin hareketsiz kalmasından kaynaklanabilmektedir. Dolayısıyla uygulamada sıkça görüldüğü üzere yatırımla bağlantılı uyuşmazlıklar kamu politikalarını içerebilmektedir. Bu anlamda yatırımla bağlantılı uyuşmazlıklar ev sahibi ülke kamu yararını gözetme yetkisi üzerinde baskı oluşturmakta ve bu kolaylıkla ev sahibi ülke içinde siyasi gündem konusu olabilmektedir⁸²⁹. Söz konusu ev sahibi ülkenin tasarrufları devletin egemenlik haklarından kaynakladığı kabul edilmekle birlikte bazı durumlarda bu tür eylemleri keyfi ve ayrımcılık gözeterek yapabilmektedir. DYYK m.3/e kapsamında belirli sözleşmelerden ziyade “yatırımla bağlantılı” tabirgerek Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarıyla gerek milletlerarası anlaşmalarla (başta ICSID Sözleşmesiyle olmak üzere) uyumlu olacaktır.

4.DEĞERLENDİRME

Yukarıda yabancı yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası tahkimin yargılama yetkisinin esasını oluşturan ev sahibi ülkenin rıza şartı Rusya, Çin ve Türk hukuku çerçevesinde değerlendirildi. Bilindiği üzere milletlerarası yatırım hukukunda ev sahibi ülkenin tahkime rıza göstermesi tahkim anlaşması, ikili yatırım anlaşması ve ev sahibi ülke yatırım yasasına dayanmaktadır.

Genel olarak Rusya, Çin ve Türk hukukunda tahkim anlaşmasına ilişkin temel ilkeler; tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsızlığı, yazılı olma şartı v tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin şartlar benzerlik arz etmektedir. Ancak belirtelim ki, özellikle Rusya ve Çin hukukunda tahkim anlaşması sıkı şartlara tabi tutulmaktadır. Bu anlamda tahkim anlaşmasının açık ve net bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Tahkim anlaşmasına ilişkin temel ilkeler yabancı yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda ev sahibi ülkenin yasa çıkartmak suretiyle yatırım anlaşmasını askıya alması söz konusu yatırım anlaşmasında bulunan tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilememektedir. Taraflar yabancı yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü bakımından belirli bir tahkime atıfta bulunmaktan ziyade ikili yatırım anlaşmasına atıfta bulunabilmektedir. Bu durumda ev sahibi ülkenin tahkime gitme konusundaki

⁸²⁸ M. Schneider (2013) Investment disputes- Moving beyond the arbitration, (Editörler: L. B. Chazournes, M. Kohen and J. E. Vinuales) Diplomatic and judicial means of dispute settlement, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 129

⁸²⁹ UNCTAD, 2010g, a.g.k., 11.

rıza şartı söz konusu anlaşmanın hazırlık çalışmaları ve içinde bulunduğu koşullar dikkate alınmaktadır. Eğer müzakere sürecinde yapılan görüşmede, tutanak ve koşullar uyuşmazlığın çözümü bakımından taraflar iradeleri milletlerarası tahkim yönünde olması hâlinde yatırım anlaşmasında ikili yatırım anlaşmasına yapılan atıf geçerli kabul edilecektir.

Tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar tahkim anlaşmasının geleneksel anlamda yazılı olmaktan ziyade belirli şartları taşıması şartıyla farklı şekillerde de geçerli kabul edilebileceğini işaret etmektedir. Örneğin, ev sahibi ülke yabancı yatırımların kabulüne ilişkin onay şartı öngörebilmektedir. Yatırımcı başvuru dilekçe veya formunda uyuşmazlıkların çözümü bakımından belirli milletlerarası tahkime atıfta bulunması hâlinde söz konusu yatırım başvurusunun ev sahibi ülke yetkili makamları tarafından onaylanması kaydıyla kabul edilebilmektedir. Böyle bir durumda yatırım başvuru dilekçesi tahkim anlaşması yerine geçmektedir.

Rusya, Çin ve Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarının birçoğu yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hüküm getirmektedir. Kural olarak, ev sahibi ülkenin tahkime gitme konusunda rıza şartının geçerli olabilmesi için ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükmün açık ve net şekilde olması gerekir. Bu bağlamda ikili yatırım anlaşmasında bulunan yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hüküm tahkim önerisi niteliği taşımaktadır. Yabancı yatırımcı tahkim önerisini kabul ettikten sonra ev sahibi ülke tahkim önerisi taraflar bakımından bağlayıcı olmaktadır. Belirtilmesi gereken diğer bir husus, ev sahibi ülkenin tahkime gitme konusundaki rıza şartının kapsamıdır. Rusya ve Çin'in taraf olduğu ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yatırımcının milletlerarası tahkime gidebileceği konular kapsamı kısıtlandığı söylenebilir. Bu anlamda Rusya ve Çin'in taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında ağırlıklı olarak "kamulaştırmadan kaynaklanan tazminatın miktarına ilişkin uyuşmazlıklar" şeklinde ifade edilmektedir. Rusya ve Çin'in yabancı yatırımının milletlerarası tahkime gidebileceği konu kapsamının kısıtlanması her iki ülkenin de ortak hükümlerin benimsendiğinin en temel nedeni olarak eski Sovyetler Birliğini hukuk geleneği bağlı oldukları gösterilmektedir. Ancak Çin'in 2000 sonrası yaptığı ikili yatırım anlaşmalarında eski hukuk geleneğinin kamulaştırmaya ilişkin benimsediği ilkelerden vazgeçerek yatırımcılara yatırımla bağlantılı konularda milletlerarası tahkime gitme imkânı tanımıştır. Rusya ve Çin'inin aksine Türkiye'nin taraf olduğu çoğu ikili yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımcının

milletlerarası tahkime gidebileceği konu kapsamı “yatırımla bağlantılı tüm uyuşmazlıklar” şeklinde ifade edilmektedir. Doktrinde ve tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar “yatırımla bağlantılı tüm uyuşmazlıklar” tabirinin ikili yatırım anlaşmasının ötesinde geniş uygulama alanı bulabileceğini özellikle yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar yanı sıra ev sahibi ülkeye karşı dava açma hakkı tanıyacak şekilde yorumlanabileceğini işaret etmektedir.

İkili yatırım anlaşmalarında ev sahibi ülkenin tahkime gitme konusundaki rıza şartı bakımından değinilmesi gereken nokta bekleme veya müzakere süresidir. Bekleme süresi Rusya, Çin ve Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarının hemen hemen hepsinde bulunmaktadır. Doktrinde ve tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlarda bekleme süresini maddi hukuk mu ya da usul hukuku mu çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Kural olarak yatırımcı bekleme süresi boyunca ev sahibi ülke mahkemelerine başvurma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak Kılıç v. Türkmenistan tahkim davasında belirtildiği gibi, ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen bekleme süresine ilişkin farklı yorumla açık olması bekleme süresiev sahibi iç hukuk yollarını tüketme benzeri uygulama şeklinde de yorumlanmaktadır.

Son olarak, ev sahibi ülke yatırım yasaları da uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin özel hüküm içermekte ki, bazen ev sahibi ülkenin uyuşmazlıklar bakımından rızası bu hükme dayanmakta veya tahkim yargılama yetkisinin esasını oluşturabilmektedir. Ancak belirtelim ki, ev sahibi ülke yatırım yasasında bulunan uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hüküm ev sahibi ülkenin tahkim konusundaki rızası kapsamında değerlendirilemez. Rusya, Çin ve Türkiye’nin yabancı yatırımların teşviki amacıyla kabul ettiği özel yatırım teşvik yasaları bulunmaktadır. İlk önce belirtelim söz konusu hükümler kapsam bakımından farklıdır. Rusya yatırım teşvik yasasında “yatırımla bağlantılı” uyuşmazlıklar bakımından yatırımcının milletlerarası tahkime gitmesine izin verirken Türkiye DYYK kapsamında yabancı yatırımcı ancak belirli sözleşmeler bakımından milletlerarası tahkime gidebilecektir. Çin’in yeni yatırım teşvik yasasında ise yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü bakımından milletlerarası tahkim yolu düzenlenmemiştir. Dolayısıyla Rusya ve Türkiye yatırım teşvik yasalarında yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü bakımından muayyen tahkim ismine atıfta bulunmaktan ziyade genel olarak milletlerarası tahkime gidilebilir şeklinde hüküm getirilmiştir. Böyle durumda Rusya ve Türkiye yatırım teşvik yasalarında bulunan yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hüküm hukuki sonuç doğurmasından bahsedilemez. Bu durumda

söz konusu tahkim kaydı belirli hukuki sonuç doğurmaktan ziyade sembolik anlam taşımaktadır.

SONUÇ

Tez çalışmamızda Rusya, Çin ve Türk hukukunda yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yolları değerlendirildi. Genel olarak bahse konu ülkelerin daha fazla yabancı yatırım çekmeye yönelik yabancı yatırımcı güvenini kazanma arayışında olduğu söylenebilir. Bu anlamda söz konusu ev sahibi ülkelerin yabancı yatırımcı beklentilerini karşılamak için gerek iç mevzuatta gerek milletlerarası alanda çaba sarf ettikleri belirtilmelidir. Günümüzde uluslararası hukukta yabancı yatırımlara ilişkin asgari standartlar veya temel ilkeler yerleşmiş durumdadır. Bahse konu standartların ana amacı ev sahibi ülkede yatırım faaliyetinde bulunan yabancı yatırımcı bakımından istikrarlı, öngörülebilir, tutarlı yasal yatırım ortamı oluşturma arzusudur. Birçok ülkeler Rusya, Çin ve Türkiye de dâhil olmak üzere, gerek ulusal yatırım teşvik yasalarının oluşturulmasında gerek ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarına taraf olunmasında yabancı yatırımlara ilişkin asgari standartlardan esinlendiği söylenebilir. Böylece ev sahibi ülkeler ev sahibi ülke yatırım mevzuatı ile uluslararası hukuk arasında ahenk sağlanmaktadır. Ancak milletlerarası yatırım hukukunda yaşanan son gelişmeler dünya üzerinde yabancı yatırımlar üzerinde baskının arttığını göstermektedir. Söz konusu gelişmelerin ardında yatan en önemli etken devletlerarasındaki siyasi gerilimlerin artması bunun da ötesinde birçok gelişmiş ülkelerin yabancı yatırımcıların stratejik öneme sahip sektör ve teknolojilerini ele geçirme endişeleridir. Bu anlamda Rusya'nın stratejik sektörlerde yabancı yatırımların kısıtlanmasına ilişkin düzenlemeleri veya Çin'in yabancı yatırımları denetleme konusunda birkaç kurumuna geniş yetki tanımış olması dikkat çekicidir.

Rusya, Çin ve Türk hukukunda yabancı yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin birçok düzenlemeler bulunmaktadır. Ev sahibi ülke yabancı yatırım teşvik yasaları ağırlıklı olarak yabancı yatırımların korunması ve teşvikine yöneliktir. Ancak yabancı yatırımcı gözünde yabancı yatırım teşvik yasasının içeriğinden ziyade bahse konu yasanın öngörülebilir, tutarlı, şeffaf ve uluslararası standartlarla uyumlu olması belirleyici olmaktadır. Rus hukukunda yabancı yatırımların korunmasına ilişkin birçok yasa kabul edilmiştir. Ancak bahse konu yasalar Rusya'ya beklenen düzeyde yabancı yatırım akışı sağlamada başarılı olamamıştır. Rusya doktrininde Rusya'nın yabancı yatırım çekmede başarısız olması birçok nedene dayandırılmaktadır (ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarının uygulama alanının iç mevzuata tabi tutulması; yabancı yatırımlara ilişkin birçok yasanın yeni hüküm getirmek yerine yabancı yatırım kanununa atıfta bulunması). Öte yandan Türk yatırım mevzuatında çağdaş ve yabancı yatırımcı beklentilerini karşılayan hükümler

öne çıktığı belirtilmelidir (Örneğin, Rusya ve Çin yatırım mevzuatında yabancı yatırımların kabulü onay sistemine tabi iken Türk yatırım mevzuatında bilgilendirme sistemi benimsenmiştir). Ancak Çin yatırım mevzuatında bazı uygulamalar bulunmakta ki, bu uygulama Çin yatırım mevzuatını Türk yatırım mevzuatına nazaran daha öngörülebilir ve şeffaf hâle getirmektedir. Bu anlamda Çin yatırım hukukunda yabancı yatırımlara ilişkin katalog sistemi uygulanmakta ve bu sayede yabancı yatırımcı hangi sektörlerin yabancı yatırımlara açık olduğunu veya hangi sektörlerin özel izne tabi olduğunu önceden öğrenebilmektedir. Rusya ve Türk yatırım mevzuatında ise yabancı yatırımcı hangi sektörlerin yabancı yatırımlara açık olduğunu öğrenebilmek için önceden detaylı araştırma yapması gerekmektedir. Bu bakımdan yatırım planlanmasının en önemli kısmı ev sahibi ülkenin yatırım mevzuatı olduğuna göre Rusya ve Türk mevzuatında hangi sektörlerin yabancı yatırımcılara açık olduğunun yatırım teşvik yasasında belirtilmemesi önemli eksiklik olarak görülebilir.

Zaman zaman ev sahibi ülke ve yabancı yatırımcı arasında yabancı yatırımlarla bağlantılı uyuşmazlığın çıkması kaçınılmazdır. Uyuşmazlık ağırlıklı olarak ev sahibi ülkenin uluslararası hukukta kabul edilen yabancı yatırımlara ilişkin asgari standartları ihlal etmesinden kaynaklanmaktadır. Uygulamada görüldüğü üzere yabancı yatırımla bağlantılı uyuşmazlıklar müzakere ve milletlerarası tahkim (veya ev sahibi ülke mahkemeleri) mahkemesi aracılığıyla çözümlenmektedir. Ancak tarafların müzakere sürecinde tahkim odaklı hareket etmeleri ve müzakere sürecinin yürütülmesine ilişkin uluslararası alanda rehberi nitelikteki kuralların bulunmadığından uyuşmazlığın müzakere sürecinde çözümlenme ihtimali çok düşüktür. Kural olarak, yabancı yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından ev sahibi ülkenin tahkime rıza göstermesi gerekmektedir. Geleneksel hukuk anlayışı çerçevesinde taraflar uyuşmazlığı milletlerarası tahkime sunacakları konusunda tahkim anlaşması yapma şartı aranmaktadır. Ancak milletlerarası anlaşmalar, tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar ve doktrinde ev sahibi ülkelere tahkime gitme konusundaki rızasının yasal dayanağının ikili (veya çok taraflı yatırım anlaşmaları) yatırım anlaşmaları ve ev sahibi ülke yatırım teşvik yasaları da oluşturabileceği kabul edilmektedir.

Rusya, Çin ve Türk hukukunda tahkim anlaşmasına ilişkin temel ilkeler (tahkim anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsızlığı) kabul edilmektedir. Birçok ülke hukuklarında olduğu gibi, bahse konu ülke hukuklarında da tahkim anlaşması taraf iradelerini açık ve net şekilde ifade edilmesi gerekmektedir. Daha önce görüldüğü gibi, bazı durumlarda

Rusya ve Çin hukukunda tahkim anlaşmasına ilişkin temel hususların yanlış yorumlanması ve uygulanmasına devam edildiğine rastlanmaktadır. Tahkim anlaşmasına ilişkin temel hususlar yatırımcı-devlet uyuşmazlıkları bakımından da geçerlidir. Ancak yabancı yatırımlardan kaynaklanan tahkim anlaşması ekonomik ve hukuki açıdan eşit konumda bulunan taraf arasında yapılan tahkim anlamasından farklıdır. İlk olarak, yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda tarafların birisi ev sahibi ülke (veya devlet kurumları) ve yabancı yatırımcı tarafından yapılması gerekmektedir. İkinci husus ise uyuşmazlık konusunun ICSID Sözleşmesi’nde belirtildiği şekilde “yabancı yatırımla bağlantılı” olması gerekir. ICSID Sözleşmesinde yatırım kavramına ilişkin hükümler bulunmadığına göre yatırım kavramı ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarına göre belirlenecektir. Son olarak, tahkim anlaşmasının yazılı olması gerekmektedir. Belirtelim ki, yazılı şartı bağlamında tahkim anlaşmasının ayrı bir şekilde yazılmış olmasına gerek yoktur. Örneğin, yatırım başvuru formunun tahkim kaydı içermesi hâlinde yabancı yatırımcının ev sahibi ülkeye yatırım başvurusunu yapması ve yetkili makamlarca söz konusu yatırım başvurusunun onaylanmasıyla ev sahibi ülke tahkime rıza göstermiş sayılır.

Günümüzde yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklar bakımından tahkime anlaşmasının yerini ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin hükümler aldığı söylenebilir. Rusya, Çin ve Türkiye’nin taraf olduğu neredeyse tüm ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin özel hüküm bulunmaktadır. Bahse konu ikili yatırım anlaşmalarında yer alan özel hükümlerin birçoğu milletlerarası tahkimin yargılama yetkisinin oluşumu bakımından temel oluşturmaktadır. Ancak bahse konu anlaşmalarda ülkelerin tahkime gitme konusundaki rızası kapsam bakımından farklıdır. Rusya ve Çin’in taraf olduğu çoğu ikili yatırım anlaşmalarında yatırımcıların milletlerarası tahkime gidebilecekleri konular kapsamı kısıtlı tutulmaktadır. Bu bağlamda yabancı yatırımcılar ancak “kamulaştırmadan kaynaklanan tazminatın miktarına” ilişkin uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası tahkime gidebilmektedir. Rusya ve Çin’in benimsediği bu hüküm önemli ölçüde Sovyetler Birliği hukuk sisteminden esinlenmiştir. Buna göre kamulaştırmaya ilişkin tüm uyuşmazlıklar devlet mahkemelerinin özel yetkisi kapsamında değerlendirilmiştir. Rusya ve Çin ikili yatırım anlaşmalarından farklı olarak, Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında “yabancı yatırımla bağlantılı” uyuşmazlıklar bakımından yabancı yatırımcının milletlerarası tahkime gidebileceği belirtilmektedir. Bu anlamda Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımcının milletlerarası tahkime gidebileceği konu kapsamı

Rusya ve Çin ikili yatırım anlaşmalarına nazaran geniştir. Şöyle ki, “yatırımla bağlantılı” tüm uyuşmazlıkların tabiri ikili yatırım anlaşmasında düzenlenen maddi hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar yanı sıra yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları (şemsiye hükümleri) ve karşı dava açma hakkını da kapsamaktadır.

Rusya, Çin ve Türkiye yatırım teşvik yasalarında yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklarının çözümlenmesine ilişkin özel hüküm bulunmaktadır. Rusya ve Türkiye yatırım teşvik yasaları çerçevesinde yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde yetkili mahkeme olarak ev sahibi ülke mahkemeleri belirtilmektedir. Bununla birlikte ülke yatırım teşvik yasalarında uyuşmazlıkların belirli milletlerarası tahkime mahkemesinden ziyade genel anlamda milletlerarası tahkime sunulabileceği belirtilmektedir. Böyle durumda yabancı yatırımcının Rusya ve Türkiye yatırım teşvik yasalarına dayanarak ev sahibi ülkenin tahkime rıza gösterdiği varsayımından hareketle milletlerarası tahkime gitmesi imkânsızdır. Çünkü yatırım teşvik yasası kapsamında ev sahibi ülkenin tahkime rıza göstermesi için tahkim kaydının “bağımsız, açık ve net” şekilde düzenlenmemiş olması gerekmektedir. Diğer dikkat çeken husus, Türkiye yatırım teşvik yasasında ancak belirli sözleşmeler bakımından milletlerarası tahkime gidilmesine izin verilirken Rusya yatırım teşvik yasasında yatırımla bağlantılı uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası tahkim yolu açık olduğunu belirtilmektedir. Dolayısıyla Türkiye yatırım teşvik yasasında milletlerarası tahkime gidilebilecek konu kapsamı Türkiye ikili yatırım anlaşmalarıyla uyumlu değildir. Çin’in yeni yatırım teşvik kanununda yatırımcı-devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin hüküm bulunmakta ancak hükümde uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından belirli milletlerarası tahkime atıfta bulunmak yerine uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin özel mekanizma oluşturulacağı belirtilmektedir. Sonuç olarak, Rusya ve Türkiye yatırım teşvik yasalarında düzenlenen uyuşmazlıkların milletlerarası tahkimde çözümlenmesine ilişkin hüküm hukuki sonuç doğurmaktan ziyade sembolik anlam taşıdığı söylenebilir.

Rusya, Çin ve Türk yatırım mevzuatı çerçevesinde ev sahibi ülkenin tahkim rıza göstermesi ön şarta tabi tutulmaktadır. Bu anlamda bekleme süresi ve yolun çatallaşması hükmü milletlerarası tahkim yargılama yetkisinin oluşumu bakımından ön şart kapsamında değerlendirilmektedir. Bekleme süresi veya müzakere süresi olarak ifade edilen hükümler ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında bulunmaktadır. Tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar ve doktrinde bekleme süresinin maddi hukuk ya da usul hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak

tahkim yargılaması sonucunda verilen birçok kararda bekleme süresi tahkimin yargılama yetkisi bakımından engel olarak görülmektedir. Genel olarak bekleme süresi boyunca yabancı yatırımcının ev sahibi ülke mahkemelerine başvuruda bulunma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu çerçevede Rusya ve Türkiye ikili yatırım anlaşmalarında bekleme süresinde ev sahibi ülke mahkemesine başvuru yükümlülüğü öngörülmemişken Çin ikili yatırım anlaşmalarında bekleme süresinde idari inceleme makamlarına başvurma yükümlülüğü bulunmaktadır. Çin hukukunda idari inceleme makamı iç hukuk yollarını tüketme benzeri uygulama olarak ifade edilmesine rağmen idari inceleme süresi (60 gün) bekleme süresinden (ikili yatırım anlaşmalarından bekleme süresi en az 3 ay olarak düzenlenmektedir) aşmamaktadır.

Rusya, Çin ve Türk ikili yatırım anlaşmalarında milletlerarası tahkimin yargılama yetkisinin oluşumu bakımından önem taşıyan diğer bir şart yolun çatallaşması hükmüdür. Hükmün en önemli özelliği yabancı yatırımcının uyuşmazlığı ev sahibi ülke mahkemesine sunduktan sonra milletlerarası tahkim yolunun kapsanması şeklinde görülmektedir. Belirtelim ki, Rusya, Çin ve Türk ikili yatırım anlaşmalarında uyuşmazlıkların çözümü bakımından ev sahibi ülke mahkemesine başvuruda bulunma zorunlu olmaktan ziyade seçime bağlıdır. Ancak Türkiye'nin bazı ikili yatırım anlaşmalarında (Türkiye-Türkmenistan İkili Yatırım Anlaşması; Türkiye-Estonya İkili Yatırım Anlaşması) ilk önce ev sahibi ülke mahkemelerine başvuruda bulunması gerekmektedir. Böyle durumda eğer ev sahibi ülke mahkemesi uyuşmazlıkla ilgili 1 sene içerisinde kesin karar vermemesi hâlinde yatırımcı aynı uyuşmazlığı milletlerarası tahkime götürebilmektedir.

KAYNAKÇA

- A. Aaken (2008). Fragmentation of international law: The Case of international investment protection, Economic Research Papers, Working Paper No: 2008.
- A. Asouzu (2002). A Review of critique of arbitral awards article 25(2)(b) of the ICSID Convention, The Journal of World Investment 3.
- A. Çelikel (2003) Yabancı yatırımların teşviki amacıyla yapılan yeni yasal düzenlemeler, MHB, Y. 23, S.1-2.
- A. Danelyan (2016). Soglashiyem po svyazyam s tovgovliy investitsennoy meram i prinsip “performance requirement”, (Ticaretle Bağlantılı Yatırım Tedbirleri (TRIMS) ve “performans requirement” ilkesi), Eurasian Legal Journal 2.
- A. Diehl (2012) The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment, Kluwer Law International, 390.
- A. Dikmen ve O. Karahanoğulları (2002) Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu tasarısı hakkında değerlendirme, Mülkiyet Dergisi, 26(24).
- A. Dnelyan i Z. Farhutdinov (2013). Mejdunarodiy investitsionniy arbitraj (Milletlerarası yatırım tahkimi), Sankt-Peterburg: Sentr Gumanitarnih İnisiativ.
- A. Ganesh (2017). Cooling off period (Investment Arbitration), Max Plank Institute Luxemburg, Working Paper 7.
- A. Gilsov i B. Karabelnikov (2009). Strategicheskaya investitsya: Novelli ili kolezziya (Stratejik yatırımlar: değişiklik veya çarpışma), Vestnik Grajdanstvoe Prava, 4.
- A. Grigoryan (2004). Soglashiyem po Svyazyam s Torgovliy İnvestitsennoy (Ticaretle Bağlantılı Yatırım Tedbirleri), Jurnal Prava i Politika 3.
- A. Gülan (1998). Türkiye’de kamu hizmetlerinin gelişimi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 56 (1-4).
- A. Gülan (2001). Kamu hizmetlerinin dönüştürücü etkisi karşısında tahkimin geleceği, Ankara: Liberty Yayınları.
- A. Kawharu (2015). The admission of foreign investment under TPP and RCEP, The Journal of World Investment and Trade 16 (1).
- A. Kursky (2003). Product Sharing Agreement (PSA) in Russian mining industry, CIS Energy and Mining Law Journal 1.
- A. Mann (1967). State contract and international arbitration, British Yearbook of International Law, 42.

- A. Minakov (1985) Arbitrajniye soglasheniya i praktika rasmotneiye vneshni ekonomicheski sporov (Tahkim anlaşması ve dış ekonomik ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar), Moskov: Yuridicheskaya literatura, 78; Pavlova, 2013, a.g.k, 890;
- A. Minina (2014). Arbitrabilnost v shirokom smisle: Voprosi deystvitelni arbitrajnovo soglasheniya (Tahkime elverişliliğe geniş anlamda: Tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin sorunlar), Aktualnovo problemi v Rossiyskovo prava 7(44).
- A. Muranov (2011). Mejdunarodniy komerchiskiy arbitaj: Opit ochestvennovo regulirovaniya (Milletlerarası ticari tahkim: İç mevzuata ilişkin deneyimler), Moskva: Infrotop Media, 532.
- A. O. İnshakova (2016) Refomra pravovih osnov deyatolnosti mejdunarodnovo komerchiskovo arbitraja v Rosiyskoy Federatsii: Pepedposilki, obuslovlennost, perspektivi (Rusya Federasyonunda milletlerarası ticari tahkime ilişkin reformlar: Geçmiş, Verimlilik ve Beklentiler), Vishiy Shkole Ekonoimiki 3.
- A. Reinisch (2013). The scope of investor-state dispute settlement in International Investment Agreements, Asia Pacific Law Review, 21(1).
- A. Robert (2018). Symposium on the BRICS approach to the investment treaty system: Investment treaties and the reform matrix, American Journal of International Law, Vol 112.
- A. Sinclair (2000). The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection, Arbitration International, 20(4).
- A. Umirdinov (2015) The End of hibernation of stabilization clause in investment arbitration: Reassessing its contribution to sustainable development, Denver Journal of International Law and Policy, 43(4).
- A. Yuan (2001) China's entry into the WTO: Impact on regulating regime of foreign direct investment, The International Lawyer 35.
- A.S. Komarov (2015) Tri chetverti veka v nogu s vremenem (Bir yüzyılın dörtte üç dilimi), Mejdunarodiy Komercheskiy Arbitraj: Sovremeni problemi i resheniya (Milletlerarası Ticaret Tahkimi: Çağdaş sorunlar ve çözümler), Sbornik Statetey k 75 letiyu MKAS TPP Rossiyski Federatsii.
- Ambiente v. Argentina, ICSID Case No: ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility.

- An. Chen (1988 a). Should an immunity from nationalization for foreign investment be enacted in China's economic law ?, *Legal Aspects of Foreign Investment in the People's Republic of China*, 39.
- An. Chen (2013 b). *The Voice from China: An Chen on International Economic Law*, London: Springer.
- B. Demirkol (2015). Uluslararası hukukta dikkate alınan vatandaşlık: gerçek kişilerde "etkin vatandaşlık" sorunsalı, *Galatasaray Üniversitesi* 2.
- B. Elleman, S. Kotkin and C. Schofield (2015). *Beijing power and China's borders twenty neighbors in Asia*, New York: Routledge.
- B. Guthrie (2013). Beyond investment protection: an examination of potential influence of investment treaties on domestic rule of law, *International Law and Politics*, Vol 45.
- B. Karabelnikov, B and D. Pellew (2008). Enforcement of international award in Russia – still a mixed picture, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 19(1).
- B. Kuru (2001). *Hukuk muhakemeleri usulü*, C: VI, B:6, İstanbul.
- B. Nazarian (2017). Sovereign wealth fund and their rights under the current investor-state arbitration system, *Bocconi Legal Papers* 9.
- C. Annacker (2011) Protection and admission of sovereign investment under investment treaties, *Chinese Journal of International Law*.
- C. Ayyalore and M. Srikumar (2014). Requirement of an investment to contribute to the development of the host state under ICSID Convention, *SPIL International Law Journal*, 72.
- C. Dugan (2011). *Investor state arbitration*, Oxford: Oxford University Press.
- C. Mclachlan, L. Shore and M. Weiniger (2017). *International investment arbitration: Substantial principles*, Oxford: Oxford University Press, Second Edition.
- C. Pinto (2016). The narrow meaning of legitimate expectations in state aid law versus the foreign investor legitimate expectations, *European State Aid Law Quarterly*.
- C. Şanlı (1998). Türkiye'de Yargıtay kararlarına göre yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, *MHB*, 17-18.
- C. Şanlı (1998). Türkiye'de Yargıtay kararlarına göre yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, *MHB*, 17-18.
- C. Şanlı (2016). *Uluslararası ticari akitlerin hazırlanması ve uyuşmazlıkların çözüm yolları*, İstanbul: Beta Basım, 6.Baskı.

Ch. Beus (2014) Sovereign wealth funds in the ICSID: A new approach standing, *The Indonesian Journal of International and Comparative Law* 1(2).

Ch. Lee (2016). Resolving nationality planning issue through the application of the doctrine of piercing the corporate veil in international investment arbitration, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 9 (1).

Ch. Liu (2016). Chinese company and security law: Investment vehicles, mergers and acquisitions, and corporate finance in China, Kluwer Law International, Second Edition.

Ch. Manjiao (2008). Is China Arbitration Act truly arbitration friendly: Determining the validity of arbitration agreement under Chinese Law, *Asian International Arbitration Journal* 4(1).

Ch. Schreuer (2001). *ICSID Convention: Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press.

Ch. Schreuer (2004 ç). Travelling the BIT route: of waiting periods, umbrella clause and forks in the road, *Journal of Investment and Trade*, Vol 5.

Ch. Schreuer (2005). Calvo's grandchildren: The return of local remedies in investment arbitration, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4.

Ch. Schreuer (2006 d). Diversity and harmonization of treaty interpretation in investment arbitration, *TDM*, 3.

Ch. Schreuer (2007). Consent to arbitration, *Transnational Dispute Management* 5.

Ch. Schreuer (2008 f). Consent to arbitration, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Editörler: P. Muchlinski, F. Ortino, and Ch. Schreuer).

Ch. Schreuer (2010) Interaction of international tribunals and domestic courts in investment law, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, 71.

Ch. Schreuer (2010). Nationality of investor: Legitimate restriction and business interest, *ICSID Review*, 24.

Ch. Schreuer and U. Kriebaum (2012). At what time must be legitimate expectations exist?, *Oil, Gas & Energy Law (OGEL)*, 10(1).

Ch. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair (2009). *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, Second Edition.

Ch. Weishu (1993). Reforming China's property system, *Economic Reform and Social Changes* 14.

Ch. Xuebin (2002) Criteria to identify trade related investment measures in Chinese Foreign Investment Law, *Bond Law Review* 15(1).

- Ch. YongMei (2008) The Legal climate for foreign investment in China after its WTO accession, *Bond Law Review* 20(1).
- D. Cairns (2009). Transnational public policy and the internal law of state parties, *Transnational Dispute Settlement* 1.
- D. Caron (2011). The interpretation of national foreign investment laws as unilateral acts under international law, M. Arsanjani, J. Cogan, R. Sloane and S. Weissner (Editörler), *Looking to the future: Essays on international law in honor of Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers.
- D. Gökyayla ve C. Süral (2004) 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve getirdiği yenilikler, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2).
- D. Kobahidze (2018). Interim measures in international commercial arbitration: Correlation of approaches of international arbitration institution and national regulation, *Jurnal Zarubejone Zakonadatelstva i Sravnitel'nogo Provaodeniya*, 4.
- D. Marchick and M. Slaughter (2008). Global FDI policy: correcting a protectionist drift, *The Bernard and Irene Schwartz Series on American Competitiveness*, CSR No. 34.
- D. Tarman (2017). Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının Türkiye’de tenfizinde karşılaşılan sorunlara ilişkin bazı tespitler, *Public and Private law Bulletin*, 37(2).
- D. Tarman (2017). Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının Türkiye’de tenfizinde karşılaşılan sorunlara ilişkin bazı tespitler, *Public and Private Law Bulletin*, 37(2).
- D. Wong (2017). From redundancy to resurgence: Revisiting the local remedy rule in international investment arbitration, *Singapur Law Review* 39.
- D. Yu (2017). *Chinese business law*, Singapore: The Private Series on Chinese Law.
- E. Ertekin ve İ. Karataş (1997). *Uygulamada ihtiyari tahkim ve yabancı hakem kararlarının tenfizi tanınması*, Ankara: Yetkin.
- E. Gaillard and M. McNeill (2018). *The Energy Charter Treaty*, (Editör: K. Yannanca-Small), *Arbitration under international investment agreements*, Oxford: Oxford University Press, Second Edition.
- E. Glusker (2010). Arbitration hurdles facing foreign investors in Russia: Analyses of present issues and implications, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 10(3).
- E. Gubin (2006). Gosudarstvoy regularnoy otnosheniy v sefere neftegazovogo kompleksa Rossi: Pravovie vaprosi (Rusya’nın petrol ve doğal gaz alanındaki düzenlemeleri: Yasal Sorunlar), *Energeticheskiy Para* 2.

- E. Nomer (1990). Hakem kararlarının kamu düzenine aykırılığı ve tahkim anlaşmasının geçerliliği, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C.10, S.1-2.
- E. Nomer, N. Ekşi ve G. Öztekin Gelgel (2008). *Milletlerarası tahkim hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, C.I, 3.Baskı.
- E. Nomer, N. Ekşi ve G. Öztekin Gelgel (2016). *Milletlerarası tahkim hukuku*, Cilt I, İstanbul: Beta, 5.Baskı.
- E. Treves (2017). Investment treaty arbitration: dual nationality are now welcome: a way out of ICSID's dual nationality exclusion, *The Journal of International Law and Politics*, Vol 49.
- E. Veselkova (2011). Rejim naibolshego blagopriyantsovaniya dlya razvitya mejdunarodnogo nsotrujetstva investitsionnogo sotrudnijestva (Uluslararası yatırım işbirliğinin gelişiminde en çok gözetilen ulus kaydının önemi), *Vestnik Moskovskiy Mejdunarodniy Akademi*.
- E. Veselkova (2016). Ob obshiyeh polojeniyah pravogo regularovaniya inostranikh investitsiy v Rossiya (Rusya yatırım mevzuatı çerçevesinde yabancı yatırımlarla ilişkin genel şartlar), *Yuridicheskiye Nauki* 1.
- E. Veselkova (2016). Pravovoe regulirovanie inostranikh investitsiy v RF: Opit i perspektivi (Rusya Federasyonunda yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemeler: Deneyim ve perspektifler), Moskva: Knorius.
- F. B. Tanrıbilir ve B. Şit (2002). Milletlerarası tahkim müessesesi ve yeni milletlerarası tahkim kanunu, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 22 (2).
- F. Bassan (2010). Host states and sovereign wealth funds, between national security and international law, *European Business Law Review*, Vol 21.
- F. Goldman (1999). *International Commercial Arbitration*, (Editörler: E. Gaillard ve J. Savage), The Hague: Kluwer Law International.
- F. K. Giray (1998) Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmalarında öngörülen itilaf çözüm yolları, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* Yıl.17-18, Sayı 1-2, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan.
- F. Laura, K. Chase and R. Sara (2018). Foreign investment control heats up: A global survey of existing regimes and potential significant changes on the horizon, *Global Trade and Customs Journal*, 13(4).
- F. Swart (2015). The use of mailbox companies in international investment protection, *European Company Law*, 12 (1).

- G. Bogatirev (1992). *İnvostrannie investitsiya* (Yabancı yatırımlar), Moskva: Rossiyskiy Prava.
- G. Delaume (1981). State contracts and transnational contracts, the American Journal of International Law, 75(4).
- G. Dororina (2012). Problem i puti razvitya rossiyskogo investisonnogo zakonadatelstva (Rusya yatırım mevzuatında sorunlar ve öneriler), Prava i Politika.
- G. Dororina (2012). Problem i puti razvitya rossiyskogo investisonnogo zakonadatelstva (Rusya yatırım mevzuatında sorunlar ve öneriler), Prava i Politika.
- G. Emmanuel (2005). Establishing jurisdiction through a most favored nation clause, Transnational Dispute Management 5.
- G. Güngör (2017). Tabiiyet hukuku, Ankara 5.Baskı.
- G. Kerem Giray (2013). Milletlerarası yatırım tahkiminde kamulaştırmadan doğan tazminat ve tazminatın hesaplanmasında kullanılan yöntemler, İstanbul: Beta Yayınları, 2.Baskı.
- G. Liu and A. Lourie (1995). International commercial arbitration in China: History, developments and current practice, the John Marshal Law Review, 28(3).
- G. Long (2005) China's policies on FDI: Review and evaluation, (Editörler: H. Moran, M. Graham and M. Blomstrom) Does foreign direct investment promote development? Institute for International Economics.
- G. Pisacane, L. Murphy and C. Zhang (2016). Arbitration in China: Rules and perspectives, Singapore: Springer Science, 3.
- G. Sacerdoti (2000) The Admission and treatment of foreign investment under recent bilateral and regional treaties, The Journal of World Investment and Trade 1(1).
- G. Sak ve F. İnan (2015). An Investment policy framework for Turkey in the twenty first century, Economic Policy Research Foundation of Turkey, Report.
- G. Tarcisio and E. Brabandere (2012). International investment law: The Source of rights and obligations, The Hague: Martinus Nijhoff.
- G. Tu (2016). Private international law in China, Singapore: SpringerScience.
- G. Wang and X. He (2013). Mediation and international investment, Chinese perspective, Maine Law Review 65.
- H. Chen (2018). China's innovative ISDS mechanisms and their implications, American Journal of International Law Vol.112.

- H. Engfeld (2014). Should ICSID go Gangnam style in light of non-traditional foreign investments including those spurred on by social media- applying an industry – specific lens to the saline test to determine article 25 jurisdiction, *Berkeley Journal of International Law*, 32(1).
- H. Fişek (1959). Türk vatandaşlık hukuku, Ankara, 9.
- H. Moran (1974) The Evolution of congestion agreements in underdeveloped countries and the United States National interest, *Vanderbilt Journal of Transnational Journal*, Vol.7.
- H. Pekcanitez (2012). İstanbul Tahkim Merkezi kanun taslağı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.12, Özel Sayı.
- H. Tülen (2008) Yabancı yatırımcıların Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu çerçevesinde taşınmaz edinmelerinin anayasaya aykırılığı sorunu üzerine bir inceleme, *EÜHFD*, 12(1-2).
- H. Yen (2014). The interpretation of investment treaties: interpretation of investment treaties, The Netherlands: BRILL.
- H. Yıldız (2014). Kamu hukuku ile özel hukukun kesiştiği yer: Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolu, *TBB* 111.
- H.E. Kjos (2013). Applicable law in Investor-State Arbitration: The Interplay between national and international law, Oxford: Oxford University Press.
- IMF (2009) Balance of payments and international investment position manual, Six Edition.
- İ. Ataman-Figanmeşe (2011) Manufacturing consent to investment treaty arbitration by means of the notion of “Arbitration without Privity”, *Annales de la Faculte de Droit d’İstanbul*.
- İ. Ataman-Figanmeşe (2011). Milletlerarası ticari tahkim ile yatırım tahkimi arasındaki farklar, *Public and Private International Law Bulletin*, 31(1).
- İ. Belyayeva (2009). K voprosu o garantiih prav inostranikh investirov v zakonadatelstva Rosiyskiy Federatsiy(Rusya Federasyonu hukukunda yabancı yatırımların korunmasına ilişkin sorunlar), *Yuridichskiy Nauki (Hukuki Bilimler)* 11.
- İ. Braginitskiy i V. Vitiryanskiy (2006). Dogovornie prava (Sözleşmeler hukuku), I. Bölüm, Moskva: Statut.

- İ. Golovina (2014) Pravo i posledstva vstupleniya Rossiya v BTO priminitelno k soglasniyu o razdele produkcii (DTÖ kuralları çerçevesinde Ürün Paylaşım Anlaşmasının yasal sonuçları), Trudi İnstitutu Gosudarstva i Prava Rossiyskiy Akademiya Nauk 2.
- İ. Pavlova (2013). Mejdunarodnie chastnoe prava (Milletlerarası özel hukuk), Moskova: Yurayt.
- İ. Unat (1966). Nottebohm kararı ve tabiiyetin gerçekliği ilkesi, Ankara.
- J. Chaisse (2018) State capitalism on the ascent: stress, shock and adaptation of the international law on foreign investment, *Minnesota Journal of International Law* 27(2).
- J. Ho (2016). Internationalization and state contracts: Are state contracts the future or the past ?, *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment* (Editör: L. Lim), Cambridge: Cambridge University Press.
- J. Huang (2015). Challenges and solutions for the China- USA BIT negotiations: Insight from recent development of FTZs in China, *Journal of International Economic Law*, Vol.18.
- J. Mortenson (2010). The Meaning of Investment: ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law, *Harvard International Law Journal*, 51(1).
- J. O'Brien (2008) Barrier to entry: Foreign direct investment and the regulation of sovereign wealth fund, *The International Lawyer* 42.
- J. Paulsson (2005). Denial of justice in international law, Cambridge: Cambridge University Press
- J. Qin (2007). China's legal system: new developments and new challenges, *The China Quarterly* 191.
- J. Stampalija (2015). Chinese bilateral investment treaties: A case of "internal fragmentation", *International Economic Law after a Global Crisis: A Tale of Fragmentation Disciplines*, (Editörler: L. Lim ve B. Mercurio), Cambridge: Cambridge University Press.
- J. Troya (2014) Cooling – off periods in investment treaty arbitration: An opportunity to negotiate or a mere formality? Views from a negotiative perspective, *Harvard Law School*, Master Thesis.
- J. VanDerMeulen and M. Trebilcock (2009). Canada's policy response to foreign sovereign investment: operationalizing national security exceptions, *Canadian Business Law Review*, 47.
- J. Voss (2011). The impact of investment treaties on contracts between the host states and foreign investors, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publisher.

- J. Weeramantry (2012). Investor-state dispute settlement provisions in China's investment treaties, *ICSID Review* 27(1).
- J. Zhao (2010). The puzzle of freedom of contract in China's Contract Law, *ILSA Journal of International and Comparative Law* 17 (1).
- J. Zhou (2000). National treatment in Foreign Investment Law: A comparative study from Chinese Perspective, *Touro International Law Review* 10.
- J. Zhou (2000). National treatment in foreign investment law: A comparative study from Chinese perspective, *Touro International Law Review* Vol 10.
- K. Brandt and M. Kan (2017). *International Arbitration Review*, (Editör: J. Carter), New York: Eighth.
- K. Christina (2009). Investment in "in the territory of the host state", *International investment law for the 21 century: Essays in honor of Christopher Schreuer*.
- K. Nilov (2016). Pravovie garanti osushestvitelnaya inostranikh investitsiy po zakonodatelstvu Rossiyskiy Federatsiy (Rusya mevzuatı çerçevesinde yabancı yatırımcılara sağlanan yasal güvenceler), *Mejdunarodniy sotrujestva: Yuridichesya Aspekti* 4
- K. Vandevelde (2010). *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press.
- L. Chauvel (2017). The influence of general exceptions on the interpretation of national treatment in international investment law, *Brazilian Journal of International Law*, 14.
- L. Gornostaeva (2009). Nekotorie aspekti gosudarstvennogo regulirovaniya inostranikh investitsiy v Rossiyskiy Federatsi (Rusya Federasyonunda yabancı yatırımlara ilişkin idari düzenlemelerin bazı yönleri), *Sosiyalno-ekonomicheskaya yavleniya i processa*, 3(15).
- L. Ji (2014). State owned enterprises in the current regime of investor – state arbitration, *Nijhoff International Investment Law Series*, 380.
- L. Lin and J. Allison (1994). An Analyses of nationalization and expropriation risk in China, *Yale Journal of International Law* 19.
- L. Poulsen (2016a). States as foreign investors: diplomatic disputes and legal fictions, *ICSID Review*, 31 (1).
- L. Tan and A. Bouchenaki (2015) Limiting investor access investment arbitration: A solution without a problem? (Editörler: J. E. Kalicki and A. Joubin-Bret), *Reshaping the investor-state dispute settlement system: Journey of for the 21st century*, Leiden: Brill Nijhoff.

- L. Yifei (2012). Juridical review of arbitration agreements in China, *Arbitration International*, 28(2), 245.
- L. Yuan and T. Tsai (2000). Foreign direct investment policy in China, *China Review*, 12.
- M. Alekseev (2011) *Mejdunarodiy komerchiskiy arbitrajniy sud pri trgovogo promishlennoy palate Rossiyskiy Federatsi: İstoriya sozdaniya i polnomochiya* (Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Ticari Tahkimi: Kuruluş tarihi ve yetkileri), *Tribuna Molodovo Uchenovo* 2(15).
- M. Boguslavski (2005) *Mejdunarodnoe chastoe prava* (Milletlerarası özel hukuk), Moskova: Yurist.
- M. Burgstaller (2006) Nationality of corporate investors and international claims against investor's own state, *World Investment and Trade*.
- M. Chi (2013). Privileges domestic remedies in international investment dispute settlement, *Proceedings of Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol.107.
- M. Erkan (2013). Tahkim şartının ayırabildiği prensibinin asıl sözleşmenin yokluğu durumunda değerlendirilmesi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVII, S.1-2.
- M. Feldman (2012). Setting limit on corporate nationality planning in investment treaty arbitration, *ICSID Review*, 27(2).
- M. Hallawar-Driemeier (2003). Do bilateral investment treaty attract foreign investment? Only a bit and they could bite, *Policy Research Working Paper*, WPS-1121.
- M. Heymann (2008). International law and the settlement of investment disputes relating to China, *Journal of International Economic Law* 11(3).
- M. Jezewski (2008). There is no freedom without solidarity: towards a new definition of investment international economic law, *The Society of International Economic Law*, 13.
- M. John Shijian (2017). Interpretation and application of the New York Convention in China, *Recognition and Enforcement of Foreign Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, (Editör: Berman, G), Switzerland: Springer International Publishing.
- M. Kulkov (2009). Enforcement of international awards in Russia, *Americal Bar Association Sectoion of International Law and ABA Center for Continueing Legal Education Present*, *Enforcement of International Awards in Russia and Ukraine: Dream or Reality*;
- İ. Nikiforov (2008). Interpretation of Article V of the New York Convention by Russian

courts – does process, arbitrability and public policy grounds for non enforcement, *Journal of International Arbitration* 25(6).

M. Lippincott (2013). Depoliticizing sovereign wealth funds through international arbitration, *Chicago Journal of International Law* 13.

M. Liu (2018). The new Chinese foreign investment law and its implication on foreign investors, *Northwestern Journal of International Law and Business* 35.

M. Loughlin and G. V. Harten (2006). Investment treaty arbitration as a specific of global administrative law, *The European Journal of International Law* 17(1).

M. Potesta (2011). The interpretation of consent to ICSID arbitration contained in domestic investment laws, *Arbitration International*, 27(2).

M. Rozenberg (1997). *Praktika mejdunaronovo komercheskovo arbitrajnovo suda* (Milletlerarası ticari tahkim uygulamaları), Moskva: Status.

M. Sasson (2010). Substantive law in investment treaty arbitration, The Netherlands: Kluwer Law International.

M. Schneider (2013) *Investment disputes- Moving beyond the arbitration*, (Editörler: L. B. Chazournes, M. Kohen and J. E. Vinuales) Diplomatic and judicial means of dispute settlement, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

M. Sornarajah (2000). International investment agreements: Admission and establishment, legal standards of treatment, *Commonwealth Law Bulletin* 26 (1).

M. Sornarajah (1995). Protection of foreign investment in the Asia Pacific Economic Cooperation Region, *Journal of World Trade*, 29(2).

M. Sornarajah (2004). *The International law on foreign investment*, Cambridge: Cambridge University Press.

M. Sornarajah (2010 d). *India, China and foreign investment*, (Editörler: M. Sornarajah and W. Jiangyu China, *India and the International Economic Order*, Cambridge: Cambridge University Press.

M. Sornarajah (2010). *The international law on foreign investment*, Cambridge: Cambridge University Press, Third Edition.

M. Sornarajah (2015). *Resistance and change in the international law on foreign investment*, Cambridge: Cambridge University Press.

M. Valasek and P. Dumberry (2011). Developments in the legal standing of shareholders and holding corporations in investor – state disputes, *ICSID Review*, 26(1).

- M. Valent (2013). The scope of an investment treaty dispute resolution clause: It is not a question of interpretation, *Arbitration International*, 29(2).
- M. Waibel (2011). *International investment law and treaty interpretation*, R. Hoffman ve C. Tams (Editörler), *International investment law and general international law: from clinical isolation to systematic integration*.
- M. Zhanjun (2006). Modification of 1994 Arbitration Law of China and Reasoning, *Arbitration Study* 2(60).
- Malaysian Historical Salvors, SDN, BHS v. The Government of Malaysia, Award on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/05/10.
- N. Anufrieva (2002). *Mejdunarodnogo chastnogo prava (Milletlerarası özel hukuk)*, 1.Bölüm, Moskva: BEK.
- N. Ekşi (2003). Milletlerarası tahkim kanunu hakkında genel bir değerlendirme, 23(1-2).
- N. Ekşi (2009). ICSID hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, İstanbul: Beta Yayınevi.
- N. Ekşi (2009). Yargıtay kararları ışığında ICC hakem kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi, *Ankara Barosu Dergisi*, 67(1).
- N. Fet (2007). The problem of investment protection under Russian Production Sharing Agreement, *International Trade Law Journal* 16.
- N. Gül (2012). İstanbul Tahkim Merkezi kanunu tasarısının değerlendirilmesi, *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1.
- N. Kaplan, J. Spruce and M. Moser (1994). *Hong Kong and China arbitration*, Hong Kong: Butterworths Asia.
- N. Mahmood (2013) Democratizing Investment Laws: Ensuring minimum standards for host states, *Journal of World Investment and Trade*, Vol 14(1).
- N. Nemateva (2010). *Mejdunarodnogo chastnogo prava (Milletlerarası özel hukuk)*, Moskva: Yustitsiya.
- N. V. Lavrinenko (2004). Tretiskiy i Arbitrajniy Sud (Tahkim ve Arbitraj Mahkemeleri), *Jurnal Tretiskiy Sud* 6 (36).
- N. Voznasenskaya (2002). *İnostranie investitsi. Rossiya i mirovoy opit (Yabancı yatırımlar: Rusya ve Dünya Deneyimi)*, Moskva: İnfra-M Kontrakt.
- N. Yurova (2008). *Mejdunarodnoe grajdanskoe presisualnio prava: Teoritecheskie as-novi implementatsi norm v pravovoy sistemi Rossiyskiy Federatsi (Uluslararası medeni usul hukuku Rusya Federasyonu hukuk sisteminde hukuk normlarının uygulanmasına ilişkin esaslar)*, Moskva: Wolters Kluwer.

- O. F. Berki (1966). Devletler hususi hukuku: Tabiiyet ve yabancılar hukuku, Ankara, C.I, B.6, 15.
- O. Gorbunova (2018). Attracting foreign investment in the Russian economy under sanctions (Privlechenie pryamih inostranikh investitsiy v Rossiysku ekonomiku v usloviyah deystviya sanktsiya), Russian of Entrepreneurship, Vol.8.
- O. Gutierrez (2017) An analyses of the People's Republic of China's Foreign Investment Law and foreign direct investment in Shanghai's free trade zones, Bocconi Legal Papers 9(15).
- O. İnshakova i Y. Kazachenok (2013). Legitimnaya selesoobraznost, sposobi zakriple-niya i posledstva konkludetnovo oformleniya arbitrajnogo soglasheniya (Yasal olma ve tahkim anlaşmasının yerine getirmenin kesin sonuçları), Yurisprud 4(21).
- OECD (1999) *Definition of foreign direct investment*. (Third Edition). Paris.
- OECD (2008) Definition of investor and investment agreements, International investment law: understanding concept and tracking innovations.
- P. Baklacı (2008) Uluslararası yatırımlarda “Dolaylı kamulaştırma” ve düzenleyici yet-kiler, MHB, Sayı 1-2.
- P. Dumberry (2010). The legal standing of shareholders before arbitral tribunal: has any rule of customary international law crystallized?, Michigan State Journal of International Law, 18(3).
- P. Dumberry (2014). The protection of investors' legitimate expectations and the fair and equitable treatment standard under NAFTA article 1115, Journal of International Arbitration, 31(1).
- P. Dumberry (2018). A Guide to state succession in international investment law, Chel-tenham: Edward Elgar Publishing.
- P. H. Solomon (2014). The unexpected demise of Russia's High Arbitrazh Court and the politicization of juridical reform, Russian Analytical Digest (147).
- P. Isakoff (2013). Definition the scope of indirect expropriation for international invest-ment, The Global Business Law Review.
- P. Juillard (2001). Freedom of establishment, freedom of capital movement, and freedom of investment, ICSID Review 15.
- P. Muchlinski (2006). Caveat investor? The relevance of the conduct of the investor under fair and equitable treatment standard, International and Comparative Law Quarterly, Vol 55.

- P. Muchlinski, P. Ortino and Ch. Schreuer (2008). *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford: Oxford University Press.
- P. Ortolani (2013). The role of arbitration institution in China, *Transnational Dispute Management*, 10 (4).
- P. Osode (1997). State contracts, state interests and international commercial arbitration: Third world perspective, *Comparative and International Law Journal of South Africa*, 20(1).
- P. Runeland (2000). *İspolnie inostrannih arbitrajnih resheniy v Rossiyskiy Federatsii* (Rusya Federasyonunda yabancı tahkim kararlarının tenfizi), Conference Paper, East – West Arbitration for the twenty-first century.
- Q. Hingdao, S. Azam, H. Mukhtar and A. Mumtaz (2017). A Comparative study of investor-state dispute settlement mechanisms: The case of China and Pakistan, *Journal of Law, Policy and Globalization*, Vol.67.
- R. Astorga (2007). The nationality of juridical person in the ICSID Convention in the light of its jurisdiction, *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, Vol 11.
- R. Dolzer (2005). The notion of investment in recent practice, (Editörler: S. Charnovitz and D. Steger, *Law in the service of human dignity: Essay in honor Florentine Feliciano*, Cambridge: Cambridge University Press.
- R. Dolzer and Ch. Schreuer (2008). *Principles of international investment law*, Oxford: Oxford University Press, First Edition.
- R. Dolzer and Ch. Schreuer (2014). *Principles of international investment law*, Oxford: Oxford University Press, Second Edition.
- R. Stockman (2011) International commercial arbitration in China: Issues surrounding the resolution of international commercial disputes through Chinese arbitration, *Willamette Journal of International Law and Disputes*, 19 (2).
- R. Wisner and N. Gallus (2004). Nationality requirement in investor state arbitration, *The Journal of World Investment and Trade*, 5(6).
- Rui-Ping. Lui (2000). China's legal framework for foreign investment, *The Comparative and International Law Journal of South Africa* 33(1).
- S. Chen (2013) Positioning sovereign wealth funds as claimants in investor state arbitration, *Contemporary Asia Arbitration Journal* 6.
- S. Elshihabi (2001). The difficulty behind securing sector-specific investment establishment rights: The case of the Energy Charter Treaty, *The International Lawyer* 35 (1).

- S. Erdal (2015). Uluslararası anlaşmaların hukuksal geçerliliği, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 23(1).
- S. Fietta (2006) Expropriation and the fair and equitable standard: the developing role of investor 'expectations' in international investment arbitration, Journal of International Arbitration, Vol 3.
- S. Franck (2007). Foreign direct investment, investment treaty arbitration and the rule of law, Mc George Global Business and Development Law Journal, Vol 19.
- S. Güneş (2016). İmtiyaz sözleşmelerinde tahkim, Public and Private International Private Law, 37(2).
- S. Kirsanov and E. Safonov (2014). The consequences of Russian accession to WTO: Conclusions and recommendations, European Scientific Journal 10(6).
- S. Krupko (2002). İnvestitsyoni spori mejdu gosudarstvom i inostranim investrom (Devlet ve yabancı yatırımcılar arasındaki yatırım uyumsuzlukları), Moskva: BEK.
- S. Mullen and E. Whitsitt (2016). ICSID and legislative consent to arbitrate: Question of applicable law, ICSID Review, 32(1).
- S. Özel (2003) Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu üzerine bir değerlendirme, MHB, Y. 23, S. 1-2.
- S. Özel (2017). Yabancı hakem kararlarının tenfizine engel bir durum: Tahkim sözleşmesinin engel olması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Derneği, 23(1).
- S. Özel (2017). Yabancı hakem kararlarının tenfizine engel bir durum: Tahkim sözleşmesinin engel olması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Derneği, 23(1).
- S. Qin (2011) Transition and incentives in China's Foreign Investment Law, Korea University Law Review, Vol 10(135).
- S. Rolland (2017). The Return of state remedies in investor-state dispute settlement: Trends in developing countries, Loyola University Chicago Law Journal Vol.49.
- S.Y. Kazachenok (2014). Mejdunarodniy kommerchiskiy arbitrajniy sud pri trgovogo-promishlennoy palate Rossiyskoy Palatii kak sredstva rasmotreniya mejdunarodnih sporov iz trgovih i investitsionnih otnosheniya (Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Ticaret Tahkiminde ticari ve yatırım ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü), Yuridicheskiye Nauki 2.

- S.Y. Kazachenok (2015). Mejdunarodniy komerchiskiy arbitraj sudi pri trgovogo promishlennoy palate Rossiyskoy Fedaratsi kak sredetstvo ramotreniya mejdunaroniv sporov iz trgovih i investitsionnih otnosheniya (Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Ticari Tahkimi tarafından ticari ve yatırım uyuşmazlıklarından doğan uyuşmazlıkların değerlendirilmesi), Yuridicheskie Nauki 2.
- Sh. Gallagher and W. Shan (2009) Chinese investment treaties: Policies and practices, Oxford: Oxford University Press.
- Sh. Jia (2015). On the improvement of China's legal system of foreign direct investment, Journal of Politics and Law 8(4).
- Sh. Wei (2015). Expropriation in transition: Evolving Chinese investment treaty practices in local and global context, Leiden Journal of International Law, 28.
- Sh. Wei (2018). Evolution of non-discriminatory standards in China's BIT's in the context of EU-China negotiations, Chinese Journal of International Law 17.
- Sh. Zhang (2017). China's approach in drafting investor-state arbitration clause: A review from Belt and Road regions' perspective, The Chinese Journal of Comparative Law 5(1).
- T. Arat (1970). Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti, Ankara.
- T. Ginsburg (2006). International substitutes for domestic institutions: bilateral investment treaties and governance, Illinois Law and Economics Working Papers Series No: LE06-27.
- T. Ginsburg (2010). Juridical independence in East Asia, Implication for China, Public Law and Legal Theory Working Papers, N.295.
- T. Weiler (2014). Treatment no less favorable provisions within the context of international investment law: kindly please check your international trade law conceptions at the door, Santa Clara Journal of International Law, 12 (5).
- T. Zhang (2013). Enforceability of ad hoc arbitration agreements in China: China's incomplete ad hoc arbitration system, Cornell International Law Journal, Vol 46.
- T.V. Slipachuk (2007). Arbitrajnoe soglashenie: sovremenie problemi i tendensii (Tahkim anlaşması: Çağdaş sorun ve eğilimler), Mejdunarodniy Komerchiskiy Arbitraj: Sovremenie problemi i resheniya, Moskva.
- The History of ICSID Convention Volume 2.
- UNCTAD (2000) Transfer of funds, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 12.

- UNCTAD (2010 d). Most favored nation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.
- UNCTAD (2016) Investment laws: a widespread tool for the promotion and regulation of foreign investment, Investment Policy Monitor, Special Issue.
- V. Doğan (2017). Türk vatandaşlık hukuku, 14.Baskı.
- V. Doğan (2019). Milletlerarası özel hukuk, Ankara: Seçkin, 5.Baskı.
- V. G. Karabelnikov (2001) Forma arbitrajnie soglasheniya v mejdunarodnom kommerchiskom arbitraje (Milletlerarası ticari tahkimde tahkim anlaşmasının şekli), Parava i Ekonomika (Hukuk ve Ekonomik), 3(21).
- V. Heiskanen (2014). Menage a trois? Jurisdiction, admissionability and competence in investment treaty arbitration, ICSID Review 28(1).
- V. Houtte (2000). Consent to arbitration through agreement to printed contracts: The continental experience, Arbitration International, 1(16).
- V. R. Seviğ (2000). Kamusal hizmetlerde yabancı yatırım ve tahkim, MHB, 19-20.
- V. R. Seviğ (2002). Milletlerarası tahkim kanununun özellikleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 22 (2).
- V. Shabrov (2009). İnvestsonie v hozaynstvie obshestva, imeyushi startegicheskoe znacheniya dlya obespecheniya oborni strani i pezopasnosti gosudarstva (Ulusal savunma ve devletin güvenliği bakımından stratejik öneme sahip alanlarda yatırım yapma), Zakonodatelstva i Ekonomika, 7.
- V. Silkin (2003). Prayomoe inostranie investitsiya v Rossiyu: Pravie formi privilecheni i zashiti (Rusyada doğrudan yabancı yatırımlar: Yabancı yatırımcılara sağlanan imtiyaz ve korumanın hukuki çerçevesi), Moskva: Yurist.
- V. Vasilevskya (2007). Pravovie regulirovanie otnosheniy nedropolzavaniya v Rossiyskiy Federatsi i zarubejnih strani (Rusya Federasyonu ve yabancı ülke hukuklarında toprak altı kullanımına ilişkin düzenlemeler), Moskva: Nestor Akademik.
- V. Yarkova (2004). Kommentariy k arbitrajnomu prosesalnomu kodeksu Rossiyskiy Federatsii (Rusya Federasyonu tahkim usul kanununa ilişkin yorumlar), Moskva: Volters Kluver.
- V.S. Pozdyankov (1996) Mejdunarodiy kommerchiskiy arbitraj v Rossiyskoy Federatsii: Zakon, reglament i komentarii (Rusya Federasyonunda milletlerarası ticari tahkim: Kanun, yönetmelik ve yorum), Moskova: İnzhelstva.

- W. Gu (2010). A comparative study on foreign investment legal system, *Front Law China* 5(3).
- W. Guan (2017). Beijing consensus and development legitimacy: The evolution of China's foreign direct investment regime from law and development perspective, *Asian Journal of Comparative Law*, 12.
- W. Guiguo (2011). Chinese mechanisms for resolving investor-state disputes, *Jindal Journal of International Affairs*, 1(1).
- W. Hamida (2010). Sovereign FDI and international investment agreements: questions relating to the qualification of sovereign entities and the admission of their investments under investment agreements, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 9.
- W. Jie (2009). Investor-state arbitration: Where does China stand?, *Suffolk Transnational Law Review*, 32(2).
- W. Kumberg, J. Lack and M. Leathers (2014). Enabling early settlement in investor-state arbitration: the time to introduce mediation has come, *ICSID Review* 29 (1).
- W. Peter (1995). Arbitration and renegotiations of international investment agreements, The Netherlands: Kluwer Law International, Second Revised and Enlarged Edition.
- W. Reisman and M. Arsanjani (2004). The Question of unilateral governmental statements as applicable law in investment disputes, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 19(2).
- W. Schill (2009 b). The multilateralization of international investment law, Cambridge: Cambridge University Press.
- W. Shan (2012 a). The Legal protection of foreign investment: Comparative study, Oxford: Hart Publishing.
- W. Shan, N. Gallagher and Sh. Zhang (2012). National treatment for foreign investment in China: Changing landscape, *ICSID Review* 27(1).
- W. Wang (2005). Historical evolution of national treatment in China, *The International Lawyer* 39(3).
- W. Zhu (2016). The new conflict rules of arbitration agreements in China: The old wine in the new bottle, *Cambridge Journal of Chinese Studies*, 11(4).
- Y. Andreeva (2011). Interpreting consent to arbitration as unilateral act of state: A case against conventions, *Arbitration International*, 27(2).

- Y. Bian (2015). A revisit to China's Foreign Investment Law: With special reference foreign investment protection, *Journal of East Asia and International Law* Vol. 8.
- Y. Li and Ch. Bian (2016). A New dimensions of foreign investment law in China – evolution and impacts of the national security system, *Asia Pacific Law Review* 24(2).
- Y. Radi (2007). Application of most favored nation clause to the dispute settlement provisions of the bilateral investment treaty: domesticating the “trojan horse”, *EJIL*, Vol.4.
- Y. Skvorsov (2018). Arbitraj (Treteyskoe razbiratelstvo) v Rossiyskiy Federatsiya (Rusya Federasyonunda tahkim (tahkim prosedürü)), Moskova: Yurayt.
- Y. Weidong (2018). Can introduction of administrative reconsideration comities help reform China's system of administrative reconsideration, *University of Pennsylvania Asian Law Review*, Vol.13.
- Y. Yushkarov (2006) Pravovoe regularovaie inostranikh investitsi v mejdunarodnom chastnom prave: Sovremennie tendensiye (Milletlerarası özel hukukta yabancı yatırımların hukuki çerçevesi: Çağdaş eğilimler), *Yurist* 12.
- Z. Akıncı (2001). Elektronik tahkim, *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu*, İzmir, 430; B. Şit (2006). Tahkim anlaşmasının şekli: Yazılı şekil şartı ve internet aracıyla akdedilen tahkim anlaşmaları, *MHB* 25-26.
- Z. Akıncı (2005). Tahkim şartı, *Milletlerarası tahkim semineri*, Ankara.
- Z. Akıncı (2013). Neden İstanbul Tahkim Merkezi, *Yaşar Üniversitesi Dergisi*. Cilt 8. Özel Sayı Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan.
- Z. Akıncı (2016). *Milletlerarası tahkim*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 4.Baskı.
- Z. Aslan ve N. Arat (2005). Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklardan tahkim usulü, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 8(2).
- Z. Douglas (2014). The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration, *ICSID Review*, 29(1).
- Z. Fathuddinov (2005). *Mejdunarodnoe investitsionnie prava* (Milletlerarası yatırım hukuku), Moskva: Wolters Kluwer.
- Z. Fathuddinov (2010) *Mejdunarodnoye investitsennoye prava i proses* (Milletlerarası yatırım hukuku ve süreci), Moskva: Wolters Kluwer.
- Z. Hanhua (2005). *Administrative reconsideration jurisdictionalization: Theory, Practice and Reform*, Peking: Peking University Press.
- Z. Nalçacıoğlu Erden (2015). *Milletlerarası yatırım hukukunda dolaylı kamulaştırma*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

INTERNET KAYNAKLARI

B. Legum (2005). Defining investor and investment: Who is entitled claim? Paris: ICSID, OECD ve UNCTAD tarafından ortak düzenlenen “Making the most of international investment agreements” sempozyumunda sunulmuş bildiri özeti. <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36370461.pdf>.

Ch. Schreuer (2005). Shareholder protection in international investment law, 2-21, http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_2.pdf.

F. Ortino (2017). Defining indirect expropriation: the transparency trade and investment partnership and the search of greater certainty, *Legal Issue of Economic Integration*. <https://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=LEIE2016019>.

L. Feng (2016) The future of judicial independence in China, Working Paper Series No.2, http://www6.cityu.edu.hk/cjer/lib/doc/paper/WK2_The_Future_of_Judicial_Independence_in_China.pdf.

M. Houde and K. Yannaca-Small (2004). Relationship between international investment agreements, OECD Working Papers on International Investment. https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/WP-2004_1.pdf.

N. Djorjo i P. Anjelika (2004) Torgovie aspekti investionih meri (TRIMS) investisioniy kliymat (Yatırımla bağlantılı ticari tedbirler bakımından yatırım ortamının değerlendirilmesi), <http://documents.worldbank.org/curated/en/590271484240052039/text/111978-WP-RUSSIAN-PUBLIC-module-15.txt>.

OECD (2004) Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law, OECD Working Papers on International Investment, 2004/4, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf.

OECD (2005). A policy framework for investment: Investment promotion and facilitation, 4, <https://www.oecd.org/investment/investmentfordevelopment/35489737.pdf>.

OECD (2005). Transparency and third party participation in investor-state dispute settlement procedures, OECD Working Papers on International Investment, 11. https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf.

OECD (2008 d) International investment law: understanding concepts and tracking innovations. <https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/international-investment->

law-understanding-concepts-and-tracking-innovations/interpretation-of-the-umbrella-clause-in-investment-agreements_9789264042032-3-en.

OECD (2008). Russia's energy investment policy: The policy challenges of involving private investment in key primary sectors, 5, <https://www.oecd.org/investment/globalforum/40311537.pdf>

OECD (2014). Mobilizing resources for sustainable development: Creating an environment for investment and sustainable development, 150, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/dcr-2014-16-en.pdf?expires=1544523076&id=id&accname=oid014567&checksum=5ECFE4DA5FB3DF128553008929EF2C43>.

OECD (2015). Policy framework for investment, 23, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264208667-en.pdf?expires=1546507019&id=id&accname=oid014567&checksum=76E0E809ECBB4F41609D577FB2D876E5>.

OECD Guidance Sovereign Wealth Fund, <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/oecddeclarationonsovereignwealthfundsandrecipientcountrypolicies.htm>.

P. McKenzie and W. Zhang (2016). China's draft foreign investment law still under review but "negative list" system comes into effect nationwide, 3, <https://www.jdsupra.com/legalnews/china-s-draft-foreign-investment-law-86027>.

Sovereign Wealth Funds: Generally Accepted Principles and Practices, http://www.ifswf.org/sites/default/files/santiagoprinciples_0_0.pdf.

UNCTAD (2010) Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on investor-state claims, https://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20106_en.pdf.

UNCTAD (2018). World investment report 2018: Investment and new industrial policies, 162, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf.

UNCTAD, (2017). World investment report 2017, 31. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf.

W. Schill (2012) Illegal Investment in International Arbitrations, 2-5, SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1979734.

World Bank Group, Investment policy and promotion: Attracting foreign investment and maximizing impact for the local economy, http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/Trade/InvestClimate_InvestPolicyPromotion.pdf.

Z. Douglas (2014b). Property, investment and the scope of investment protection obligations, http://www.matrixlaw.co.uk/wp-content/uploads/2016/03/24_02_2014_12_24_50_Property-Investment-and-the-Scope-of-Investment-Protection-Obligations.pdf.

KARARLAR

ADF Group Inc v. USA, ICSID Case No: ARB/00/1, Award.

AES Corp v. Argentina, ICSID Case No: ARB/02/17, Decision on jurisdiction.

Aguas del Tunari v. Bolivia, ICSID Case No: ARB/02/03, Decision on Jurisdiction.

Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/81/1.

American Manufacturing & Trading Inc v. Republic of Zaire, ICSID Case No: ARB/93/1, Award.

Ansung Housing Co., Ltd v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/14/25, Award.

Asian Agricultural Products v. Sri Lanka, ICSID Case No: ARB/87/3, Award.

Autopista Concesinada de Venezuela C.A v. Venezuela, ICSID Case No: ARB/00/5, Decision on Jurisdiction.

Azurix v. Argentine, ICSID Case No: ARB/01/12, Decision on Jurisdiction.

Barcelona Traction, Light and Power Co, Ltd. (Belgium v. Spain) Judgment, 1970 ICJ Rep 4.

Beijing Urban Construction v. China, ICSID Case No. ARB/14/30.

Biloune v. Ghana, ICSID Case No: 1412, Award on jurisdiction and liability.

Burimi SRL and EAGL Games SH.A v. Albania, ICSID Case No: ARB/11/18, Award.

Burimi SRL and Eagle Games v. SH.A v. Albania, ICSID Case No: ARB/11/18, Award.

Caratube International Oil Company v. Kazakhstan, ICSID Case No: ARB/08/12, Decision on the Annulment Application.

Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S (CSOB) v. Slovakia, ICSID Case No: ARB/97/4, Decision on objection to jurisdiction, ICSID report.

Champion Trading v. Egypt, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARN/02/09.

CME v. Czech, UNCITRAL, Partial Award, para 156, Occidental Exploration and Protection Company (OEPC) v. Ecuador, Final Award.

CMS v. Argentina, ICSID Case No: ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction.

Continental Casualty Company v. Argentina, ICSID Case No: ARB/03/9, Award.

Duke Energy Electroquil S.A v. Ecuador, ICSID Case No: ARB/04/19, Award.

El Paso v. The Argentine, ICSID Case No: ARB/03/15, Decision on Jurisdiction.

Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/3, Decision on Jurisdiction.

Eskosol v. Italian, ICSID Case No: ARB/15/50, Decision on Respondent's Application Under Rule 41(5).

Euroko v. Polland, Ad Hoc Tahkim, Partial Award.

Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No: ARB/96/3.

Feldman v. Meksika, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/99/1.

Franck Charles Arif v. Moldova, ICSID Case No: ARB/11/23, Award.

Garcia Armas v. Venezuela, Decision on Jurisdiction, UNCITRAL Case No: 2013-3.

Grand Enterprises Six Nations v. USA, UNCITRAL Case, Award.

Impregilo SpA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/07/17, Concurring and Dissenting Opinion by Prof Brigitte Stern.

International Gaming Corporation v. Mexico, UNCITRAL Case, Award.

Ipregilo S.p.A v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/03/3.

Jan De Nul N.V and Dredging International N.V v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/04/13.

Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No: ARB/06/18, Award.

Kaliningrad v. Lithuania, ICC.

Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No: ARB/13/1, Award.

Karkey Karadeniz Elektrik Üretim A.S v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No: ARB/13/1.

Klockner v. Cameron, ICSID Case No.ARB/81/2, Award.

Lanco v. Argentina, ICSID Case No: ARB/97/6, Jurisdiction of the Arbitral Tribunal.

Libyan American Oil Company v. The Government of Libyan Arab Republic, Permanent Court, International Legal Materials 20 (1).

Lihtenştayn v. Guatemala (*Nottebohm* kararı), Uluslararası Adalet Mahkemesi (*International Court of Justice*) Kararı, 06.04.1955, ICJ Reports.

Loewen Group v. USA, ICSID Case No: ARB/98/3, TLGI Counter-Memorial on Matters of Jurisdiction and Competence.

Lugana Handelsgesellschaft v. Ryazan Plant of Metal-Ceramic Equipment, Federal Tahkim Mahkemesi, N. A.54-3028/2008.

Mohammad Amar v. Tajikistan, SCC Case No: 064/2008.

Mr Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, Annulment Proceedings the Award, ICSID Case No: ARB/99/7.

MTD v. Chile, ICSID Case No: ABITRB/01/07, Award.

Murphy Exploration and Production Company International v Republic of Ecuador, ICSID Case No ARB/08/4, Award.

Myers Inc v. Canada, UNCITRAL Case, Partial Award.

Noble Ventures Inc v. Romania, ICSID Case No: ARB/01/11.

Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador, ICSID Case No: ARB/09/12, Claimant Pac Rim Cayman LLC's rejoinder on respondent's objections to jurisdiction.

Pac Rim Cayman v. El Salvador, ICSID Case No: ARB/09/12, Objections to jurisdiction.

Parkerings – Compagient AS v. Lithuania, ICSID Case No: ARB/05/08, Award.

Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, SCC Case No: 126/2003.

Plama Consortium v. Bulgaria, ICSID Case No: ARB/03/24, Decision on Jurisdiction.

Pope & Talbot v. Canada, UNCITRAL Case, Award.

Pope&Talbot v. Canada, UNCITRAL, Award on the Merits of Phrase 2.

PSEG Global Inc and Konya İlgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No: ARB/02/05.

PSEG Global Inc v. Turkey, ICSID Case No: ARB/02/5, Award.

Revere Copper v. OPIC, Award, 56 ILR, 268.

Romak S. A (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, PSA Case No: AA280, Award.

RosInvestCo UK v. Russia, SCC Case No: V079/2005, Final Award.

Rumeli Telekom A.S and Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.S v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No: ARB/05/16, Decision of the AD HOC Committee.

Saipem S.p. A v. The People's Republic of Bangladesh, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/05/07.

Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No: ARB/03/29, Decision on Jurisdiction.

Saluka Investment B.V v. The Czech Republic, UNCITRAL Case No: 2001-04, Partial Award. Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No: ARB/03/29, Decision on Jurisdiction.

Sanum Investment Limited v. Lao People's Democratic Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-13.

Senor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6.

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability.

SGS v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No: ARB/01/13.

Siemens A.G v. Argentina, ICSID Case No: ARB/02/8, Decision on Jurisdiction.

SOABI v. Senegal, ICSID Case No. ARB/82/1.

Societe des Grands Travaux de Marseille v. Bangladesh, Yearbook on Commercial Arbitration, Vol.5, 1980, 177.

Sociedade Generala v. Dominican Republic, UNCITRAL Case No: UN7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction.

Soufraki v. UAE, Award, ICSID Case No: ARB/02/7.

St.Peterburg Committee for the Management of City Property v. LLC Nevskaya Concession Company, Commercial Court of for the North-Western Circuit, Case No. A56 – 45107/2013.

Starrett Housing Corp v. Iran, 12.12.1983, 16 IRAN-USA. C.T.R 112.

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A v. Mexican, ICSID Case No: ARB/00/02, Award.

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No: ARB/02/18, Award.

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No: ARB/02/18, Decision on Jurisdiction.

TSA Spectrum v. Argentina, ICSID Case No: ARB/05/5, Award.

Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B. V v. Republic of Turkey, ICSID Case No: ARB/11/28.

Vacuum v. Ghana, ICSID Case No: ARB/92/1, Award.

Walter BAU AG v. Thailand, UNCITRAL, Award.

Waste management v. Mexican, ICSID Case No: ARB/00/3, Award.

Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/04/2, Award.