

TC  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEKLİSANS TEZİ

**ULUSLARARASI TAHKİM HUKUKUNDA  
ŞEMSIYE KLOZLAR**

İŞİL EGEMEN  
2501050267

TEZ DANIŞMANI  
PROF. DR. CEMAL ŞANLI

İSTANBUL 2007

## ÖZ –

Bazı Devletler arası yatırım andlaşmalarında âkit tarafların yatırım taahhütlerine ya da borçlarına riayet edeceğine dair, genellikle “şemsiye kloz” olarak tabir edilen bir kayıt yer alır. Şemsiye klozun anlamı, kapsamı konusundaki fikir ayrılıkları, âkit ev sahibi devlet ile diğer âkit devletin yatırımcısı arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için, DİYA’da uluslararası bir tahkim mahkemesinin – genellikle ICSID – yer alması; ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki yatırım sözleşmesinde ise farklı bir tahkim ya da yetki şartı yer alması halinde ortaya çıkar. Yatırım uyuşmazlığı, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında ortaya çıktığında, söz konusu uyuşmazlığın DİYA ihlalinden mi yoksa yatırım sözleşmesi ihlalinden mi doğduğu tartışmalıdır. Yatırım sözleşmesi, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında akdedildiğinden, uyuşmazlığın, yatırım sözleşmesi ihlalinden doğduğu; bu yüzden sözleşmede yer alan yetki ya da tahkim şartına gidilmesi gerektiği görüşünü savunmak mümkün olduğu gibi, DİYA’da yer alan ve âkit ev sahibi devlet ile diğer âkit devlet vatandaşı yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların hallini düzenleyen tahkim şartına dayanmak da mümkündür. Tezimizde şemsiye klozla ilgili tartışmalar, görüşler, ICSID kararlarına yer verilecektir. Sonuçta da kendi görüşümüz yer alacaktır.

## ABSTRACT –

In some of bilateral investment treaties concluded by states, there is a clause about observance of the obligations or commitments regarding investments entered into by the host state, as commonly called “umbrella clause”. Opinion differences about the meaning and scope of the umbrella clause appear if different forums are entitled by different articles in respect of settlement of disputes between the host state and the investor. If an investment dispute appear between the host state and the investor, it is a controversial issue whether the dispute arose from the investment agreement or the BIT. There are two possible points of view to be defended : The first point of view is as follows; as the investment agreement has been concluded between the host state and the investor, all investment disputes are breach of the subject investment agreement. However, the second point of view is as follows; in BITs there is a separate clause about the settlement of disputes between the contracting party and an investor of the other contracting party, so the forum entitled by this clause has competence to settle the subject dispute. In this dissertation, different points of view are tried to be explained. International arbitration awards as far as relating the umbrella clause are mentioned individually. In the last part there is our point of view in respect of the umbrella clause.

## ÖNSÖZ –

Günümüzde yabancı yatırımların artması ve dolayısıyla devletlerle diğer devlet vatandaşlarının arasında çok sayıda yatırım ilişkileri doğmuştur. Yatırım ilişkilerinin artmasıyla, yatırımdan doğan ihtilaflar da artmıştır. Yatırımcılar, yatırımdan doğan ihtilaflar için devlet mahkemeleri yerine, uyuşmazlığın her iki tarafına da eşit mesafede, tarafsız, uzman ve güvenilir bir kuruluş olan ICSID, ihtilafların çözüm mercii olarak tercih etmektedirler..

Son yıllarda hakem mahkemesi kararlarında ortaya çıkan ve muhtevası ortak bir çözüme kavuşturulamamış, doktrin tarafından da tartışılan bir konu, İkili Yatırım Andlaşmaları ve Yatırım Sözleşmelerinde farklı ihtilaf çözüm merkezlerinin yer alması nedeniyle ortaya çıkan yetki sorunudur. Devletler arasında yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine ilişkin andlaşmalarda, çoğu kez devletin taahhütlerine riayet edeceğine dair kayıt yer alır. İkili yatırım andlaşmalarındaki bu kayıt, yatırımcıyı koruduğu, onu koruma şemsiyesi altına aldığı için, çoğu kez “şemsiye kloz” olarak ifade edilir. İfadelerdeki değişiklikler ifadeyi kullananın bakış açısına bağlıdır. Uluslararası tahkim mahkemesi kararlarında, şemsiye klozun sözleşmedeki farklı yetki şartı karşısındaki etkisi, kapsamı tartışılmıştır; ancak henüz bir içtihat birliği oluşturulamamıştır.

Çalışmamızda şemsiye kloz, hem doktrin hem de ICSID kararları göz önüne alınarak anlatılacak, sonuçta da kendi görüşümüze yer verilecektir.

## - İÇİNDEKİLER -

Öz.....	iii
Abstract.....	iii
Önsöz.....	iv
İçindekiler.....	v
Kısaltma Cetveli.....	vii
Giriş .....	1

### - BİRİNCİ BÖLÜM –

#### I . ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

A) Yabancı Yatırımlar.....	3
1.Tarihçe.....	3
2.Yatırımın Tanımı.....	6
3.Doğrudan Yatırım – Dolaylı Yatırım Ayrımı.....	8
B) Yatırımların Korunması ve Teşvikine ilişkin Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmaları (Bilateral Investment Treaties).....	9
1. Tanımı.....	9
2. Tarihçesi.....	9
C) Yatırım Sözleşmeleri (Commercial Contracts).....	11
2. Tanımı.....	13
3. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri.....	13
4. Kamu İmtiyaz Sözleşmelerindeki Tahkim Şartı.....	15

### - İKİNCİ BÖLÜM –

#### II. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA ŞEMSIYE KLOZLAR

A) İkili Yatırım Anlaşmalarında Şemsiye Klozlar.....	18
1. Tanımı.....	18
2. Tarihçesi.....	19
3. Kapsamı.....	20
4. Şemsiye Klozların Kaleme Alınış Biçimi Ve Ortak Özellikleri.....	25
B) Türkiye'nin Taraf olduğu İkili Yatırım Andlaşmalarındaki Şemsiye Klozlar.....	29
C) DiYA'daki Tahkim Şartı – Şemsiye Kloz İlişkisi.....	31
D) Devletin Sorumluluğu.....	33
E) Şemsiye Kloza ilişkin Tahkim İçtihadı.....	37
1. SGS Soci�t� G�n�rale de Surveillance S.A v. Pakistan İslam Cumhuriyeti Kararı	

(ARB/01/13).....	38
2. SGS Soci�t� G�n�rale de Surveillance S.A v. Filipinler Cumhuriyeti ICSID Kararı (ARB/02/06).....	4
1	
3. Eureko B.V v. Polonya Cumhuriyeti ad hoc Tahkim Kararı.....	43
4. Noble Ventures, Inc. v. Romania ICSID Tahkim Kararı .....	44
F) ICSID tahkimine gidilebilmesi için Konvansiyon m. 25' teki <u>ev sahibi devletin rızası</u> sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflar için de gerçekleşmiş midir?.....	44

-    NC  B L M -

TAHKİM KARARLARI

A) SGS v. PAKİSTAN KARARI.....	52
1. Davacının ev sahibi devletin yatırım andla�masının bazı maddelerini ihlal ettiğine dair andlaşma talepleri hakkında mahkemenin karar verme yetkisi var mıdır?.....	52
2. Yatırım Andla�masının İhlali Hakkında ICSID Hakem Heyetinin Yetkisi.....	53
3. ICSID Hakem Heyetinin Yatırım Sözleşmesi İhlalleri ve Talepleri Hakkında Yargı Yetkisi.....	54
4. Şemsiye Kloz Yatırım Sözleşmesi İhlalini, DİYA İhlaline Dönüştürür m�?.....	56
B) SGS v. FİLİPİNLER KARARI.....	60
1. Şemsiye kloz, yatırım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar bakımından ICSID'i yetkililikler mi?.....	60
2. "Yatırım uyuşmazlığı" ifadesi DİYA ihlali oluşturmayan salt yatırım sözleşmesi ihlallerini kapsar mı?.....	64
3. Mahkeme yatırım sözleşmesinde yer alan münhasır yetki şartına rağmen yargılama yetkisini kullanmalı mıdır?.....	66
4. "Yetki" ve "Kabul Edilebilirlik" Ayırımı.....	68
C) EUREKO B.V v. POLONYA AD HOC TAHKİM KARARI.....	69
D) NOBLE VENTURES, INC. V. ROMANİA ICSID TAHKİM KARARI (ARB/01/11).....	71
III. SONUÇ.....	73
EK.....	78
KAYNAKÇA.....	79

- KISALTMA CETVELİ -

age	:	adı geçen eser
agm	:	adı geçen makale
bkz	:	bakınız
DIYA	:	Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşması
DYYK	:	Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu
DYYY	:	Doğrudan Yabancı Yatırımlar Yönetmeliği
E. T.	:	Erişim Tarihi
ICSID :	:	International Center for Settlement of Investment Disputes
İYUK	:	İdari Yargılama Usul Kanunu
m.	:	madde
OECD	:	Organisation for Economic Co-operation and Development
p.	:	paragraf
RG	:	Resmi Gazete
s.	:	sayfa
Supra	:	Yukarıda
ş.	:	şık
UNCTAD	:	United Nations Conference On Trade and Development
v.	:	versus
vd.	:	ve devamı
YSTK	:	Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu
yy.	:	yüzyıl

## GİRİŞ

Dünya'daki ekonomik sistemlerin değişmesi, ülkeler arasındaki rekabetin artması sonucu yabancı yatırımlar, artık bir sömürgeleştirme aracı olmaktan çıkmıştır. Ülkedeki sanayinin, ekonominin ilerlemesi için yabancı yatırımın büyük önem taşıması, özellikle gelişmekte olan ülkeleri yabancı yatırımları kabul etmeye itmiş, hatta ülkeler yabancı yatırım çekmek için yabancı yatırımlara vergi muafiyetleri – indirimleri, gerekli yatırım koşullarını sağlama vs. gibi çeşitli teşvikler sunmuşlardır. Ancak bu teşvikler yabancı yatırımı çekmek için tek başına yeterli değildir; ayrıca, yabancı yatırımcının, bir süre sonra yatırım yaptığı ev sahibi devlette, yatırımı olumsuz yönde etkileyen ve yatırımdan umduğu kârı elde etmesini engelleyen bazı tasarruflara karşı korunması gerekmektedir. Bu yüzden yatırımcı, yatırımını kendine yabancı bir ülkede, kendine yabancı hukuk kuralları ve uygulamasından korumak için, ev sahibi devletten “tazminatsız kamulaştırmama”, “eşit ve adil muamelede bulunma”, “hakkaniyet ve nasfete uygun muamele” gibi bazı uluslararası yükümlülüklerle uymasını istemektedir.

Yabancı yatırımcı ülkeye yatırım yapmadan önce, uygun bir yatırım ikliminin var olmasını arar. Uygun yatırım iklimi, istikrarlı bir ekonominin yanı sıra, yatırımcının hukuk güvenliğinin de sağlanmasıyla mümkün olur. Bunu temin etmek için, ev sahibi ülke ile yabancı yatırımcının mensup olduğu ülke arasında, “Yatırımların Teşviki ve Korunmasına ilişkin İki Taraflı Yatırım Andlaşması” yapılır. Bunun yanı sıra, yabancı yatırımcı, devlet ya da devletin bir kurumuyla çeşitli alanlarda<sup>1</sup> “yatırım sözleşmeleri” akdeder. Görüldüğü gibi, uluslararası tahkim hukukunda iki önemli sözleşme çeşidi vardır: İlki “treaty” karşılığı kullanacağımız devletlerarası yatırım andlaşması<sup>2</sup>; ikincisi ise “contract” karşılığı kullanacağımız devletle özel hukuk kişisi arasında akdedilen yatırım sözleşmesidir. İki taraflı yatırım andlaşmasının (bilateral investment treaty) tarafları devletler; yatırım sözleşmesinin (contract) tarafları ise yabancı gerçek veya tüzel kişi ile ev sahibi devlet ya da devlet kurumudur. Bu iki sözleşme birbirinden ayrı ve bağımsızdır.

<sup>1</sup> Doğrudan Yabancı Sermayenin sektörlere göre dağılımı için geniş bilgi için bakınız **Uluslararası Doğrudan Yatırım Verileri Bülteni** Ocak 2007 s. 3 Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü

[http://www.hazine.gov.tr/stat/yabser/ybs\\_bulten\\_kasim2006.pdf](http://www.hazine.gov.tr/stat/yabser/ybs_bulten_kasim2006.pdf) E. T. 12.12.2006.

<sup>2</sup> Hüseyin Pazarıcı **Uluslararası Hukuk Dersleri** 1. Kitap 9. Bası Turhan Kitapevi s. 109.

Şemsiye Klozların etkisinin tartışıldığı ICSID hakem kararlarında, öncelikle bir yatırımın ev sahibi ülkede yapılıp yapılmadığı, geçerli bir imtiyaz sözleşmesinin varlığı üzerinde durulmuştur<sup>3</sup>; çünkü ICSID hakem mahkemesinin yetkili olduğunun kabulü için, devletlerarası ikili yatırım andlaşmasında ICSID'in yetkili kılınması yeterli olmayıp, ICSID Konvansiyonu md. 25'teki unsurların varlığının tesbiti şarttır<sup>4</sup>. ICSID Konvansiyonu m. 25/1<sup>5</sup>e göre: "Merkezin yetkisi sözleşme tarafı devlet (bu devlet tarafından Merkeze bildirilmiş devlet dairesi veya makamı) ile diğer sözleşme tarafı devletin vatandaşı arasındaki bir hukuki ihtilaf hakkında, tarafların ihtilafı Merkeze götürme konusunda yazılı rıza vermeleri halinde söz konusu olur.". 25. maddedeki diğer iki şart ise: Uyuşmazlığın "*hukuki*" olması ve bu uyuşmazlığın doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanması şartlarıdır. Yatırımın kapsamı kararlarda geniş tutulurken, uyuşmazlığın hukuki olması da bir sözleşmeden – çoğunlukla bir imtiyaz sözleşmesinden – kaynaklanmasına bağlı kılınmıştır.

Şemsiye klozları incelemeye geçmeden önce yabancı yatırımları, devletlerarası ikili yatırım andlaşmalarını ve yatırım sözleşmelerini incelemek konunun anlaşılması bakımından faydalı olacaktır.

---

<sup>3</sup> **SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Islamic Republic of Pakistan ARB/01/13** p. 133 vd. [www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf) E.T.:27.12.06; Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Republic of Philippines ARB/02/06 p. 92 (a) [www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#awardARB0415](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#awardARB0415) E.T.:27.12.06.

<sup>4</sup> **ICSID Convention, Regulations and Rules** [www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm](http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm) E.T.: 17.01.07.

<sup>5</sup> Chapter II/ Jurisdiction of the Centre/ Article 25/1: The jurisdiction of the centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. **ICSID Convention, Regulations**

and Rules, [www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm](http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm) E.T.: 17.01.07, Yılmaz, age, s.211.

## - BİRİNCİ BÖLÜM -

### I. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNUN

#### TEMEL KAVRAMLARI

##### A. Yabancı Yatırımlar

###### 1. Tarihçe

Geçmişten günümüze ülkelerin yabancı yatırımlara bakışı Dünya'daki ekonomik, siyasi gidişattan, antiemperyalist ve milliyetçi akımlardan etkilenmiştir. 19. yüzyılda biriken sermaye fazlasına yeni yatırım alanları bulma, makineleşmenin ürünü olan üretim fazlasına yeni pazarlar yaratma, hammadde elde etme isteği sömürgeciliğin hızlanması ve emperyalizmin doğuşunu tetiklemiştir<sup>6</sup>; böylece emperyalist devletlerden sömürge devletlere doğru yabancı yatırım akışı başlamıştır. Güçler dengesi ve emperyalist devletlerin, kendi sömürgeleri altındaki devletlere yaptığı yatırım için, bir korunmaya ihtiyaç duymadığı rahatça görülebilir. Bu nedenle yabancı yatırımın sömürge devletlere yapıldığı bu dönemde, yabancı yatırımın korunmasına ilişkin uluslararası hukuk kurallarına ihtiyaç yoktu. Emperyalist güçlerin yabancı yatırımın korunmasına ilişkin bir sisteme ihtiyaç duymaları, ancak sömürge imparatorluklarının çözülmesinden sonra olmuştur<sup>7</sup>.

Eski sömürge devletlerin bağımsızlıklarını kazanması ve milliyetçi akımın da etkisiyle, yabancı sermaye düşmanlığı boy göstermiştir. Yeni bağımsızlık kazanan ülkeler, kendi ekonomilerinin hayati sektörleri üzerindeki denetimi, yabancı ülkelerin elinden kurtarmak istediklerinden, yabancı sermayeye pek sıcak bakmamışlardır. O dönemde yabancı yatırım ancak belli sektörlere münhasır ve bürokratik işlemlerden geçerek yapılabiliyordu. Milliyetçilik ve millileştirme hareketlerinin hakim olduğu bu dönemde, yabancı mülkiyetine el atılması, halk tepkisi veya politik husumet gibi yabancı yatırımı tehdit eden unsurlar ortaya çıkmıştır. Sermaye ihraç eden kaynak devletler kamulaştırma ve devletleştirmeye karşı korunma ve eşit muamele gibi yabancı yatırımı koruyucu, dış

<sup>6</sup> Oral SANDER, **Siyasi Tarih İlkçağlardan 1918'e**, 8. Bası 2000 s. 201.

<sup>7</sup> Bilgin TİRYAKİOĞLU, **Doğrudan Yatırımların Uluslar arası Hukukta Korunması**, Ankara 2003 s. 13.

uluslararası hukuk standartlarını savunurken, ev sahibi devletler yakın tarihteki sömürgeleştirme hareketlerinin henüz sona ermesinin de etkisiyle, yabancı yatırım üzerinde mutlak bir ulusal denetimi ileri sürmüşlerdir.

Eski sömürgeci devletler, uluslararası örgütlerde sosyal gücü artan, gelişmekte olan ve yeni bağımsızlık kazanmış ülkelere karşı kendilerini savunma gereği hissetmişler ve yatırımlarının korunması için, birtakım standartların geliştirilmesi amacıyla girişimlerde bulunmuşlardır. Ancak gelişmiş ülkelerin talepleri, gelişmekte olan ülkeler tarafından çok taraflı reddedilince, gelişmiş ülkeler iki taraflı anlaşmaları yoluyla, bu amaçlarına ulaşmayı hedeflemişlerdir.

İlk zamanlar, tipik olarak sermaye ithal eden ulus devletler, yabancı yatırıma temkinli yaklaşırken daha sonra bu durum tersine dönmüştür. 90'lı yıllara kadar egemenlikleri açısından bir tehlike olarak görülen gelişmiş ülkelerin pay sahibi oldukları çok uluslu şirketler, artık gelişmekte olan ülkelerin ekonomide sıçrama yapmaları için gerekli bir araç haline gelmiştir. Devletlerarası ikili yatırım anlaşmalarının önemli çoğunluğu 1990'dan sonra akdedilmiştir. BM Ticaret ve Gelişme verilerine göre 1989'da sayısı 385 olan devletlerarası yatırım anlaşmaları 1999 sonu 1857'e<sup>8</sup>, 2003 yılında 2,265'e çıkmıştır<sup>9</sup>. Günümüzde yabancı sermaye akımı yoğun olarak gelişmekte olan ülkelere doğru olmakla beraber, gelişmiş ülkelerde de yabancı yatırım kabul edilmektedir<sup>10</sup>. Yabancı doğrudan sermayenin Dünya üzerindeki dolaşımı 1.2 trilyon \$ gibi yüksek bir seviyeye ulaşmıştır. Yeni UNCTAD verilerine göre yabancı doğrudan sermayenin dolaşımı hem gelişmiş, hem gelişmekte olan ülkelerde ve hem de geçiş ekonomilerinde önemli bir artış göstermiştir<sup>11</sup>.

Yabancı yatırımın yeni istihdam yaratması, ev sahibi ülkede olmayan teknolojiyi getirmesi, kaynak açığı nedeniyle yatırım yapılamayan alanlara kaynak aktarımı

---

<sup>8</sup> İkili Yatırım Anlaşmalarının Artış miktarı için geniş bilgi için bakınız: **UNCTAD Bilateral Investment Treaties 1959-1999**, United Nations New York and Geneva, 2000

[www.unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf) s.1 vd, E.T.: 07.01.2007.

<sup>9</sup> **UNCTAD Analysis for BITs**, [www.unctadxi.org/templates/Page\\_1007.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/Page_1007.aspx) E.T.: 10.01.2007.

<sup>10</sup> TIRYAKIOĞLU, **age**, s. 18.

<sup>11</sup> 2006 yılına ilişkin daha geniş yatırım verileri için bakınız: **UNCTAD Investment Brief Number 1 2007 FOREIGN DIRECT INVESTMENT SURGED AGAIN IN 2006**

[http://www.unctad.org/en/docs/iteiamisc20072\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiamisc20072_en.pdf), E.T.:12.03.2007.

sağlanması ve yatırım yapılması, hizmet ve malların ülkede üretilmesi ile ihtiyaçlara cevap vermesi, ülkedeki iş gücüne yeni beceriler kazandırması gibi ülke ekonomisine tamamen yararlı olduğunu savunan klâsik görüş yanında, yabancı yatırımın ekonomik kalkınmaya katkıda bulunmaktan ziyade, gelişmiş ülkelerin merkez ekonomilerine devamlı bağımlılığa yol açtığını, dolayısıyla yabancı yatırımın sanıldığı gibi yararlı olmadığını savunan bağımlılık teorisi de vardır. Devletlerarası iki taraflı yatırım anlaşmalarında ve ICSID sözleşmesinde de “yabancı yatırımın gelişmekte olan ülkelere ekonomik refah seviyesini yükselteceği” yönünde ifadeler kullanılmak suretiyle, Merkezin kurulmasında klâsik teorisin etkili olduğu söylenebilir.

Yabancı yatırımcının, yatırım yapacağı ülkeyi seçiminde politik, ekonomik istikrar, hükümetlerin özel girişimler hakkındaki tutumları, kâr transferinin kolay olması, iş gücünün ucuzluğu, yabancı sermayenin korunması konusunda hukuki güvence sağlanması ve uluslararası sözleşmelere taraf olunması önem taşımaktadır. Ülkemizde de Dünya’daki ekonomik sistemlerin ve yabancı yatırıma bakış açısının değişmesiyle birlikte, yürürlüğe girdiği 1954 senesinde dönemine göre yenilikçi bir kanun olan Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanununu<sup>12</sup> ilga eden Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu<sup>13</sup> yürürlüğe girmiştir. DYYK mülga YSTK’ de aranılan yatırımın ekonomik gelişmeye yararlı olması, Türk özel sektörüne açık olan bir alanda yapılması, ülke çapında tekel teşkil eden faaliyetlerde bulunan kuruluşlarda çoğunluk hissesine sahip olmaması gibi şartlara yer vermemiştir<sup>14</sup>. DYYK’ de ayrıca yabancı sermaye kavramı genişletilmiş (m. 2/b), yabancı yatırımcılarla yerli yatırımcılar arasında eşitlik esasına yer verilmiş (m.3/a2), karşılığı ödenmedikçe ve kamu yararı gerektirmedikçe yatırımın kamulaştırılmayacağı belirtilmiş<sup>15</sup> (m. 3/b), yabancı yatırımın gerektirdiği taşınmaz malların alımına izin verilmiş (m. 3/d), uyuşmazlıkların

---

<sup>12</sup> RG 23.01.1954 / 8615, 6224 s. Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu.

<sup>13</sup> RG 17.06.2003 / 25141 4875 s. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu.

<sup>14</sup> Mülga YSTK m. 1.

<sup>15</sup> Bu maddenin aslında yenilik getirmedeği hakkında: Nuray Ekşi, “**Türkiye’de Yapılan Yabancı Yatırımlara İlişkin Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme**”, Yeditepe Üniversitesi Dergisi Cilt: 1 Sayı: 2 Yıl: 2005 s. 173 “...aslında bu hüküm yabancı yabancı sermaye mevzuatında ilk defa yer alması sebebiyle yeni bir hüküm olarak kabul edilebilirse de, kamulaştırma ve devletleştirme genel esasları Anayasada açıkça saptanmış olduğundan gerçek anlamda bir yenilikten söz etmek mümkün gözükmemektedir...Anayasanın 47. maddesinde, kamu hizmeti taşıyan özel teşebbüslerin kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebileceği; devletleştirmenin gerçek karşılığı üzerinden yapılacağı belirtilmiştir. O halde karşılıkları ödenmeksizin ve kamu yararı gerektirmedikçe kamulaştırma ya da devletleştirme yapılmaması Anayasanın emridir.”.

çözüm yolu olarak mahkemeye müracaat yolunun yanı sıra ulusal veya uluslararası tahkime başvuru olanağı getirilmiştir (m. 3/e).

## 2. Yatırımın Tanımı

Yabancı yatırımdan söz edebilmek için üç temel unsurun olması gerekir: Birincisi özel veya tüzel hukuk kişisi bir yatırımcıdır. Diğer unsurlar ise yatırımcıyla hukuki ilişki içinde bulunan yatırımın yapıldığı *ev sahibi devlet* ve yatırımcının tabi olduğu *kaynak devlettir*<sup>16</sup>.

Ülkemizde yabancı yatırımlara ilişkin yürürlükte olan Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu m. 2/d'de, yatırım sayılacak girişimler sıralanmış, yatırımın kapsamı geniş tutulmuştur. DYYK m. 2/d'ye göre, Doğrudan Yabancı Yatırım; Yabancı Yatırımcı tarafından 1) yurtdışından getirilen TCMB tarafından alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye, devlet tahvilleri hariç şirket menkul kıymetleri, makine ve teçhizat, sınai ve fikri mülkiyet hakları, 2) Yurtiçinden sağlanan yeniden yatırımda kullanılan kar, hasılat, para alacağı veya mali değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar, doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadi kıymetler aracılığıyla; I. Yeni şirket kurmayı veya şube açmayı, II. Menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı ifade eder.

ICSID Konvansiyonunda ise yatırımın ne olduğu, hangi girişimlerin yatırım sayılacağı tanımlanmamış, taraflara yatırımın tanımı ve kapsamını tayin etme konusunda geniş bir serbesti alanı bırakılmıştır<sup>17</sup>. Merkezin yetkisini düzenleyen 25. maddede, merkezin doğrudan doğruya yatırımdan doğan uyuşmazlıklarda yetkili olduğu belirtilmiştir. Dikkat edilirse maddede dolaylı – doğrudan yatırım ayırımı yapılmamış; sadece uyuşmazlığa konu hukuki ihtilafın doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanması gerektiği belirtilmiştir. Konvansiyon, yatırım tanımı yapmamış, taraflara yatırım sözleşmesi ve

---

<sup>16</sup>TİRYAKİOĞLU, **age**, s. 32.

<sup>17</sup> Yatırım tanımı yapılmamasının gerekçeleri hakkında bkz: YILMAZ, **age**, s. 147 vd.

DİYA'larda yatırımın kapsamını belirleme serbestisi vermiştir. DİYA'larda ve yatırım sözleşmelerinde de bu kapsam geniş tutulmuştur.

Yatırım tanımı ya Türkiye – İtalya DİYA<sup>18</sup> m. 1'de Tanımlar başlığı altındaki gibi her türlü mal varlığını kapsar şekilde yapılır<sup>19</sup> ya da Türkiye – Filipinler DİYA m. 1'de Tanımlar başlığı altındaki gibi çok çeşitli borç ilişkilerini kapsayacak nitelikte bir sıralama yapılır<sup>20</sup>.

ICSID hakem heyetleri bir faaliyetin yatırım olmadığına ilişkin bir itirazla karşılaştıklarında, DİYA'da ve yatırım sözleşmesinde yer alan, yatırımın tanımına ilişkin maddeye bakmaktadırlar. Tezimizde geçen kararlardan örnek verecek olursak: SGS v. Pakistan ve SGS v. Filipinler davalarında hakem heyetleri, davacıların faaliyetlerinin yatırım sayılmayacağı ve bu nedenle yatırım anlaşması kapsamında olamayacağına ilişkin itirazlarla karşılaşmışlardır. Bu itirazlarda amaç, hiç şüphesiz ICSID hakem heyetinin yetkisizlik kararı vermesini sağlamaktır; çünkü ICSID Konvansiyonu m. 25'e göre hakem heyeti sadece yatırımdan doğan uyuşmazlıklar hakkında yargı yetkisine sahiptir. Örneğin SGS v. Pakistan davasında SGS şirketinin Pakistan'da sadece bir irtibat bürosu vardır. Davalı ev sahibi devlet Pakistan, ICSID hakem heyetine yetki itirazında bulunmuştur. Bu itirazda Pakistan, sadece irtibat bürosu açmanın Pakistan'da yapılmış bir yatırım sayılmayacağını savunmuştur. Her iki davada da hakem heyetleri, davacının faaliyetlerinin yatırım sayılıp sayılmayacağını incelerken, taraflar arasındaki yatırım

---

<sup>18</sup> Türkiye Cumhuriyeti ile İtalya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma; RG 02.02.2004 sayı: 25390

<sup>19</sup> Madde 1: Tanımlar: İşbu Anlaşmada,1. "Yatırım", bu Anlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce veya sonra bir Âkit Tarafın uyuşunda bulunan gerçek ya da tüzel kişi tarafından diğer Âkit Tarafın ülkesinde, onun kanunlarına ve nizamlarına uygun olarak yatırılmış her türlü mal varlığını ifade eder.

<sup>20</sup> Madde 1. Tanımlar: İşbu Anlaşmada : 2. "Yatırım" terimi, her bir Âkit Tarafın ilgili kanun ve nizamlara uygun olarak kurulmuş veya edinilmiş her türlü malvarlığını, ve özellikle bunlarla kısıtlı olmamak koşuluyla, aşağıdakileri kapsar. (a) hisse senetleri, sermaye hisseleri ya da şirketlere iştirakin diğer şekilleri; (b) yeniden yatırımda kullanılan gelirler, para alacakları veya bir yatırımla ilgili malî değeri olan yasal ifaya yönelik diğer haklar; (c) taşınır ve taşınmaz mallar, ipotek, tedbir, rehin, intifa hakkı ve diğer benzer haklar gibi diğer haklar; (d) telif hakları, patentler, lisanslar, sınaî tasarımlar, teknik prosesler, ticarî markalar, peştemaliye, know-how ve diğer benzer haklar gibi sınaî ve fikrî mülkiyet hakları; (e) doğal kaynakların aranması, geliştirilmesi, çıkarılması veya işletilmesi ile ilgili imtiyazları da içerecek şekilde, kanun veya sözleşme ile verilmiş iş imtiyazlarını ifade eder.

andlaşmasına bakmışlar ve davacının faaliyetlerinin yatırım olduğu tesbitinde bulunmuşlardır<sup>21</sup>.

Devletler, yatırım andlaşmalarında yatırımın kapsamını belirleme konusunda geniş bir serbestiye sahiptir. Ancak, Fedax N.V. v. Venezuela ICSID hakem heyeti kararında da belirtildiği gibi bu serbesti sınırsız değildir; her ticari faaliyet, yatırım sayılmamıştır<sup>22</sup>. Fedax v. Venezuela kararında yatırımın, alelâde bir ticari faaliyetten farklı olması gerektiğine ilişkin bölüm şu şekildedir: “...bu serbesti, “yatırım” sıradan bir ticari işlemden farklılaştıran temel anlamı göz önüne alınırsa sınırsız görülemez. Bu yüzden hakem heyetimiz, ICSID ve Ek mekanizma Kurallarına göre, söz konusu yatırımın dolaylı olsa bile sıradan bir ticari işlemden ayırt edilebilir olması gerektiğini gözeterek, Venezuela hükümeti tarafından düzenlenen altı emre muharrer senedin bir yatırım oluşturduğu kararına varmıştır. Yatırımın temel özelliklerinin belli süre, hasılat ve düzenli kâr, rizikonun üstlenilmesi, esaslı taahhütler ve yatırımın ev sahibi devletin gelişimi için taşıdığı önem, olduğu gözetilerek emre muharrer senetlerin ikili yatırım andlaşması anlamında yatırım olduğuna karar verdik.”

### 3. Doğrudan – Dolaylı Yabancı Yatırım Ayırımı

Doğrudan yabancı yatırım, taşınır veya taşınmaz varlıkların bir ülkeden başka bir ülkeye, bu varlıkların sahibinin kısmen veya tamamen denetimi altında, o ülkenin refahını artırmak için kullanımı amacıyla transferidir. Dolaylı yatırım, portföy yatırımı olarak da adlandırılır ve içinde bir şirketin paylarını satın alma amacıyla bir para hareketi bulunur<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> SGS v. Filipinler Kararı s. 38, p. 99vd Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Republic of Philippines ARB/02/06 [www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf) E.T.:27.12.06.

., SGS v. Pakistan Kararı s. 347, p. 133 vd SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Islamic Republic of Pakistan ARB/01/13 [www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf) E.T.:27.12.06.

<sup>22</sup> Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (Case ARB/96/3) SGS v. Pakistan kararından naklen d. 153.

<sup>23</sup> Tiryakioğlu, **age**, s. 9 vd.

Doğrudan yatırım, başka bir ülkedeki bir şirketin paylarını satın alma amacıyla yapılan bir para hareketinin bulunduğu dolaylı yatırımdan farklıdır. İki yatırım türünü ayıran birinci ve en önemli unsur “denetim”dir. Doğrudan yatırımda, yatırımcı, şirketin denetimi ve idaresi üzerinde etkiliyken, dolaylı yatırımda, yatırımcı, şirketin denetimi ve idaresi üzerinde denetimi olmaksızın, şirket payına sahip olabilmektedir. İkinci unsur “risk”tir. Dolaylı yatırımcı risk gördüğünde kolayca sermayesini geri çekebilirken; doğrudan yatırımda bu mümkün değildir; çünkü doğrudan yatırımcı fabrika, tesis, personel bulundurmakta ve bu teşkilatı ev sahibi devletten çekebilmesi çok zor olmaktadır. Bu yüzden ICSID konvansiyonunda doğrudan – dolaylı yatırım ayırımı yapılmamış olmasına rağmen, ülkelerde doğrudan yatırıma ilişkin düzenlemeler yapılmıştır; çünkü doğrudan yatırım ve yatırımcı, dolaylı yatırım ve yatırımcıya nazaran korunmaya muhtaçtır<sup>24</sup>.

## **B) Yatırımların Korunması ve Teşvikine ilişkin Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmaları (Bilateral Investment Treaties)**

### **1. Tanımı**

İki taraflı yatırım andlaşmasının tarafları devletlerdir. Bir tarafın ev sahibi devlet konumunda, diğer tarafın da kaynak devlet olduğu iki ülke arasında, bir ülkede yerleşik şirketin, diğer ülkede yaptığı yatırımların karşılıklı teşviki, özendirilmesi, korunmasına ilişkin anlaşmalardır. Devletlerarası yatırım andlaşmaları tipik olarak: yatırımın tanım ve kapsamı, kabul ve kuruluşu, en çok gözetilen ulus kaydı, hakkaniyet ve nısfete uygun muamele kaydı, kamulaştırma veya yatırımın zarar görmesi halinde tazminat ödeme, sermayenin serbest nakli konusunda garanti, devlet-devlet ve devlet-yatırımcı arasındaki ihtilaflara dair yetki şartı içerir<sup>25</sup>.

### **2. Tarihçesi**

Birinci Dünya Savaşının sona ermesinden sonra, özel yabancı sermayeye yönelik çok taraflı andlaşma müzakereleri yapılması talepleri ortaya çıktı. Kayda değer çabalardan

---

<sup>24</sup> Sornarajah, **The International Law on Foreign Investment** Cambridge 1996 s. 4; Reuber *Private Foreign Investment in Development* Oxford 1973 s. 72 (Tiryakioğlu, **age**, s.10-11'den naklen)

<sup>25</sup> United Nations Conference on Trade and Development , *Investment Instruments Online “What are BITs?”* [http://www.unctadxi.org/templates/Page\\_1006.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/Page_1006.aspx), E.T.: 03.03.2007.

bir tanesi Almanya'daki Deutsche Bank'ın başkanı Hermann Abs ve Birleşik Krallık eski Başsavcısı Lord Shawcross liderliğinde Avrupa iş adamları, avukatlar tarafından başlatılmıştır. Bu girişim 1957'de "Abs Draft Convention for the Mutual Protection of Private Property Rights in Foreign Countries" (Yabancı Ülkelerdeki özel Mülkiyet Haklarının Karşılıklı Korunmasına İlişkin Uluslararası Konvansiyon) adlı tasarının yayınlanmasıyla başlamıştır. Bu tasarı daha sonra yeniden gözden geçirilmiş ve Nisan 1959'da "Draft Convention on Investments Abroad" (Yurtdışı Yatırımlarına İlişkin Anlaşma Tasarısı) adı altında yayınlanmıştır.

Dünya ekonomisi İkinci Dünya Savaşından sonra normale dönmeye başlayınca, yabancı sermaye, daha serbest bir şekilde, ülkelere girmeye ve böylelikle yabancı yatırım önem kazanmaya başlamıştır. O dönemde yabancı sermaye akışının büyümesine karşın, yabancı yatırımcının haklarını, menfaatlerini, ev sahibi devlete karşı koruyacak bir hukuki çerçeve yoktur. Yabancı yatırımın ivme kazanması, yabancı yatırımcıyı koruyan hukuki düzenlemelere gereksinimi arttırmıştır. 1948 Havana Şartı ve 1949 Uluslararası Ticaret Odası - Yabancı Yatırıma Adilâne Muamele Kodifikasyonu da dahil olmak üzere çok taraflı andlaşmalar yapılmış, fakat çok taraflı bu andlaşmalar kısmi bir başarı sağlamıştır<sup>26</sup>.

Çok taraflı andlaşma girişimlerinin başarısızlığa uğramasından sonra, Avrupa devletleri geliştirmekte olan ülkelerle bire bir andlaşma yapma yoluna gitmişlerdir. Böylece ilk yatırım andlaşması 1959'da Almanya ile Pakistan arasında akdedilmiştir. Bu ve daha sonraki andlaşmalarda çoğunlukla 1959 Abs – Shawcross Yurtdışı Yatırımları hakkında

---

<sup>26</sup> Jarrod Wong, "Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations And The Divide Between Developing And Developed Countries in Foreign Investment Disputes", 2006 [www.law.gmu.edu/gmulawreview/issues/14-1/documents/Wong](http://www.law.gmu.edu/gmulawreview/issues/14-1/documents/Wong), E.T.: 06.01.07.

Konvansiyon Tasarısı<sup>27</sup> ve 1967 OECD Yabancı Sermayenin Korunması Hakkında Konvansiyon Tasarısının etkisi vardır<sup>28</sup>.

Başlangıçta devletlerarası yatırım andlaşmaları gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasında, genellikle gelişmiş ülkenin girişimiyle akdediliyordu. Gelişmiş ülkeler (tipik olarak sermaye ihraç eden ülke) gelişmekte olan ülkelerle (tipik olarak sermaye ithal eden ülke) şirketlerinin yaptığı yatırımlar için, uluslararası hukuk kurallarının bahsettiğinden daha yüksek ve ek hukuki koruma ve garanti sağlamak; gelişmekte olan ülkeler ise yabancı yatırımlar için daha uygun bir iklim yaratmak amacıyla DİYA akdetmişlerdir<sup>29</sup>.

### **C) Yatırım Sözleşmeleri (Commercial Contracts)**

#### **a. Tanımı**

Bir ülkeye yatırım yapılabilmesi için, devletlerarası yatırım andlaşmasının varlığı tek başına yeterli değildir. Ayrıca, yatırımcı ile ev sahibi devlet ya da devlet kurumu arasında, yatırımın esasını teşkil eden bir anlaşmanın varlığı gereklidir. Kamu hizmetleri; ruhsat, müşterek emanet, iltizam, imtiyaz ve yap-işlet-devret modeliyle özel kişilere gördürülebilir. Kamu imtiyaz sözleşmeleri de, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülme usullerindedir<sup>30</sup>. Devlele yabancı yatırımcı arasındaki bu sözleşmelerde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, yaygın şekilde dikkat çekmektedir.

ICSID ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki hukuki uyuşmazlıkların çözüm merkezidir. ICSID Konvansiyonu m. 25/1'de uyuşmazlığın "hukuki" nitelikte olması

---

<sup>27</sup> **Draft Convention on Investments Abroad** ( Abs-Shawcross Draft Convention) <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium//en/137%20volume%205.pdf> s.1 E.T.: 05.02.2007.

<sup>28</sup> Antonio R. Para, "ICSID Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties", ICSID News Vol.:17 No:2 Fall 2000, [www.worldbank.org/icsid/news/n-17-2-5.htm](http://www.worldbank.org/icsid/news/n-17-2-5.htm), E.T.:06.02.2007.

<sup>29</sup> UNCTAD, **Bilateral Investment Treaties 1959-1999** United Nations New York and Geneva, 2000 [www.unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf) s.1.

<sup>30</sup> ORAK, **age**, s. 21 ; GÜNDAY, **age**, s. 170.

gerektiği düzenlenmiştir. ICSID hakem heyeti kararlarında da uyuşmazlığın hukukiliği için ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki ilişki bir sözleşmenin varlığına dayandırılmaktadır; bu ilişkinin dayanağı, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki yatırım sözleşmesi olabileceği gibi, ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu kaynak devlet arasındaki yatırım andlaşması da olabilir<sup>31</sup>.

SGS v. Pakistan davasında<sup>32</sup>, Pakistan devleti bir İsviçre şirketi olan Société Générale de Surveillance S.A (SGS) ile ithalat ve ihracata konu malların sevkiyat öncesi nitelik, nicelik, ithalata uygunluğu, tarifede sınıflandırma, vergilendirmeye ilişkin değerlendirme konularında bir anlaşma yapmıştır. Kararda taraflar arasındaki sözleşmenin, imtiyaz sözleşmesi olduğu belirtilmiştir<sup>33</sup>: “...Pakistan ile SGS şirketi arasındaki 29.09.1994 tarihli sözleşme hukuki niteliği itibariyle açıkça kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesidir, bu sözleşmeyle Pakistan devleti, SGS’ye normalde Idarenin kamu gücüne bırakılmış bir alanda etkin olma hakkı vermiştir.”.

Vivendi Universal(eski Compagnie Generale des Eaux) v. Argentine Republic İptal Kararında<sup>34</sup> uyuşmazlık, Arjantin’in Tucuman eyaleti ile CAA (Vivendi) isimli Fransız şirketi arasındaki 30 sene süreli su ve kanalizasyon sisteminin yapımına dair sözleşmenin, bir imtiyaz sözleşmesi olduğu belirtilmiş<sup>35</sup>, uyuşmazlığın imtiyaz sözleşmesinin mi yoksa devletlerarası yatırım sözleşmesinin mi ihlali olduğu tartışılmıştır.

Salini Costruttori S.P.A / Italstrade S.P.A v. Kingdom of Morocco davasında<sup>36</sup> (kısaca Salini & Italstrade v. Fas), yabancı yatırımcıyla yapılan sözleşme biraz farklılık

---

<sup>31</sup> Decision on Liability ARB/02/01 LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp.LG&E International Inc.v. Argentine Republic p.21 [http://www.worldbank.org/icsid/cases/pdf/ARB021\\_LGE-Decision-on-Liability-en.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/pdf/ARB021_LGE-Decision-on-Liability-en.pdf) ; Decision on Jurisdiction ARB/02/13 Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A v. The Hashemite Kingdom of Jordan s.169 §.5 [www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf).

<sup>32</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A v.Islamic Republic of Pakistan ARB/01/13 [www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf)

<sup>33</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 350, p. 139/4.

<sup>34</sup> Decision on Annulment ARB/97/3 Compania de Aguas del Aconquija, Vivendi Universal(formerly Compagnie Generale des Eaux) v. Argentine Republic [www.worldbank.org/icsid/cases/vivendi\\_annul.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/vivendi_annul.pdf), E.T.:19.01.07.

<sup>35</sup> Vivendi v. Arjantin Kararı s. 10, p. 26.

<sup>36</sup> Decision on Jurisdiction ARB/00/4 Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A v.Kingdom of

gösterir. 1989'da sınırlı sorumlu (limited) şirket olarak kurulmuş Fas Ulusal Otoban Ortaklığı (Société Nationale des Autoroutes du Maroc) ilgili bakanlıkla, devlet hesabına otoban inşa etme, bakımını yapma, işletme ve çeşitli karayolu işleri yapma konusunda imtiyaz sözleşmesi akdetmiştir<sup>37</sup>. 1994'de Fas Ulusal Otoban Ortaklığı yabancı şirketlere yine söz konusu imtiyaz sözleşmesi kapsamında Rabat-Fas otoban yapımına katılma konulu bir çağrı yapmış ve bu çağrı neticesi davacı İtalyan şirketler otoban yapımına katılmışlardır. İtalyan şirketler ile Fas Ulusal Otoban Ortaklığı arasındaki sözleşmenin tartışmasız bir kamu imtiyaz sözleşmesi olduğu belirtilmiştir<sup>38</sup>. Burada yatırım sözleşmesi olarak bizi ilgilendiren Fas Ulusal Otoban Ortaklığı ile Bakanlık arasında akdedilen imtiyaz sözleşmesine İtalyan şirketlerin katılmasıyla, İtalyan şirketler ile Bakanlık arasındaki hukuki ilişkinin niteliğidir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin söz konusu olduğu bir diğer dava da Joy Mining Machinery Ltd. v. Mısır Devleti davasıdır. BU davada da ICSID hakem heyeti, Joy Mining adlı şirket ile Mısır devleti arasındaki sözleşmenin<sup>39</sup> “bir kamu hukuku imtiyaz” sözleşmesi olduğu belirtilmiştir.

## **b. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri**

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri İdarenin bir özel hukuk kişisiyle yaptığı, konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi, kurulması ve / veya belli bir süre işletilmesi olan idari sözleşmelerdir<sup>40</sup>.

Kamu hizmeti İdare Hukukunda sıkça kullanılan bir kavram olmakla beraber bu kavramın yasalarda, yargı içtihatlarında ve öğretide, üzerinde uzlaşılmış ortak bir tanım

---

Morocco [www.investmentclaims.com/decisions/Salini-Morocco-Jurisdiction-23Jul2001.pdf](http://www.investmentclaims.com/decisions/Salini-Morocco-Jurisdiction-23Jul2001.pdf), E.T.: 25.01.07.

<sup>37</sup> Salini & Italstrade v. Fas p. 2.

<sup>38</sup> Salini & Italstrade v. Fas p. 17.

<sup>39</sup> Award on Jurisdiction ARB/03/11 Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt www.asil.org/ilib/Joymining\_Egypt.pdf s.8 p.35, E.T..16.01.07.

<sup>40</sup> İl Han Özay, **Günişığında Yönetim**, s. 253, Metin Günday, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 8. Bası s. 309, Cem Çağatay Orak, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim**, s.35.

yoktur<sup>41</sup>. Kamu hizmeti kavramı ülkenin gelişme sürecinde, toplumun ihtiyaçlarına göre her dönem farklılık gösterir. Bu yüzden sınırlandırıcı bir tanımdan ziyade kamu hizmetinin her dönem geçerli olabilecek belirgin ayırt edici özelliklerinin belirlenmesi, böylece kamu hizmetinin kapsamının geniş tutulması daha uygun olur. Bu doğrultuda, bir kamu hizmetinden bahsedilebilmesi için toplumda genel ve ortak bir gereksinimin belirmesi, bu ihtiyacın sürekli olması, ihtiyacın giderilmesine yönelik özel kişiler tarafından girişilen bir faaliyetin ya hiç bulunmaması ya da yeterli olmaması gerekir. Bu nedenle toplumun ortak ve genel gereksinimlerinin karşılanmamasının huzursuzluk yaratacağı, dirlik ve esenliğin bozulacağından hareketle, devlet o alana el atar ve bu ihtiyacın tatmin edilmesini sağlar; bu etkinliğe kamu hizmeti adı verilir<sup>42</sup>. Kamu hizmetinin kamu yararına olması (maddi kriter), bir kamu tüzel kişisi tarafından veya onun denetimi altında bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yürütülüyor olması (organik kriter) gerekir<sup>43</sup>.

Kamu hizmetinin devlet tarafından görülmesi esastır. Ancak bugün kamu hizmetinin İdare tarafından görülmesi bir zorunluluk olmaktan çıkmıştır; kamu hizmetleri idare tarafından görüldüğü gibi özel kişiler tarafından da görülebilmektedir.

İdare hukukunda imtiyaz, idarenin bir özel hukuk kişisiyle yaptığı sözleşme uyarınca belli bir kamu hizmetinin masrafları, kâr ve zararı özel kişiye ait olmak üzere görülmesidir. İmtiyazı diğer idari sözleşmelerden ayıran en önemli husus sermaye ve riskin İdare ile sözleşme imzalamış olan özel girişimciye ait olması ve faaliyetin zarar etmesi halinde bunun da özel hukuk tüzel kişisi üzerinde kalmasıdır. İdare kamu yararını gözettiği için özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak sözleşmeyi tek taraflı fesih, değiştirme gibi üstünlükler, ayrıcalıklar tanınmıştır.

1924 Anayasasında imtiyaz sözleşmelerinin onaylanmasının TBMM'nin görev ve yetkileri arasında olduğu<sup>44</sup>, ayrıca imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında Danıştay'ın

---

<sup>41</sup> Günday **age**, s. 295; Orak **age** s. 5; Özay **age** s.225.

<sup>42</sup> Özay, **age**, s. 227.

<sup>43</sup> ORAK, **age**, s.19 vd.

<sup>44</sup> Madde 26- ...Devletlerle sözleşme, andlaşma ve barış yapmak, harb ilan etmek, Devletin bütçe ve kesin hesap kanunlarını incelemek ve onamak, para basmak, tekelli ve akçalı yüklenme sözleşmelerini ve imtiyazları onamak ve bozmak,... gibi görevleri Büyük Millet Meclisi ancak kendisi yapar.

görüşünün alınacağı<sup>45</sup> yer almıştır. 1326 tarihli Kanun<sup>46</sup> ve 1924 Anayasası hükümlerine göre, kamu hizmeti imtiyazlarının, Danıştay'ın görüşü alındıktan sonra Bakanlar Kurulu kararı ve TBMM'nin onayıyla, ancak Türk anonim şirketi statüsündeki tüzel kişilere verilmesi öngörülmüştür<sup>47</sup>. 1961 Anayasasında TBMM'nin imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini onaylama yetkisi kaldırılmış, Danıştay'ın yetkisi, görüş bildirmekten inceleme yetkisine dönüştürülmüştür<sup>48</sup>. 1982 Anayasasında önce 1961 Anayasasındaki bu düzenlemeyi benimsemiştir. Daha sonra 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerindeki inceleme yetkisi, sadece görüş bildirmeye çevrilmiştir<sup>49</sup>. Gene Anayasada değişiklik yapan aynı kanunla, yabancı unsurlu uyuşmazlıklar için milletlerarası tahkime gidilmesinin önü açılmıştır<sup>50</sup>.

Ülkemiz de yüksek enflasyon ve olumsuz ekonomik gidişatin etkisiyle, iç ve dış borç alımına gitmiş, bunun sonucunda devlet gelirlerinin önemli bir kısmını iç ve dış borç ödemesine ayırmıştır. Özellikle geniş çaplı altyapı ve enerji projelerinin üretilmesi için kaynak ayrılamamış, bu tip projelerin özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi ve işletilmesi yönündeki düşünce sadece bir finansman kaynağı bulma dışında, bu kesimin işletme-

---

<sup>45</sup> Madde 51- İdare davalarına bakmak ve idare uyuşmazlıklarını çözmek, Hükümetçe hazırlanarak kendine verilecek kanun tasarıları ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları üzerine düşünüşünü bildirmek, gerek kendi özel kanunu ve gerek başka kanunlarla gösterilen görevleri yapmak üzere bir Danıştay kurulur.

<sup>46</sup> Menafi-i Umumiye Müteallik İmtiyazlar Hakkında Kanun.

<sup>47</sup> Orak, **age**, s. 37; Günday “**Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler**”, [www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/ulustahkmalan.doc](http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/ulustahkmalan.doc), E.T.: 10.12.2006 s. 185.

<sup>48</sup> Madde 140- (20.9.1971-1488) (39) Danıştay, kanunların başka idarî yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derecede idare mahkemesidir. Danıştay, idari uyuşmazlıkları ve dâvaları görmek ve çözümlenmek, Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.

<sup>49</sup> MADDE 155./ 2 : (Değişik: 13.8.1999-4446/3 md.) Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idarî uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.

<sup>50</sup> MADDE 125. – İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm: 13.8.1999-4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.

yönetim becerisinden yararlanmaya da kaymıştır<sup>51</sup>. Özellikle seksenli yıllardan itibaren kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine ilişkin sözleşmeler artmıştır.

### c. Kamu İmtiyaz Sözleşmelerindeki Tahkim Şartı

Yabancı yatırımlar için uygun yatırım ortamı koşullarından biri de ev sahibi devletin ülkesinde yapılan yatırımlar açısından uluslararası tahkim yolunun açık olmasıdır. Tahkimin mevzuatımızda yer almasından önce yabancı yatırımcının en büyük çekincesi, Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme yetkisiydi. Danıştay'ın bu sözleşmeleri incelemesinin oldukça uzun sürmesi, sözleşmenin ve dolayısıyla yatırımın yapılmasını geciktirdiği yolundaki şikayetlere yol açmıştır<sup>52</sup>. Ayrıca Danıştay imtiyaz sözleşmelerini incelerken, sözleşmede yer alan tahkim şartlarını, bu sözleşmeden ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar hakkındaki yetkinin, 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı "Anayasanın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına dair Kanun"dan önce 2575 sayılı Danıştay Kanunu m. 24/son ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 2/1-c'ye göre münhasıran Danıştay'da olması nedeniyle kabul etmiyorlardı<sup>53</sup>. Örneğin Danıştay 1. Dairesinin 1995/181E., 245K. Sayılı hidroelektrik Santrali ile ilgili bir imtiyaz sözleşmesi taslağının incelenmesi sonucunda verdiği karar uyarınca: "2575 sayılı Danıştay Kanununun m. 24/1- son ve İYUK m. 2/1-c uyarınca, imtiyaz sözleşmelerinden dolayı taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesi görev ve yetkisinin idari yargıya ait bulunması nedeniyle imtiyaz sözleşmesi tasarısında bulunan tahkimle ilgili düzenlemeler madde metninden çıkartılmıştır."<sup>54</sup>.

Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine olanak sağlayan sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi sayılmasıyla iki sonuç ortaya çıkmıştır. Birincisi söz konusu sözleşmelerin Danıştay'ın ön denetimi, incelemesine tabii tutulması, Danıştay'ın sözleşme tasarılarına son biçimi verme yetkisi olması; ikincisi bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da görülmesidir. Danıştay'ın incelemesinin uzun sürmesi, sözleşmenin yapım sürecinin uzaması, yabancı yatırımcıların,

<sup>51</sup> J.B. AUBY "Kamu Hizmetleri Yönetiminin Devredilmesi Hakkında Fransız Yasalarının Gelişimi, Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması, Türk – Fransız Seminerleri Tebliğleri", Ankara, 29 Haziran 1994 s. 47", Orak **age** s. 153'ten naklen.

<sup>52</sup> Günday, **agm**, s. 188.

<sup>53</sup> Orak, **age**, s. 156.

<sup>54</sup> Daha geniş bilgi için bakınız: Orak, **age**, s.111 vd.

Danıştay'ın uyuşmazlıkların çözümünde tarafsız olamayacağı endişeleri doğmuştur. Yabancı yatırımcıların bu yakınma ve şikayetleri sonucu 13.08.1999 t. ve 4446s. Kanun ile Anayasada kamu imtiyaz sözleşmeleriyle ilgili bazı değişiklikler yapılmış ve Anayasa m 125/1'de yapılan değişiklikle<sup>55</sup> kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi mümkün kılınmıştır<sup>56</sup>. Böylelikle yabancı yatırımcılar artık yabancı sermaye yatırım sözleşmelerinde tahkim şartı öngörebilmektedir. Aynı Anayasa değişikliği ile Danıştay'ın inceleme yetki ve görevi "iki ay içinde düşüncesini bildirmek olarak" değiştirilmiştir<sup>57</sup>. 2577 s. İdari Yargılama Usul Kanunu m. 2/1-c 18.12.1999 tarih ve 4492 s. Kanun<sup>58</sup> ile değiştirilmiş ve tahkim yolu ön görülen imtiyaz sözleşmeleri idari yargının görev alanı dışında bırakılmıştır<sup>59</sup>. 02.06.2000 tarih ve 4575 sayılı Kanunla<sup>60</sup> 2575 s. Danıştay Kanunu m. 24/1'deki değişiklikle<sup>61</sup> tahkim yolu öngörülen imtiyaz sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar Danıştay'ın yetkisi dışında bırakılmıştır.

---

<sup>55</sup> AY m. 125/1 : Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi ön görülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.

<sup>56</sup> Metin Günday agm s. 185 vd.

<sup>57</sup> Supra.

<sup>58</sup> RG 21.12.1999/23913.

<sup>59</sup> İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı: 2/1-c Tahkim yolu ön görülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar.

<sup>60</sup> RG 15.06.2000/24080

<sup>61</sup> Danıştay Kanunu m. 24/1: "...Tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar...."

## - İKİNCİ BÖLÜM -

### ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA ŞEMSIYE KLOZLAR

#### A) İkili Yatırım Andlaşmalarında Şemsiye Klozlar

##### 1) Tanımı

Şemsiye kloz Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmalarında yer alır. “Ayna etkisi”, “Paralel etki”, ahde vefa (=pacta sunt servanta) olarak da isimlendirilen şemsiye kloz yatırımların korunması ve teşvikine dair bir çok devletlerarası andlaşmada yer alan, ev sahibi devlete sözleşme tarafı diğer devlet vatandaşlarının yatırımlarıyla ilgili yükümlülüklerine riayet edeceğine ilişkin bir maddedir. DİYA’larda farklılıklar olmakla beraber genellikle rastlanan kalıp *“her bir sözleşme tarafı devlet diğer sözleşme tarafı devletin yatırımcılarının yatırımlarına ilişkin yükümlülüklerine riayet edecektir.”* şeklindedir. Şemsiye klozun anlamı, kapsamı ve bu klozun yatırımcıyı hangi ihlallere karşı koruduğu konusunda bir açıklık yoktur.

Konu bakımından yetkinin kapsamı her DİYA’da aynı değildir. DİYA’larda ev sahibi devletin “üstlenilen tüm yükümlülükler riayet etmesi”, “taahhütlere uymayı garanti etme”, “herhangi bir borca riayet etme” gibi ifadeler kullanılmıştır. Bu hükümler genelde “şemsiye kloz” olarak ifade edilmişlerdir; ancak değişik ifade tarzları da mevcuttur; “ayna etkisi”, “yükseltici”, “paralel etki”, “sözleşmenin kutsallığı”, “riayet şartı” ve “ahde vefa”. Bu türden hükümler yatırımcılara ek bir koruma sağlamak için ilave edilmiştir. Andlaşmalara şemsiye kloz koyup koymamak tamamen devletlerin inisiyatifinde olan bir durumdur.

Şemsiye Kloz 1950lerden beri bilinmesine rağmen, yoğun olarak tartışılması iki ICSID hakem heyeti kararından sonra olmuştur. Bunlar, SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Islamic Republic of Pakistan ve SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Republic of Philippines<sup>1</sup> Kararlarıdır.

---

<sup>1</sup> OECD Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements Working Papers on International Investment Number 2006/3 October 2006 ( = OECD October 2006) s. 3 E.T.:

## 2) Tarihçesi

Uzun süreli petrol imtiyaz sözleşmelerinde yer alan, İngiltere'nin de büyük bir paya sahip olduğu İngiliz-İran Petrol şirketinin (Anglo-Iranian Oil Company – AIOC) hakları, 1951'de hükümetin değişmesiyle, İran petrolü, İran devleti tarafından millileştirildi. Şirket tazminat almak için bazı hukuki girişimlerde bulundu ve imtiyaz sözleşmesinde yer alan tahkime başvurdu. Ayrıca Uluslararası Adalet Divanına da başvurdu; fakat bu girişimler hep başarısızlıkla sonuçlandı. İmtiyaz sözleşmesindeki tahkim mekanizması da etkisiz kaldı; Uluslararası Adalet Divanı ise uyuşmazlık hakkında yetkisizlik kararı verdi. İran'la Amerika'nın da desteğiyle uzlaşma yoluna gidildi ve bir anlaşmaya varıldı. Öngörülen anlaşma iki unsurdan oluşuyordu: a. İran'ın AIOC'nin de dahil olduğu bir şirketler grubuyla bazı İran petrol tesislerinin işletilmesine dair Konsorsiyum Anlaşması ve b. İran'ın Konsorsiyum Anlaşmasındaki taahhüt ve yükümlülükleri şartları yerine getireceğini garanti eden bir "şemsiye andlaşması". Daha önceki kötü deneyimden dolayı, bu şemsiye anlaşması, İran ile yabancı yatırımcı petrol şirketi arasındaki sözleşmeden çıkan her bir uyuşmazlığı, yatırım andlaşmasının (= Konsorsiyum andlaşması) kapsamına dahil edecek şekilde hazırlanmıştı<sup>2</sup>.

Yabancı yatırıma zayıf bir koruma sağlayan ilk şemsiye klozun ortaya çıkışı olarak "1957 Abs Draft Convention for the Mutual Protection of Private Property Rights in Foreign Countries"<sup>3</sup> -1957 Yabancı Ülkelerdeki Özel Mülkiyet Haklarının Karşılıklı Korunmasına İlişkin Uluslararası Konvansiyon- ve Draft Convention on Investments Abroad (Yurtdışı Yatırımlarına İlişkin Anlaşma Tasarısı) gösterilebilir<sup>4</sup>.

1957'deki Tasarı m. 4'e göre "akit tarafların hükümetler arası veya diğer anlaşmalar veya idari kararlarda, yabancılara, en çok gözetilen ulus kaydı dahil vatandaşlara sağlandığından daha iyi bir muamele öngörülüyorsa bu kayıtlar üstün tutulur."<sup>5</sup>. Aynı

---

15.01.2007.

<sup>2</sup> Wong, **agm**, s. 143 vd.

<sup>3</sup> Kısaca Abs Shawcross.

<sup>4</sup>Bakınız yukarıda s. 9 B) Yatırımların Korunması ve Teşvikine İlişkin Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşmaları (Bilateral Investment Treaties) 2. Tarihçe.

<sup>5</sup> OECD **OECD October 2006**s.4.

yaklaşım 1959 Tasarısı m. 2’de de yer almıştı: “Taraflar daima diğer sözleşme tarafı ülke vatandaşınca yapılan yatırımlarla ilgili verilmiş taahhütlerine riyeti garanti edeceklerdir<sup>6</sup>.”

Şemsiye Klozun yer aldığı ilk devletlerarası yatırım andlaşması 1959 Almanya - Pakistan Yatırım Andlaşmasıdır. Söz konusu andlaşma m. 7’ye göre “*Taraflar diğer sözleşme tarafı ülkenin şirketleri veya vatandaşlarınca yapılan yatırımlar bakımından yüklenmiş olabilecekleri taahhütlere riayet etmelidirler*”.

Abs – Shawcross’un etkisi 1967 Yabancı Sermayenin Korunmasına dair 1967 OECD Konvansiyonuna kadar devam etti. OECD Taslağının 2. maddesi şu şekildeydi: “*Sözleşme taraflarından her biri, diğer sözleşme tarafının vatandaşlarının sermayesiyle bağlantılı taahhütlere riyeti, her zaman garanti eder.*”. OECD Taslağının resmi açıklamasına göre 2. madde devletle yabancı devletin vatandaşları arasındaki anlaşmalara “pacta sunt servanta – ahde vefa- genel ilkesinin uygulanmasıdır<sup>7</sup>.”

### 3) Kapsamı

Şemsiye Kloz devletlerarası yatırım andlaşmalarında yer alır. Bu andlaşmalarda taraf devletlerin ev sahibi ya da kaynak devlet konumundayken hak ve yükümlülükleri genel olarak belirtilir. Andlaşmalarda “en çok gözetilen ulus kaydı”, “tazminatsız kamulaştırmama”, “hakkaniyet ve nısfete uygun muamele” vs. gibi uluslararası hukuk kuralları da yer alır. Bu kurallar özünde yatırımların korunması ve teşvikine ilişkindir. Ev sahibi devlet, uygun bir yatırım iklimi yaratmak ve bunu korumakla yükümlüdür. Başka deyişle andlaşmalardaki bu uluslararası hukuk kuralları, ev sahibi devlete yatırımların korunması ve teşvikine ilişkin uygun yatırım ortamını yaratma ve buna uygun davranma yükümlülüğünü yükler. Andlaşmalarda somut olarak her bir yatırıma ilişkin ilkeler yer almaz; andlaşma tarafı devletlerin yatırımlarına koruma sağlayan genel hukuk ilkeleri yer alır. Bunun dışında andlaşmadan doğan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin madde de vardır. Bazı andlaşmalarda ev sahibi devletin, taahhütlerine uyacağına dair bir kayıt vardır.

Şemsiye klozun kapsamı konusunda bir görüş birliği yoktur. Son yıllarda devletlerarası yatırım andlaşmalarında yetkili kılınan uluslararası tahkim merkezlerinin farklı bir tahkim ya da yetki şartı içeren yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar

<sup>6</sup> Draft Convention on Investments Abroad  
[www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium//en/137%20volume%205.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium//en/137%20volume%205.pdf)

<sup>7</sup> Wong, **agm**, s. 142 -149.

hakkında, andlaşmadaki tahkim şartına dayanarak yetkili olup olmadığı tartışmalıdır. Şemsiye klozun, ev sahibi ülkelerin yabancı yatırımcılarla sıkça akdettiği yatırım sözleşmelerini kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Kapsam konusunda şu sorular ortaya çıkar: Yatırımcı – ev sahibi devlet arasındaki basit bir sözleşme ihlali devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur mu? Yoksa yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmede, devlet ile yatırımcı iki eşit sözleşen taraf mıdır? Taahhüdün her bir yatırım sözleşmesindeki yükümlülükleri, yasal düzenlemelerde yer alan ve ev sahibi devlete yükümlülük yükleyen her türlü ifadeyi kapsadığını; dolayısıyla herhangi bir yatırım sözleşmesi ihlalinin aynı zamanda yatırım andlaşması ihlali olduğuna ilişkin bir görüş vardır. İkinci görüş ise şemsiye klozun kapsamını daha dar yorumlamakta, kapsamın bu derece geniş yorumlanmasının, ev sahibi devlete çok ağır bir yükümlülük yükleyeceğini savunmaktadır. Önce doktrindeki fikirler ve gerekçeleri açıklanacak, sonra da ICSID içtihatlarındaki şemsiye kloz uygulamalarına geçilecektir.

OECD Konvansiyonu hazırlama çalışmaları sırasında şemsiye klozun kapsamı, anlamı şu şekilde ortaya konmuştur: Bu kloz muhtemelen uluslararası yükümlülüklerle ilişkin olacağından, odağı ev sahibi devlet tarafından yabancı sermaye bakımından kabul edilen akdî yükümlülüklerdir.

Brower'a göre şemsiye kloz maddesinin kapsamı spesifik olarak geniş ölçekli yatırımlara ve hazırlık aşamasında ev sahibi ülkenin egemen kuvvetinin ağır bastığı imtiyaz sözleşmelerine indirgenmiş olabilir; bu yüzden alelade ticari sözleşmelerin şemsiye klozdaki genel kuralın zımnen ifade edilen bir istisnası olduğu söylenebilir; yani bu görüşe göre şemsiye kloz alelade ticari sözleşmelerindeki taahhüt ve yükümlülükleri kapsamaz<sup>8</sup>.

Prosper Weil'a göre devletlerarası bir yatırım andlaşması devlet ile yatırımcı arasındaki tamamen akdî bir yükümlülüğü, özellikle yatırım andlaşması devleti böyle bir yatırım sözleşmesine riayet yükümlülüğü altına sokmuşsa, uluslararası hukuktan doğan bir yükümlülüğe dönüştürecektir<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> C.N Brower “**The Future of Foreign Investment-Recent Developments...**” OECD October 2006 s.7 d.18'den naklen.

<sup>9</sup> OECD, **October 2006**, s.7.

F. Mann da DİYA'larda yer alan şemsiye klozun yatırımcıyı basit bir akit ihlaline karşı koruduğu düşüncesindedir. Mann'a göre bir akit ihlalinden veya idari / yasama tasarrufunun sonucu kamulaştırmaya denk gelsin gelmesin yatırımcının herhangi bir hakkına müdahaleye karşı koruduğundan bu kloz büyük öneme sahiptir<sup>10</sup>.

I. Shihata (ICSID eski Genel Sekreteri) göre de DİYA'larındaki şemsiye klozlar yatırımcı – devlet arasındaki akdi yükümlülükleri, bu sözleşmenin ihlalinin iki devlet arasındaki andlaşmanın ihlali anlamına da geleceğinden bahisle, uluslararası hukuktan doğan borçlar seviyesine yükseltir<sup>11</sup>.

E. Gaillard göre, taahhütlere riayet kaydı, devletlerin niyetinin sözleşme ihlallerini açıkça ev sahibi devletin uluslararası akdi borç ihlaline dönüştürmek olduğunu gösteriyor. Şemsiye klozun etkisi, uygulanacak hukuka göre, basit bir sözleşme ihlali olarak değerlendirilen bir hareketi uluslararası hukuk düzeyine yansıtmaktır<sup>12</sup>.

C. Schreuer'e göre şemsiye klozlar yatırımcıya geleneksel uluslararası ilkelere yanında ek koruma sağlamak için eklenmiştir. Genellikle "şemsiye kloz" diye anılmalarının nedeni akdi taahhütleri DİYA'ların koruyucu şemsiyesi altına almasındandır. Bu kayıtlar yatırım sözleşmesine itaati veya ev sahibi devletin başka taahhütlerini DİYA'nın müstakil ilkeleri arasına sokuyor. Bu şekilde sözleşme ihlali DİYA ihlali haline geliyor<sup>13</sup>.

Wälde'ye göre uluslararası hukuk kuralları sadece bir tarafın devlet olduğu ya da devlet erkine tâbi sözleşmelerin ihlaline karşı, eğer devlet belli egemen yetkilerini akdi yükümlülüklerinden kaçmak için kullanıyor veya bu taahhütlerine esaslı surette müdahale ediyorsa, yatırımcıyı korur. İhtilafın ağırlık noktası devlet erkinin bu şekilde kullanımı değil, alelaide sözleşme ihlalleriyse o zaman DİYA ve şemsiye klozun bir işlevi olmaz<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> F.A. Mann "**British Treaties for the Promotion and Protection of Investments**" 52 British Yearbook of International Law 241 (1981) OECD **October 2006** s.7 d.21'den naklen.

<sup>11</sup> I. Shihata "**Applicable Law in International Arbitration: Specific Aspects in Case of the Involvement of State Parties**" The World Bank in a Changing World: selected essays and lecturers vol. II. OECD **October 2006** s.8 d.22'den naklen

<sup>12</sup> E. Gaillard "**L'arbitrage sur le fondement des traites de protection des investissements**" **Revue de L'Arbitrage** OECD **October 2006** s.8 d.24'den naklen.

<sup>13</sup> C. Schreuer "**Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road**" OECD **October 2006** s.8 d.25'ten naklen.

<sup>14</sup> T. Wälde, **A Comment on Original Intentions and Recent Cases**, The Journal of World Investment and Trade vol.6 no.2 April 2005 OECD **October 2006** s.8 d.27'den naklen.

Başka bir görüş de P. Mayer<sup>15</sup> tarafından ileri sürülmüştür. Buna göre taraflar arası ilişkinin niteliği değişmez ve sözleşmenin hukukuna tâbidir, sadece devletlerarası ilişki uluslararası hukukun konusu olabilir.

SGS v. Pakistan kararında hakem heyeti, imtiyaz sözleşmesinden doğan fakat DİYA hükümlerinin ihlali anlamına gelmeyen uyuşmazlıklar hakkında yetkisizlik kararı vermiştir. Böylelikle mahkeme sözleşme ihlallerini, andlaşma ihlali seviyesine yükselten davacının iddiasını reddetmiştir. Mahkemeye göre, şemsiye klozun her sözleşme ihlalini, andlaşma ihlali sayacak şekilde yorumlanması, kapsamın belirsiz derecede genişletilmesine, çok uzak hukuki sonuçlara yol açar ve ev sahibi devlete büyük bir külfet yükler<sup>16</sup>.

SGS v. Filipinler davasında ise hakem heyeti farklı bir tutum sergilemiştir. Mahkeme yetkisi hakkında karar verirken, İsviçre – Filipinler yatırım andlaşmasında yer alan şemsiye klozu, yatırım sözleşmelerinden çıkan uyuşmazlıklara da uygulanacak şekilde yorumlamıştır. Yani şemsiye klozda yer alan “ev sahibi devlet yatırımla ilgili yükümlülüklerine riayet edecektir.” hükmünü yorumlarken, andlaşmadan doğan ihtilaflar ya da (ev sahibi devlet – yatırımcı arasındaki) sözleşmeden doğan ihtilaflar diye bir ayırıma gitmemiş; mahkemenin yetkili olması için ihtilafın yatırımdan doğmuş olmasını yeterli saymıştır<sup>17</sup>.

Şemsiye Kloza ilişkin tartışmaları gelişmiş ülkeler ile gelişmekte olan ülkeler arasındaki çatışmanın bir uzantısı olarak gören ve bu tartışmaların aslında hukuksal olmadığını savunanlar da vardır<sup>18</sup>. Bu, uç bir yaklaşım olmakla beraber, genelde şemsiye kloza ilişkin Pakistan ve Filipinler kararlarından, SGS v. Pakistan kararı, gelişmekte olan ülkelere oluşan ev sahibi devletlerin dayandığını; SGS v. Filipinler kararını ise, gelişmiş ülkelerin vatandaşı olan yatırımcıların sempatik bulduğunu söyleyebiliriz.

Mahkeme kararlarında ve öğretilerde şemsiye klozların, bir uluslararası hukuk kuralının ihlalini oluşturmeyen ve yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşme ihlallerini kapsayıp kapsamadığı, tartışmanın odak noktasıdır. Tartışmanın esası bu olmakla

---

<sup>15</sup> P. Mayer “**La neutralisation du pouvoir normatif de l'état en matière de contracts d'état**” JDI 1986 OECD **October 2006** s.9 d.28'den naklen.

<sup>16</sup> SGS v. Pakistan p. 104 vd.

<sup>17</sup> SGS v. Filipinler p. 120 vd.

<sup>18</sup> Wong, **agm**, s. 176;

beraber, gelişmiş ülkelerin amacı, sadece yatırımcı – ev sahibi devlet arasındaki sözleşmedeki yükümlülük ihlallerinin uluslararası tahkimde görülmesini sağlamak değildir. Bu görüşe göre, ev sahibi devlet sadece sözleşmelerle borç altına girmez, kanuni, idari düzenlemeleriyle de borç altına girer<sup>19</sup>; öyleyse ev sahibi devlet kendi iç hukuk düzenlemelerine, kanunlarına ve hatta idari düzenlemelerinin getirdiği yükümlülüklerine aykırı hareket etse ve bu basit bir ihlal oluştursa bile, yatırımcı, ev sahibi devletin taahhütlerine aykırı hareket ettiği, uygun bir yatırım ortamı oluşturamadığından bahisle, uyuşmazlığı uluslararası tahkime taşıyabilecektir.

Gelişmiş ülkelerin şemsiye klozun kapsamını geniş tutarak, hemen her ihtilafı uluslararası tahkime götürme isteğinin altında iki temel neden yatar:

- Davalı devlet üzerindeki politik baskıyı artırmak: Eğer ev sahibi devletin DİYA hükmünü ihlal ettiğine karar verilirse, o zaman bir özel hukuk sözleşmesini değil; bir andlaşmayı ihlal etmiş olacak ve bu da yatırımcının kaynak devletinin ev sahibi devlet aleyhine, uluslararası düzeyde çeşitli hukuki girişimlerde bulunmasına yol açacaktır.
- Eğer şemsiye klozu geniş yorumlayan bir ICSID kararı çıkarsa, o zaman ev sahibi devletin, ulusal mahkeme veya tahkim kararlarına nazaran, bu karara itiraz etmesi daha zor olacaktır; çünkü bir ICSID kararına karşı bir temyiz yolu yoktur ve ev sahibi devlet kamu yararı vs. gibi nedenlere dayanarak ICSID kararının icrasını engelleyemez<sup>20</sup>.

Yabancı Yatırımların Korunması ve Teşviki Anlaşmalarında yer alan şemsiye klozların yorumunda üç farklı yaklaşım vardır:

---

<sup>19</sup> Kathryn Ballintine, “How Far Do BITs Bite? A Comparison of SGS v Pakistan and SGS v. Philippines?”, [www.srcf.ucam.org/clsr/2006-1/Ballintine.pdf](http://www.srcf.ucam.org/clsr/2006-1/Ballintine.pdf), E.T.: 11.02.2007.

<sup>20</sup> Deborah Ruff / Thomas Geuther, International Disputes Practice Update, “Bilateral Investment Treaties – Recent Developments”, March 2006 LeBoeuf Lamb Newsletter

www.llgm.com E.T.:30.01.07 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=871924](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871924)

- 1- Yatırım sözleşmesinin tarafları, yatırımcı ve ev sahibi devlettir. Yatırımların Teşviki ve Korunmasına dair andlaşmalar ise yatırımcının vatandaşlığında bulunduğu kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasında akdedilir. Taraflar her iki sözleşmede farklı olduğundan, devletlerin taraf olduğu andlaşmadaki yatırımın korunmasına, taahhütlere riayete ilişkin kayıttan (şemsiye klozdan) yatırımcı faydalanamaz.
- 2- Devletlerarası Yatırımların Teşviki ve Korunmasına dair anlaşmalarda yer alan taahhütlere riayet kaydı, ev sahibi devletin yatırımcı ile akdettiği tüm yatırım sözleşmelerine uygulanır; böylelikle ev sahibi devletin sözleşmesel ihlalleri, uluslararası hukuk ihlaline dönüşür.
- 3- Devletlerarası Yatırımların Teşviki ve Korunması Andlaşmasında yer alan şemsiye klozlar yatırımcıyı ve yatırımı korumakla beraber, bu kayıtlar her türlü sözleşme ihlallerini kapsamaz.

#### 4) Şemsiye Klozların Kaleme Alınış Biçimi Ve Ortak Özellikleri

Şemsiye klozlara dair bir karşılaştırma yapıldığında, farklılıklar gözlemlenmekle beraber ortak noktaları olduğu da görülür. Tahkim içtihadı ve doktrine göre; her bir kloz kendi şartları içinde yorumlanmalıdır. Şemsiye klozun yazılış tarzı, klozun kapsam ve etkisinin belirlenmesi bakımından önemlidir. Özellikle; andlaşmadaki yerinin şemsiye klozun yorumlanmasında etkili olup olmadığı, şemsiye kloz kapsamında hangi yükümlülük ve taahhütlerin korunduğu ve şemsiye kloz korumasından hangi yatırımcı ve yatırımların yararlanabileceği soruları, şemsiye klozun etkisi ve kapsamını daha yakından araştırmak bakımından önemlidir<sup>21</sup>.

- (1) Şemsiye klozlarda emredici bir ifade tarzı vardır. Ek-1'de de görüleceği üzere söz konusu klozlarda genel olarak "...taahhütlerine *riayet edecektir.*" kalıbı kullanılmaktadır. Bu kadar kesin olmamakla beraber başka bir kullanım tarzı da mevcuttur:

*"Bir sözleşen tarafın yetkili devlet kurumunun diğer devlet vatandaşına bir yatırım hakkında verdiği yazılı taahhüdüne itibar edilmesini garanti etmek için her bir sözleşen taraf kendi yetkisi içinde olan her şeyi yapacaktır."*

---

<sup>21</sup> OECD October 2006 s.9 vd.

- (2) İkinci özellik de DİYA' larda yer alan klozların büyük çoğunluğunun iki birey arasındaki yükümlülüklerle değil, devletin akdettiği borçlara, yükümlülüklerle ilişkin olmasıdır. Çek Cumhuriyeti – Singapur 1995 DİYA' sı m. 15'te bu kurala bir istisna söz konusudur;

*“ Her bir sözleşen taraf, diğer sözleşen tarafın yatırımcısının yatırımları hakkında akdedilen bu anlaşmada belirlenmiş taahhütlere ek diğer taahhütlere riayet edecektir. Her bir sözleşen taraf bu anlaşmada belirlenmiş olanlara ek olarak, yatırımlar bakımından kendi vatandaş ve şirketleri ile diğer sözleşen tarafın şirketleri ve vatandaşları ile girilen hiçbir taahhüdüne riayetsizlik edemez.”*

Şemsiye Klozun devletlerarası yatırım anlaşmasının yapısı içindeki yeri her anlaşmada farklılık gösterebilir. Hollanda DİYA modeli şemsiye klozu anlaşmanın sağladığı koruma hususunu düzenleyen ayrı bir maddeye yerleştirmiştir. Bu yapı diğer başka DİYA türlerinde de görülebilir. Halbuki örneğin İsviçre DİYA modelinde şemsiye kloz “diğer yükümlülükler” başlığı altında, uyuşmazlıkların çözümü ve tazminat maddelerinden ayrı yer almıştır. Üçüncü bir çeşitte, şemsiye kloz yatırımları koruma maddesinden ayrı olarak fakat hemen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin maddeden önce yer alır<sup>22</sup>.

Şemsiye klozlar bakımından kritik bir diğer konu da devletin borçlarının kapsamı ve mahiyetidir. Söz konusu klozlarda “taahhüt”, “herhangi bir yükümlülük”, “başka yükümlülükler” gibi ifade farklılıkları vardır. Özellikle “herhangi bir yükümlülük” şeklindeki ifadeye Eureko v. Polonya kısmi kararında daha geniş bir açıklama verilmiştir. Buna göre “Devletin belli yabancı yatırımlar hakkındaki herhangi bir yükümlülüğüne riayet etmesini düzenleyen bir hükmün temel, alelade anlamı açık değildir, “riayet etmelidir” sözü emredici ve kesindir. Herhangi yükümlülük kavramının kapsamı geniştir, bu, belli tip yükümlülüğü değil, herhangi bir yükümlülüğü; yani yatırımcının yatırımları hakkındaki tüm yükümlülükleri kapsar.”<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Bakınız Ek s. 76.

<sup>23</sup> Partial Award (Ad hoc Arbitration) Eureko B.V. v. Republic of Poland p. 246 s. 78  
[www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf](http://www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf) E.T.:02.01.07

Bazı şemsiye klozlar devlet tarafından “akdedilen” borçlara ilişkin iken, diğer bazıları devlet tarafından “üstlenilen” borçlara ilişkindir. Bu farklılıklar yükümlülüğün devletle yatırımcı arasındaki akdi bir yükümlülüğe mi dayandığı; yoksa devlet tarafından kanunlar, idari tasarruflar, yönetmelikler vb. gibi tek taraflı borç açıklamalarına da genişletilebilmesinin mümkün olup olmayacağı sorusunu akla getiriyor. Akdedilen yükümlülükler ifadesinden, bunların devletin bir sözleşmeyle yükümlülük altına girdiği; üstlenilen borç ifadesinde devletin bir sözleşmede yer almaksızın idari tasarruf, kanun vs. gibi tek taraflı irade açıklamalarıyla da yükümlülük altına gireceği anlaşıldığı kanaati vardır. Bazı DİYA’ lar şemsiye klozun kapsadığı borçları tanımlayarak kapsamı daraltmıştır. Bazı DİYA’ larda “yazılı yükümlülükler” denirken, bazılarında “akdi yükümlülükler” denilmektedir<sup>24</sup>.

DİYA’da yer alan bir maddenin şemsiye kloz olup olmadığını incelerken yukarıdaki açıklamaları dikkate almak gerekir. Salini Costruttori S.P.A & Italstrade S.P.A v. Ürdün Krallığı<sup>25</sup> davasında, davacılar, DİYA m. 2/4’ün, m. 2/5 ve 11/2 ile beraber değerlendirildiğinde, m. 2/4’ün şemsiye kloz oluşturduğunu iddia etmişlerdi<sup>26</sup>. Söz konusu maddelere baktığımızda;

DİYA m. 2/ (4) : Her bir âkit taraf yatırımcılara verilen taahhütlere riayet dahil, hukuki muamelenin devamlılığını garanti edecek kanuni çerçeveyi yaratmalıdır.

DİYA m. 2/5 : Her bir âkit taraf ya da kurumu, diğer âkit tarafın yatırımcısıyla, yatırımcının yatırımına dair özel bir hukuki ilişkiye âmir yatırım sözleşmesi akdedebilir.

---

<sup>24</sup> W. Ben Hamida, **La clause relative au respect des engagement dans les traites d’investissement**, Institut des Hautes Etudes international, May 2005 OECD **October 2006** s.11’den naklen

<sup>25</sup> Decision on Jurisdiction ARB/02/13 Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A v. The Hashemite Kingdom of Jordan, [www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf) E.T.:02.01.07.

<sup>26</sup> Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A v. Ürdün Krallığı Kararı s. 186, p. 120.

DİYA m. 11/2 : Diğer Hükümlerin Uygulanması: Ev sahibi devletin andlaşmadaki muamele ilkelerine aykırı davranması ve yatırımcıların, bunun sonucunda zarara uğraması halinde yatırımcı, bu zarardan dolayı bir tazminata hak kazanır.

DİYA m. 2/4'te yukarıdaki şemsiye kloz örneklerine nazaran daha farklı bir ifade tarzının olduğunu görüyoruz. İçeriğine baktığımızda da âkit taraflar kanuni bir çerçeve oluşturma borcu altına girmektedirler; yoksa taahhütlere riayeti garanti etmemektedirler. DİYA m. 2/5'in varlığı da m. 2/4'ün farklı şekilde yorumlanmasını gerektirmez<sup>27</sup>. SGS v. Pakistan davasındaki DİYA'da yer alan şemsiye klozda, taraflar yatırımcının yatırımları hakkında üstlendiği taahhütlere riayeti; SGS v. Filipinler davasındaki DİYA'daki şemsiye klozda ise, taraflar yükümlülükler riayet borcu altına girer. Salini & Italstrade v. Ürdün Krallığı hakem heyeti söz konusu maddelerin bir şemsiye kloz oluşturmadığı sonucuna varmış ve davacının andlaşma talepleri dışındaki diğer talepleri hakkında yetkili olmadığı sonucuna varmıştır. Bu açıklamalardan sonra şunu diyebiliriz: Şemsiye klozda "yükümlülükler uyma", "taahhütlere uyma" gibi açık ifadeler yer almalıdır.

Şemsiye kloza benzeyen bir diğer ifade de Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile İran Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Andlaşma<sup>28</sup>'da yer alır:

Taahhütlerin Yerine Getirilmesi Madde 10 –Her bir Akit taraf, diğer akit tarafın yatırımcısıyla ilgili olarak bu anlaşma ile kabul ettiği taahhütlerin yerine getirileceğini garanti eder.

İlk bakışta bu maddenin bir şemsiye kloz olduğu düşünülebilirse de, maddeyi incelediğimizde, taraflar yatırımcının yatırımlarıyla ilgili herhangi bir taahhüdü yerine getireceğini garanti etmemiştir. Taraflar DİYA'da kabul ettikleri yükümlülükler riayet edeceğini garanti etmiştir. Oysa ki taraflar andlaşmaya böyle bir hüküm koymasalar dahi, "ahde vefa" ilkesi gereği andlaşmaya riayetle yükümlüdürler; dolayısıyla bu madde şemsiye kloz oluşturmaz.

## **B) Türkiye'nin Taraf olduğu İkili Yatırım Andlaşmalarındaki Şemsiye Klozlar**

<sup>27</sup> Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A v. Ürdün Krallığı Kararı s. 188, p. 128.

<sup>28</sup> RG 25.02.2005 / 25738.

Türkiye, bir çok ülkeyle yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki amacıyla andlaşma akdetmiştir. Bu andlaşmaların hepsinde yatırımların korunması ve teşvikine yönelik “hakkaniyet ve nısfete uygun muamele”, “tazminatsız kamulaştırmama”, “en çok gözetilen ulus kaydı” vs. gibi hükümler yer alır. Ancak andlaşmaların hepsinde şemsiye kloz yer almaz. Türkiye ile yabancı devletler arasında yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine dair yapılan, şu an itibariyle 60’a yakın andlaşmadan<sup>29</sup> şemsiye kloz içeren bazı DİYA’lar<sup>30</sup> şunlardır:

1. Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Arasında Sermaye Yatırımlarının Karşılıklı Olarak Teşvik ve Himayesine Mütedair Andlaşma<sup>31</sup>:

Madde 7/(4): Akit taraflardan her biri ülkesinde diğer akit tarafın vatandaş ve şirketlerinin sermaye yatırımlarına mütedair olarak üzerine aldığı sair her türlü taahhüdü yerine getirecektir.

2. Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Andlaşma<sup>32</sup>:

Madde II / 3-son: Taraflardan her biri yatırımlara ilişkin olarak üstlenmiş olabileceği herhangi bir vecibeyi yerine getirecektir.

3. Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Arasındaki Yatırımların Korunması ve Teşvikine ilişkin Andlaşma<sup>33</sup>:

Madde 3/2-son: Akit taraflardan her biri yatırımlarla ilgili yüklenmiş olabileceği yükümlülükleri yerine getirecektir.

Türkiye ile yabancı devletler arasındaki şemsiye klozlara baktığımızda, belli bir ifade kalıbı olmadığını görürüz. Taahhütlere uyma ya da yükümlülükler uyma ifadeleri kullanılmıştır. Ayrıca şemsiye kloz, her andlaşmada aynı başlık altında yer almamıştır.

---

<sup>29</sup> Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları** 3. Bası Beta Basım 2005, s.432, 433.

<sup>30</sup> Türkiye’nin taraf olduğu DİYA’larda yer alan diğer şemsiye klozlar buraya alınmamıştır. DİYAlar için ve hususen bu DİYAlardaki şemsiye klozlar için bkz: Nomer / Ekşi /Öztekin age s. 257 vd.

<sup>31</sup> RG 08.10.1963 / 11525.

<sup>32</sup> RG 13.08.1989 / 20251.

<sup>33</sup> RG 08.09.1989 / 20276.

Bazı andlaşmalarda<sup>34</sup> “Diğer Yükümlülükler”, bazısında<sup>35</sup> “Yatırımların Korunması ve Teşviki”, bazısında<sup>36</sup> ise “En çok gözetilen ulus kaydı” başlığı altında yer almıştır. Dolayısıyla, taahhütlere riayet kaydı içeren şemsiye klozun hangi başlık altında değerlendirilmesi gerektiği konusunda bir açıklık yoktur. Bu, şemsiye klozun anlamının açıklığa kavuşmamış olmasından, üzerinde uzlaşmış ortak bir tanım olmamasından kaynaklanmaktadır.

Şemsiye kloz, yukarıdaki gibi andlaşmaların bir bölümünde belli bir uluslararası hukuk ilkesi başlığı altında değerlendirilirken; bazısında<sup>37</sup> ise diğer andlaşma hükümlerinden bağımsız bir uluslararası hukuk ilkesi gibi ayrı maddede düzenlenmiştir. Dolayısıyla devletler, şemsiye klozdaki taahhütlere riayet yükümlülüğünün, belli bir uluslararası hukuk yükümlülüğünün kapsamı altında mı; yoksa bağımsız bir uluslararası

---

<sup>34</sup> Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyeti arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Andlaşması RG 10.02.1991 / 20782-Madde 8 – Diğer Yükümlülükler:Akit taraflardan her biri ülkesinde kendisince kabul edilen yatırımlara ilişkin olarak diğer akit tarafın bir yatırımcısına karşı giriş olabileceği mukavele yükümlülüklerini yerine getirecektir. Ayrıca bkz: Türkiye Cumhuriyeti ile Yunanistan Arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Andlaşması RG 01.08.2001 / 24480, Türkiye Cumhuriyeti ve Lübnan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunmasına İlişkin Andlaşma RG 08.02.2005 / 25721.

<sup>35</sup> Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Andlaşma RG 09.05.1996 / 22631- Madde 2 – Yatırımın Teşviki ve Korunması / (2) : Akit taraflardan her biri diğer tarafın vatandaş veya şirketlerince yapılan yatırımları dolayısıyla ortaya çıkacak tüm yükümlülükler riayet edecektir. Ayrıca bkz: Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kore Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Andlaşma RG 02.05.1994 / 21922, Türkiye Cumhuriyeti ile Danimarka Krallığı arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin Andlaşma RG 02.05.1994 / 21922.

<sup>36</sup> Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Romanya Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Andlaşma -RG 16.07.1994 / 21992:Madde 3 – En Çok Gözetilen Millet Muamelesi / (3) : Her akit taraf, diğer akit tarafın yatırımcılarınca ülkesinde yapılan yatırımlara ilişkin olarak konulan bütün diğer yükümlülükleri yerine getirecektir.

<sup>37</sup> Türkiye Cumhuriyeti ile İsviçre Konfederasyonu Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Andlaşması - RG 06.10.1989 / 20304<sup>37</sup>:Madde 10: Her bir Akit taraf diğer akit taraf yatırımcılarının yatırımlarına ilişkin olarak taahhütlerine sürekli olarak yerine getireceğini garanti edecektir. Ayrıca bkz: Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Andlaşma, Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Arasındaki Yatırımların Korunması ve Teşvikine ilişkin Andlaşma.

hukuk yükümlülük olarak mı değerlendirilmesi gerektiği konusunda hem fikir değildirlir. Bu konuda da bir fikir karmaşası vardır.

### **C) DİYA'daki Tahkim Şartı – Şemsiye Kloz İlişkisi**

Ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki yatırım sözleşmesinde, uyuşmazlıkların çözümü için ICSID tahkim mekanizmasının öngörülmesine bir engel yoktur. Ancak yatırım sözleşmesinde uluslararası bir tahkim mekanizması öngörülmemiş, fakat ev sahibi devlet ile kaynak devlet arasındaki yatırım andlaşmasında uyuşmazlıkların çözümü için uluslararası bir tahkim mekanizması ön görülmüşse yatırımcı uyuşmazlığı bu uluslararası tahkim merkezine götürebilir mi?

DİYA'da yer alan tahkim şartı ile şemsiye kloz birlikte değerlendirilmelidir. Yatırım sözleşmesi ile DİYA'da yer alan tahkim şartının aynı mahkemeyi yetkili kılması halinde, mahkemenin, yetkisini DİYA'ya ya da yatırım sözleşmesine dayandırması arasında pratik bir fark olmayacaktır. Ancak DİYA'da ve yatırım sözleşmesinde farklı tahkim mahkemelerinin yetkili kılması halinde, durum biraz karmaşık bir hal alır<sup>38</sup>. Yatırım sözleşmesinde ve DİYA'da uyuşmazlıkların çözümü için aynı tahkim mekanizmasının ön görülmesi halinde, yatırımcının söz konusu tahkim mekanizmasına yatırım sözleşmesine mi yoksa DİYA'ya dayanarak mı başvurduğu bir sorun teşkil etmeyecektir. Fakat DİYA'nın uluslararası bir tahkim mekanizması, yatırım sözleşmesinin ise yerel bir yargı yolu ya da tahkim mekanizması ön görmesi halinde şemsiye klozun yorumu, kapsamı ve niteliği gibi hususlar önem kazanacaktır.

DİYA'larda uyuşmazlıkların çözümü için, genelde iki tür madde vardır: Birincisi âkit devlet ile diğer âkit devlet vatandaşı arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne<sup>39</sup>, ikincisi ise âkit devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkindir<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Cemal Şanlı, **age**, s.437.

<sup>39</sup> Örneğin Türkiye Cumhuriyeti ve Lübnan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunmasına İlişkin Andlaşma m. 8: Bir Âkit Taraf ile Diğer Âkit Tarafın bir Yatırımcısı Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

1. Âkit Taraflardan biri ile diğer Âkit Tarafın bir yatırımcısı arasında, yatırımlarla ilgili olarak ihtilaf çıkması halinde, sözkonusu uyuşmazlığı çözmeye yönelik olarak ilgili taraflar arasında mümkün olduğunca iyi niyetli görüşmeler yapılacaktır.

Şemsiye klozu geniş yorumlamakla yatırımcının hedefi, yatırım sözleşmesinden doğan ihtilafları da uluslararası bir tahkim merkezine taşımaktır. Böylece ev sahibi devlet yükümlülüklerine uymada daha dikkatli olacaktır, çünkü yatırım sözleşmelerindeki yetki

---

2. Eğer uyuşmazlıklar, çözüm için yazılı talep tarihinden itibaren altı ay içinde çözümlenmezse; yatırımcı, kendi kararı uyarınca, uyuşmazlığı çözüm için aşağıdaki mercilere sunulabilir:

a) ülkesinde sözkonusu yatırımın yapıldığı Âkit Tarafın yetkili mahkemesi, veya

b) 18 Mart 1965 tarihinde Washington'da imzaya açılan "Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Sözleşmesi" ile kurulmuş olan Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (ICSID),

(c) Aksi uyuşmazlığın taraflarınca kararlaştırılmadıkça, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun Tahkim Kurallarına (UNCITRAL) göre kurulacak bir tahkim mahkemesi.

3. yukarıda alt paragraf a, b ve c'de yapılan seçimler nihai olacaktır.

4. Tahkim Heyeti uyuşmazlık için vereceği kararı, işbu Anlaşmanın hükümlerine, uluslararası hukukun uygulanabilir kural ve prensiplerine ve uygulanabilir olduğu takdirde ulusal hukuka uygun olarak alacaktır. Tahkim kararı nihai olacak ve uyuşmazlığın tarafları için bağlayıcı olacaktır. Her bir Âkit Taraf bu gibi herhangi bir kararı gecikme olmaksızın uygulayacak ve bu gibi bir kararı iç hukukuna uygun olarak tatbik edecektir.

5. Uyuşmazlığa taraf olan Âkit Taraf yatırım uyuşmazlığı ile ilgili duruşmalar süresince, hiçbir zaman, hiçbir şekilde dokunulmazlığını veya sözkonusu yatırımcının meydana gelen zararın tümünü veya bir kısmını kapsayan bir sigorta sözleşmesi çerçevesinde tazminat almış olmasını bir savunma olarak öne süremez.

<sup>40</sup> MADDE 9: Âkit Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

1. Âkit Taraflar arasında işbu Anlaşmanın hükümlerinin yorumlanması veya uygulanması ile ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar diplomatik yollardan çözülecektir.

2. Eğer Âkit Taraflar, görüşmelerin başlamasından itibaren altı ay içinde bir anlaşmaya ulaşamazlarsa, sözkonusu uyuşmazlık Âkit Taraflardan birinin talebi üzerine üç üyeli bir tahkim heyetine sunulacaktır. Her bir Âkit Taraf bir hakemi atayacak, ve atanmış bu iki hakem üçüncü bir devlet vatandaşını başkan olarak tayin edeceklerdir.

3. Eğer Âkit Taraflardan birisi iki ay içinde kendi hakemini tayin etmemişse ve diğer Âkit Tarafın bu atamayı yapma davetine icabet etmemişse, bu hakem diğer Âkit Tarafın talebi üzerine Uluslararası Adalet Divanı Başkanı tarafınca atanacaktır.

4. Eğer iki hakem, atanmalarından itibaren iki ay içinde Heyet Başkanının seçimi konusunda anlaşma sağlayamazlarsa, Heyet Başkanı, Âkit Taraflardan birinin talebi üzerine Uluslararası Adalet Divanı Başkanı tarafından seçilecektir.

5. Uluslararası Adalet Divanı Başkanı, işbu Maddenin üçüncü ve dördüncü paragraflarında belirtilen hallerde görevini yerine getirmekten alıkonulursa veya bu şahıs Âkit Taraflardan birinin vatandaşı ise, seçim Başkan Yardımcısı tarafından yapılacaktır ve eğer Başkan Yardımcısı da anılan görevi yerine getirmekten alıkonulursa veya Âkit Taraflardan birinin vatandaşı ise seçim Âkit Taraflardan birinin vatandaşı olmayan en kıdemli Divan üyesi tarafından yapılacaktır.

6. Tahkim Heyeti kararlarını oy çokluğu ile alacaktır.

7. Tahkim Heyeti kararını, iç hukuk ile işbu Anlaşmanın hükümleri yanında uluslararası hukukun evrensel olarak kabul edilmiş prensiplerine saygı temelinde verecektir.

8. Âkit Taraflarca yapılacak diğer hükümlere tabii olarak, Tahkim Heyeti usul kurallarını belirleyecektir.

9. Her bir Âkit Taraf atadığı hakemin ve tahkim sırasındaki temsilinden kaynaklanan masraflarını karşılayacaktır. Başkan'ın masrafları ve diğer kalan masraflar Âkit Taraflarca eşit olarak üstlenilecektir. Tahkim Heyeti masraflarla ilgili olarak farklı bir düzenleme yapabilecektir.

10. Tahkim Heyeti'nin kararları her bir Âkit Taraf için nihai ve bağlayıcı olacaktır.

11. Eğer bir uyuşmazlık, işbu Anlaşmanın 8. Maddesi uyarınca bir uluslararası tahkim mahkemesine sunulmuşsa ve hâlâ mahkeme önündeyse, aynı uyuşmazlık işbu Madde hükümleri uyarınca başka bir uluslararası tahkim mahkemesine sunulmayacaktır. Bu, her iki Taraf arasında doğrudan ve anlamlı görüşmeler yoluyla bağlantı kurmayı engellemeyecektir.

şartlarında öngörülen, çoğunlukla ev sahibi devletin ülkesindeki tahkim mekanizmaları ya da yargı mercileridir. Bunlara başvuru ya da bu mercilerin kararları caydırıcı olmamaktadır. Oysaki uluslararası bir tahkim merkezinin kararı, ev sahibi devletin itibarı, ev sahibi devletin ülkesinde yabancı yatırıma ve yatırımcıya sağlanan hukuki güvence ve dolayısıyla ev sahibi devletin gelecekte yabancı yatırımı çekmesiyle yakından ilişkilidir.

#### **D) Devletin Sorumluluğu**

Ev sahibi devletin, yabancı yatırımcı ile bir yatırım sözleşmesi akdetmesi, yani bir tarafın uluslararası hukuk kişisi, diğer tarafın özel hukuk kişisi olması; dolayısıyla, her iki tarafın devlet ya da her iki tarafın özel hukuk kişisi olduğu sözleşmelere nazaran; sorumluluk bakımından farklı ve daha karmaşık bir durum arz eder. Her şeyden önce devlet, sözleşmenin tarafı olduğu için sözleşme ihlallerinden, sözleşmenin eksik ifasından ya da ifa edilmemesinden sorumludur. Bunun dışında yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmeler, iki tarafın da eşit statüde olduğu alelade sözleşmelerden farklıdır; çünkü devletin uluslararası kişiliği vardır. Dolayısıyla devletin bazı tasarrufları uluslararası hukuk sorumluluğunu da doğurabilir. Uluslararası hukuk sorumluluğunun devletin hangi tasarrufları sonucu doğacağını tesbit etmek için öncelikle hangi hukuk kurallarının uluslararası hukuk kuralları sayıldığını, başka bir deyişle “uluslararası hukukun kaynaklarını” incelemek gerekir.

Uluslararası hukuk kurallarını saptayan ve bildiren biçimsel kaynaklar, genel kabul gören bir ayırımla, Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38’de asli ve yardımcı kaynaklar olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Buna göre uluslararası hukukun asli kaynakları, (1) andlaşmalar, (2) teamül, (3) hukuk genel ilkeleridir. Yardımcı kaynaklar ise (1) mahkeme kararları ve (2) öğretilerdir. Yardımcı kaynaklar; uluslararası hukuk kuralları yaratmayan, ancak onların varlığının ya da içeriğinin saptanmasında yardımcı olarak, kendilerinden yararlanan kaynaklardır<sup>41</sup>. Bu saptama ışığında ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki hukuki ilişkide, devletin uluslararası sorumluluğunun tesbitinde öncelikle ev sahibi devlet ile yatırımcının mensup olduğu devlet arasındaki “Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin Andlaşma”ya bakmak gerekir. Ayrıca Birleşmiş Milletler

---

<sup>41</sup> Hüseyin Pazarıcı, **age**, s. 102.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı ve Devletlerin Uluslararası Sorumluluğuna ilişkin ilkeleri tesbit eden raporu da bu sorumluluğun tesbit edilmesine ışık tutar<sup>42</sup>.

Şemsiye klozu inceleyen yargı kararları<sup>43</sup> Vivendi v. Arjantin İptal Kararındaki Devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin değerlendirmeyi göz önüne almış ve söz konusu iptal kararında da bu değerlendirme BM raporuna dayanılarak yapılmıştır<sup>44</sup>. Kararda devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasında, uluslararası hukukun ve iç hukukun etkisi irdelenirken Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonunun, "Devletlerin Uluslararası Hukuka Göre Haksız Tasarrufu nedeniyle Sorumluluğu" başlıklı raporunun ilgili hükümlerine<sup>45</sup> atıf yapmıştır. Bu maddelere göre, uluslararası sorumluluk,

---

<sup>42</sup> United Nations "Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001" [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)

<sup>43</sup> SGS Soci t  G n rale de Surveillance S.A v. Islamic Republic of Pakistan ARB/01/13 p. 44, 51, 63 vs. [www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf); Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction SGS Soci t  G n rale de Surveillance S.A v. Republic of Philippines ARB/02/06 p. 78, 122, 153 vs. [www.worldbank.org/icsid/cases/SGSVPhil-final.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSVPhil-final.pdf).

<sup>44</sup> Decision on Annulment ARB/97/3 Compania de Aguas del Aconquija, Vivendi Universal (formerly Compagnie Generale des Eaux) v. Argentine Republic [www.worldbank.org/icsid/cases/vivendi\\_annul.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/vivendi_annul.pdf).

<sup>45</sup> United Nations, **Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries 2001** [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)

1. B l m "Devletin Uluslararası Hukuka G re Haksız Tasarrufu" / 1. Başlık "Genel İlkeler": Madde 1: *Devletin uluslararası hukuka g re haksız tasarruflarından sorumluluğu*: Devletin uluslararası hukuka g re haksız her tasarrufu uluslararası sorumluluğunu gerektirir.

Madde 2 *Devletin Haksız Tasarrufunun Unsurları*: Bir fiil veya ihlalden oluşan tasarruf, Uluslararası Hukuka g re devlete atfedilebiliyorsa ve Devletin uluslararası bir y k ml l ğ n  ihlal ediyorsa, devletin tasarrufu uluslararası hukuka g re haksız bir tasarruf oluşturur.

Madde 3 *Devletin tasarrufunun uluslararası hukuka g re "haksız" olarak nitelendirilmesi*: Bir tasarrufun uluslararası hukuka g re haksız olarak nitelendirilmesi uluslararası hukuka tabidir; aynı tasarrufun i  hukuka g re meşru sayılması bu nitelendirmeyi etkilemez.

bir uluslararası yükümlülüğün ihlali ve bu ihlalin devlete yüklenebilmesi koşullarına bağlıdır<sup>46</sup>. Buna göre devlet, üstlendiği bir uluslararası yükümlülüğün gerektirdiği şekilde hareket etmelidir; buna aykırı davranışlar uluslararası yükümlülüğün ihlali anlamına gelir ve devletin uluslararası sorumluluğu söz konusu olur. Bu uluslararası yükümlülüğün, kaynağı ve niteliği konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Kural olarak, devletin, başka bir devlet vatandaşıyla akdettiği sözleşme ihlallerinden dolayı, uluslararası düzeyde devletin sorumluluğu doğmaz. Ancak bu sözleşme ihlalinin, tek başına ya da başka koşullarla birlikte değerlendirildiğinde, ulusal mahkeme kararının reddi sebeplerinden birine<sup>47</sup> veya kamulaştırmaya vücut veriyorsa, o zaman devletin uluslararası sorumluluğu doğar<sup>48</sup>.

Şemsiye klozun, yatırım sözleşmelerindeki yükümlülükleri de kapsadığını savunan görüşe göre, yatırım sözleşmelerinin ihlali de, bu kapsamda değerlendirilmelidir; çünkü şemsiye klozda yer alan yükümlülüklerle riayet şartı ile yatırım sözleşmesindeki yükümlülüklerle riayet etme yükümlülüğü bir uluslararası yükümlülük haline gelmiştir. Şemsiye kloz da DİYA'da yer alan "en çok gözetilen ulus kaydı", "tazminatsız kamulaştırmama" vs. gibi uluslararası bir hukuk ilkesinin yansımasıdır ve uluslararası bir

---

3. Başlık *Uluslararası Yükümlülük İhlali*: Madde 12 *Uluslararası yükümlülük ihlalinin varlığı*: Devletin tasarrufu, kaynağı veya niteliği ne olursa olsun bir yükümlülüğün gerektirdiği tasarrufla uygunluk içinde değilse, devletin uluslararası yükümlülüğünü ihlal etmesi söz konusu olur.

Madde. 32: Sorumlu devlet bu bölümdeki yükümlülüklerine ilişkin kusurunu kendi iç hukuk kurallarına dayanarak meşru hale getiremez.

<sup>46</sup> Melda Sur *Uluslararası Hukukun Esasları Genişletilmiş 2. Baskı* 2006 Beta Yayınevi, s. 236, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 4. Bası Clarendon Press – Oxford s. 432.

<sup>47</sup> *Denial of Justice*: söz konusu ilke, uluslararası örf ve adet hukukunun temel ilkelerinden biridir. "Ulusal mahkemeler, ne kadar bağımsız olurlarsa olsunlar, bir devlet kurumudurlar ve "adil yargılama", "hakkaniyet ve nısfete uygun muamele" vs. gibi uluslararası yükümlülüklerle aykırılık yaratabilirler. Paulsson kitabında bu ilkenin üç temel unsuru olduğundan bahsetmiştir: 1. Bu ilke her zaman usule ilişkindir. 2. Devletlerin sorumluluğu mükemmel bir yargılama sistemi yaratmak değil; yargılama sistemindeki hatalardan kaçınmak ve bu hataları düzeltmektir. 3. Bu ilkenin kapsamı, önceden belirlenemez ve objektif bir kriter oluşturulamaz. Ayrıca belli bir sınırlandırma da yapılamaz; çünkü bu ilkenin uygulanmasına yol açan tasarruflar çok çeşitlidir." Jan Paulsson, **Denial of Justice in International Law** Cambridge University Press, 2005 [www.cambridge.org/uk/catalogue/catalogue.asp?isbn=0521851181](http://www.cambridge.org/uk/catalogue/catalogue.asp?isbn=0521851181).

<sup>48</sup> Ian Brownlie, age s. 547.

yükümlülük doğurur. Bu ilke, Andlaşmalar Hukukuna dair 1969 Viyana Konvansiyonu m. 26'da da ifade edilen, *pacta sunt servanda* ilkesidir.

Andlaşmalar Hukukuna dair 1969 Viyana Konvansiyonunda yer alan kuralların çoğu, uluslararası örf ve âdet hukukunun yansımasıdır; örf ve âdet hukukunu açıklayıcı niteliktedir. Andlaşmaların bağlayıcılığına ilişkin *pacta sunt servanda* ilkesi de andlaşmalar hukukunun en temel ilkesini oluşturur<sup>49</sup>. *Pacta sunt servanda* ilkesi 1969 Viyana Konvansiyonu . 26'da yer alır:

### Bölüm III: Andlaşmalara Riayet, Andlaşmaların İfasi ve Yorumu

m. 26: *Pacta Sunt Servanda* : Yürürlükteki her andlaşma taraflar açısından bağlayıcıdır ve iyi niyetle ifa edilmelidir.

Şemsiye klozun sözleşme yükümlülüklerini de kapsadığını savunan görüşe göre; şemsiye kloz, 1969 Viyana Konvansiyonu . 26'da ifade edilen *pacta sunt servanda* ilkesinin bir görünümüdür ve dolayısıyla yatırım sözleşmesindeki yükümlülüklere riayet etmemek, hem şemsiye klozun ihlali hem de şemsiye klozda ifade edilen *pacta sunt servanda* (ahde vefa) ilkesinin ihlalidir.

El Paso v. Arjantin<sup>50</sup> ve BP-Pan American v Arjantin davalarında hakem heyetleri ABD – Arjantin arasındaki yatırım andlaşmalarındaki şemsiye klozun akdi ihlalleri uluslararası hukuk ihlaline dönüşmeyeceğine karar vermiştir. Diğer taraftan LG&E v.

---

<sup>49</sup> Sir Ian Sinclair, **The Vienna Convention on the Law of Treaties**, 2. Bası Manchester University Press.

<sup>50</sup> “Şemsiye klozun bu denli geniş yorumlanmasının geniş kapsamlı sonuçları, ulusal hukuk düzeni ve uluslararası hukuk düzeni arasındaki farkı yıkıcı hale getirir. Şemsiye klozla ilgili ilk dava olan *SGS v. Pakistan*'da bu konu açıkça anlaşılmıştır. Devletlerarası yatırım andlaşmasında yer alan şemsiye kloz, yabancı yatırımın korunmasına ilişkin ilkelere riayet borcunu çok aşar. Şemsiye klozun geniş yorumlanarak, devletin uluslararası alanda sorumlulu tutulması gerektiğinin kabulü ve dolayısıyla herhangi bir taahhüdünün ihlali halinde, devletin ulusal ve uluslararası hukuka göre sorumlu tutulmasının kabul edilmesi tuhaf

*olurdu.*” El Paso kararı p. 82, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement IIA MONITOR No. 4 (2006) International Investment Agreements UNITED NATIONS New York and Geneva, 2006 s. 9 d. 10'dan naklen.

[www.unctad.org/sections/dite\\_pccb/docs/webiteia200611\\_en.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite_pccb/docs/webiteia200611_en.pdf)

Arjantin davasında hakem heyeti Arjantin'in belirli akdi taahhütleri iptal etmesini şemsiye kloza dayanarak uluslararası sorumluluğa yol açtığı görüşündedir<sup>51</sup>.

ICSID tahkiminde ne de herhangi başka bir tahkimde hali hazırda Türkiye aleyhine şemsiye kloza dayalı başlatılmış bir yargılama yoktur. Şemsiye kloza dayalı açılan ve bu klozun etkilerinin, kapsamının ve niteliğinin tartışıldığı iki ICSID kararı vardır. Kararlarda yatırımcının iddiaları şemsiye kloza dayalı ICSID hakem heyetinin yetkili olduğuna; ev sahibi devletin savunmaları ise şemsiye klozun ICSID hakem heyetinin yetkisini tesis edemeyeceğine ilişkindir. İddia ve savunmaların gerekçeleri şemsiye klozu etrafında inceleyebilmemiz ve sorunları daha iyi görebilmemiz açısından önemlidir. İki davada da tarafların iddia ve savunmaları benzerdir. Bu yüzden öncelikle her iki davada da uyuşmazlığa konu DİYA ve yatırım sözleşmesi maddelerini, daha sonra tarafların, kısaca, iddia ve savunmalarını, en sonunda da hakem heyetlerinin şemsiye kloza bakış açıları ve karar, gerekçeleriyle açıklanacaktır.

### **E. Şemsiye Kloza ilişkin Tahkim İçtihadı**

Şemsiye Kloz uzun zamandır bilinmesine rağmen, içtihatlarla konu olması henüz çok yenidir. Şemsiye kloza ilk işaret eden ICSID davası 1998'de açılan Fedax NV v. Venezuela davasıdır. Bu davada şemsiye klozun varlığına rağmen derinlemesine bir inceleme yapılmamıştır; dava konusunu incelediğimiz de zaten böyle bir incelemenin yapılmasının gerekli olmadığını da görürüz; çünkü davacı şemsiye kloz yanında, andlaşmada yer alan diğer başka uluslar arası hukuk ilkelerinin de ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dolayısıyla mahkemenin yetkisi, diğer andlaşma hükümlerinin açık ihlaline dayanmaktadır. Kararda Venezuela'nın, şemsiye klozda yer alan, yatırımla ilgili taahhüt ve yükümlülüklerin eksiksiz ifası ve çeklerde yer alan ödeme taahhütlerine uyma ile yükümlü olduğuna hükmedilmiştir. Hakem heyetine göre Venezuela, taahhütlerine riayet etmemekle yatırım andlaşmasındaki şemsiye klozu da ihlal etmiştir.

---

<sup>51</sup> **Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement IIA MONITOR No. 4 (2006)** International Investment Agreements UNITED NATIONS New York and Geneva, 2006 s.5.

Şemsiye klozun kapsamlıca değerlendirildiği ilk dava, SGS Soci t  G n rale de Surveillance S.A v. Pakistan İslam Cumhuriyeti davasıdır. İkinci dava ise SGS Soci t  G n rale de Surveillance S.A v. Filipin Cumhuriyeti davasıdır. Bu iki dava şemsiye klozun kapsamını açıklığı kavuşturulmaktan ziyade, bu konuda iki farklı yaklaşım ortaya koyarak, tartışmaları yoğunlaştırmıştır.

Birleşmiş Milletler 2006 Ticaret ve Gelişme Konferansı, uluslararası tahkim merkezlerinde açılan davaları sebeplerine göre sınıflandırmıştır. Konferansın raporuna göre, davalar, “en çok gözetilen ulus kaydı, hakkaniyet ve nısfete uygun muamele, kamulaştırma, şemsiye kloz, devletin ızdırar hali”ne dayandırılmıştır. Şemsiye kloza dayalı açılan son davalarda, şemsiye kloz hakkındaki ilk SGS v. Pakistan kararından beri hakem heyetleri tarafından takip edilen muhalif görüşler bir kez daha vurgulanmıştır<sup>52</sup>.

Konunun daha iyi anlaşılması amacıyla şemsiye klozun yorumu ile ilgili önemli davalar aşağıda açıklanmıştır:

### ***1. SGS Soci t  G n rale de Surveillance S.A v. Pakistan İslam Cumhuriyeti Kararı (ARB/01/13)***

06.08.2003 tarihli ICSID'in yetkisine ilişkin bu karar, davacının SGS Soci t  G n rale de Surveillance S.A adlı bir İsviçre gözetim şirketinin, Pakistan İslam Cumhuriyetine karşı açtığı ICSID tahkimi sonunda verilmiştir.

SGS firması ithal ve ihraç edilecek malları yüklemeye önce ve sonra denetleyen bir gözetim firmasıdır . SGS tarafından verilen gözetim hizmeti, sadece kalite, nicelik ve ihracat piyasa fiyatını kapsamaz; aynı zamanda ihracat düzenlemelerine riayet edilmesini, malların açıklanan değerinin ve vergilendirilmesi için sınıflandırmayı da kapsar. Buna ek olarak gümrük harçları ve vergi sisteminin modernleştirme konusunda katkıda bulunur.

29 Eylül 1994'te Pakistan Devleti ile SGS firması “ Pakistan'ın ithal ettiği ürünleri tasnif etmek, sevkiyattan önce bu malların gümrük değerlerini tesbit etmek ve Pakistan' a

---

<sup>52</sup> **Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement IIA MONITOR No. 4 (2006)**  
International Investment Agreements UNITED NATIONS New York and Geneva, 2006  
s.5,[www.unctad.org/sections/dite\\_pcbb/docs/webiteiia200611\\_en.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite_pcbb/docs/webiteiia200611_en.pdf), E.T.: 12.02.2007.

giren malların uygun vergi sınıflandırmalarını yetkililere tavsiye etmek” konularına ilişkin bir sevkiyat öncesi gözetim sözleşmesi akdederler. Pakistan, bu incelemeler sonucu verilen temiz raporlarına güvenerek gümrük harç ve vergilerini toplama niyetindedir.

Sevkiyat öncesi gözetim sözleşmesinde “Tahkim ve Amir Hukuk” başlıklı uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bir madde vardı; bu maddeye göre bu sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir anlaşmazlık, öncelikle *dostane* yollarla çözülecektir. Bu şekilde bir çözüme varılamaması halinde yürürlükteki Pakistan Tahkim Kanunu’na göre tahkime gidilecektir. Tahkim yeri İslamabad ( Pakistan ) ve tahkim dili İngilizcedir.

Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra iki taraf da diğer tarafın yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmediğini iddia etmişlerdir. Pakistan, SGS’ in faaliyetlerini sözleşmeye aykırı bulmuş; SGS de Pakistan devletinin faaliyetlerini sözleşmeye aykırı bulmuştur. Sonunda, Pakistan 11.03.1997’ den itibaren geçerli olmak üzere, 12.12.1996’da sözleşmeyi feshetmiştir. SGS bu feshin haksız ve geçersiz olduğunu, hem sevkiyat öncesi gözetim sözleşmesinin, hem de İsviçre – Pakistan Arasındaki Yatırımların Teşviki ve Korunmasına ilişkin Andlaşma hükümlerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

SGS önce, Cenevre (İsviçre) mahkemesinde Pakistan aleyhine dava açmıştır. İlk derece mahkemesi SGS’ nin taleplerini, sözleşmedeki tahkim şartı ve egemen devletin yargı bağımsızlığı gerekçelerine dayanarak reddetmiştir. Temyiz mahkemesi de bu kararı onayınca İsviçre’ deki yargılama süreci 23.06.2000’ de son buluyor.

11.10.2000’ de Pakistan, Tahkim Kanunu m. 20’ ye göre İslamabad mahkemesine taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için hakem atanması talebiyle başvurmuş ve SGS bu tahkime de itiraz etmiştir.

İslamabad’daki tahkim sürecinin başlamasından bir buçuk sene sonra 10.10.2001’ de SGS, Pakistan Dışişleri Bakanlığına, uyuşmazlığı şu gerekçelerle ICSID tahkimine taşıyacağını bildirmiştir: Pakistan SGS hizmetleri karşılığı faturaları ödememiştir, Pakistan’ın tasarrufları ve ihlalleri yatırıma ilişkindir ve Pakistan DİYA’ da uyuşmazlıkların çözümü için ICSID tahkimine rıza göstermiştir. Bu gerekçelere dayanarak SGS 12 Ekim 2001’ de ICSID tahkimine başvuruyor. Pakistan ise, ahde vefa ilkesi gereği yatırım sözleşmesindeki geçerli tahkim şartına uyulması gerektiğini, uyuşmazlığın yatırım sözleşmesinden kaynaklandığını, bu durumda ICSID hakem heyetinin yetkili

olamayacağını; yetkili olduğunun kabulü halinde bile sözleşmedeki tahkim yolu tüketilmeden ICSID' e başvurmanın çok erken, zamansız bir adım olduğunu savunmuştur.

SGS v. Pakistan ICSID tahkimi sonucunda, hakem heyeti yetki konusunda şu şekilde karar varmıştır:

- a. Hakem Heyetinin İsviçre – Pakistan Arasındaki Yatırımların Teşviki ve Korunmasına Dair Andlaşmanın ev sahibi ülke Pakistan tarafından ihlal edildiğine dair SGS'nin iddiaları ve talepleri hakkında yargı yetkisi vardır.
- b. Mahkemenin yatırım sözleşmesinin ihlaline ilişkin talepler ve iddialar hakkında yargı yetkisi yoktur.

Yukarıdaki kararda görüldüğü üzere, hakem heyeti yetkisi hakkında konu bakımından bir ayırım yapmıştır. Yatırım sözleşmesinde yer alan tahkim şartını dikkate almış ve yatırım sözleşmesinin ihlalinden doğan uyuşmazlıklar hakkında, münhasıran Islamabad'daki tahkim mahkemesinin yetkili olduğu sonucuna varmıştır. Böylelikle mahkeme, şemsiye klozun yatırım sözleşmesini kapsadığını kabul etmemiş ve İsviçreli yatırımcı firma SGS'nin, "Pakistan'ın yatırım sözleşmesini ihlal etmekle, aynı zamanda şemsiye klozu da ihlal ettiğine ilişkin" iddialarını reddetmiştir<sup>53</sup>.

## ***2. SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Filipinler Cumhuriyeti ICSID Kararı (ARB/02/06)***

29.01.2004 tarihli yetkiye ilişkin bu karar, davacının SGS Société Générale de Surveillance S.A adlı bir İsviçre gözetim şirketi, davalının da Filipin Cumhuriyeti olduğu ICSID tahkim yargılaması sonunda verilmiştir. Dikkat edilirse davacı yukarıda verilen davada yer alan davacı ile özdeştir.

1980'li yıllarda Filipinler kaynak ülkelerine, sevkiyat öncesi ithal malların fiyatı, miktar ve kalite kontrolünü de içeren kapsamlı bir ithalat gözetim hizmeti sağlamak amacıyla denetçi atamaya karar verir. Filipinler bu nedenle SGS ile nitelik, miktar ve fiyat karşılaştırmalarını içeren ithal malların kapsamlı gözetimine ilişkin 1986 tarihli bir sözleşme akdeder. 31.11.2000'e kadar belli dönemlerde söz konusu sözleşme yenilenegilir. Ancak

---

<sup>53</sup> Gerekçeleri ilerleyen bölümlerde açıklanacaktır.

SGS'in hizmetleri karşılığında talep ettiği miktar ve devletin ödeme yapmaması üzerine uyuşmazlık baş gösterir.

SGS, Filipinler – İsviçre arasındaki DİYA hükümlerinin ihlal edildiği gerekçesiyle ödenmeyen tutar için ICSID'e tahkim talebini iletmiştir. SGS talebini ICSID konvansiyonunda merkezin yetkisini tayin eden m. 25'e dayandırmıştır. Davacının iddiasına göre bu maddede yer alan (1) hukuki (2) doğrudan doğruya yatırımdan doğan (3) sözleşen devlet ile diğer sözleşen devletin vatandaşı arasında ortaya çıkan ve (4) tarafların ICSID tahkimine yazılı rıza gösterdikleri uyuşmazlıklar' da ICSID hakem heyetinin yetkili olmasına ilişkin şartlar gerçekleşmiştir. Filipinler ise savunmasında ihtilafın, yatırım sözleşmesinden kaynaklandığını, dolayısıyla yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki gözetim sözleşmesinden doğan ihtilaflar hakkında Filipinler mahkemesinin yetkili olduğunu savunmuştur. Buna ek olarak Filipinler' in DİYA' da ICSID tahkimine rıza vermesi, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde ICSID tahkimine rıza gösterdiği anlamına gelmez, sonuç olarak Filipinlerin rızasının varlığı iddia edilemez<sup>54</sup>.

SGS v. Filipinler hakem heyetinin kararı, SGS v. Pakistan hakem heyetinin kararından yaklaşık beş ay sonra yayınlanmıştır. Karara bakıldığında, çoğunlukla SGS v. Pakistan hakem heyeti kararına ve gerekçelerine gönderme yapıldığı ve çoğunlukla söz konusu kararla aynı çizgide olmadığı görülmektedir. Karara baktığımızda, mahkemenin yetkili olduğunu; fakat davacının davasının, "kabul edilebilir" olmadığına karar verdiğini görüyoruz. Hem DİYA'daki hem de yatırım sözleşmesindeki tahkim şartına bakıldığında, iki tahkim şartı da "yatırım ihtilaflarına" ilişkindir. yatırım sözleşmesi – yatırım andlaşması şeklinde bir ayırım yanlıştır. Sonuçta mahkeme, dava konusu ihtilaf hakkında yetkilidir; ancak davada, "kabul edilebilirlik şartı" gerçekleşmemiştir; çünkü yatırım sözleşmesinde başka bir mahkeme yetkilendirilmiştir. SGS v. Filipinler ve SGS v. Pakistan kararlarının sonuç kısmını karşılaştıracak olursak;

- İki hakem heyetinin, "yetki" kavramına yükledikleri anlam farklıdır. SGS v. Pakistan heyeti sözleşme ve DİYA'da iki farklı tahkim şartı bulunmasını, sözleşmeden ve

---

<sup>54</sup> Yazılı rıza hakkında geniş bilgi için bakınız: "ICSID tahkimine gidilebilmesi için Konvansiyon m. 25' teki ev sahibi devletin rızası sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflar için de gerçekleşmiş midir?" s. 44 vd.

DİYA'dan doğan ihtilaflar için iki farklı tahkim yargılamasının yetkili kılındığı şeklinde yorumlarken; SGS v. Filipinler hakem heyetş sözleşme – DİYA ayırımı yapmamıştır; uyuşmazlığın yatırımdan doğması aranmalıdır, sözleşme – DİYA ayırımı uyuşmazlığın kaynağı bakımından önemli değildir.

- SGS v. Filipinlere göre, sorun yetkiye ilişkin değildir; çünkü DİYA'da yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin yetki şartında ICSID yetkili kılınmıştır; ancak yatırım sözleşmesinde yer alan farklı bir mahkeyeyi yetkili kılan yetki şartı, ICSID'in davayı görmesine engeldir. Bu da bir yetki sorunu değil; kabul edilebilirlik sorunudur. SGS v. Pakistan hakem heyetine göre ise, DİYA'da ve yatırım sözleşmesinde yer alan farklı tahkim şartlarının, kapsamı da farklıdır. Uyuşmazlığın, DİYA ihlalinden mi yoksa yatırım sözleşmesi ihlalinden mi kaynaklandığı önemlidir.

Ancak ilginç olan şudur ki; iki hakem heyeti yetki konusunda birbirine zıt kararlar vermiş olmalarına rağmen, ikisi de yatırım sözleşmesinden doğan ihtilaflar bakımından sözleşmede yer alan (SGS v. Filipinlerdeki İsviçre – Filipinler DİYA'daki) yetki / (SGS v. Pakistandaki İsviçre – Pakistan DİYA'daki) tahkim şartını dikkate almışlar ve uyuşmazlık hakkında karar vermekten kaçınmışlardır.

### ***3. Eureka B.V v. Polonya Cumhuriyeti ad hoc Tahkim Kararı***

19.08.2005 tarihli bu karar, davacının Eureka B.V adlı bir Hollanda şirketi, davalının da Polonya Cumhuriyeti olduğu ad hoc tahkim yargılaması sonunda verilmiştir. 18.03.1999'da Polonya hükümeti ve Hazine Müsteşarlığı, devlete ait Powszechny Zakład Ubezpieczen S.A ve Powszechny Zakład Ubezpieczen ma Zycie S.A adlı sigorta şirketlerinin %30 hissesini, özelleştirme politikaları doğrultusunda satma kararı alır<sup>55</sup>. Bu karar doğrultusunda söz konusu şirketin %30 hissesinin satılması için yabancı gazetelerde, yabancı yatırımcılara yönelik halka arz ilanı verilir. Bunun sonucunda Eureka B.V ve Big Bank Gdanski S.A ve Polonya Hazine Müsteşarlığı arasında bir hisse satım sözleşmesi akdedilir. Böylece Eureka B.V hisselerin % 20'sini, diğer şirket ise %10'unu satın alır. Böylelikle iki şirket toplam 700 milyon Euro yatırım yaparlar. İlerleyen süreç

---

<sup>55</sup>Eureka B.V v. Polonya Cumhuriyeti ad hoc Tahkim Kararı s.10, p. 36 vd.

içerisinde Eureko B.V ile Polonya Hükümeti ve Hazine Müsteşarlığı arasında çeşitli hukuki uyuşmazlıklar çıkar<sup>56</sup>.

11.02.2003'te Eureko B. V şirketi, ev sahibi devlet Polonya tarafından 7.09.1992 tarihli "Hollanda – Polonya arasındaki Yatırımların Korunması ve Karşılıklı Teşvikine Dair Andlaşma"nın çeşitli hükümlerinin ihlal edildiği gerekçesiyle tahkime başvurmuştur. Eureko B.V şirketi tahkim başvurusunda, Polonya hükümetinin ayrımcı ve haksız muamelede bulunduğunu ve davacı şirketin Polonya hükümetinin tasarrufları sonucu yatırımdan umduğu faydayı elde edemediğini belirtmiştir. Eureko B. V şirketine göre, ev sahibi devlet; a. Hakkaniyet ve nisfete uygun muameleye dair DİYA m. 3.1, b. Yatırımların korunması ve teşvikine dair DİYA m. 3.2, c. Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmelerin çeşitli maddelerinde yer alan taahhütlere riayet etmediği için DİYA m 3.5'te yer alan "taahhütlere riayet" kaydına aykırı davranmıştır.

Tahkim yargılaması sonucunda hakem heyeti, ev sahibi devlet Polonya'nın Hollanda ile arasındaki Yatırımların Korunması ve Teşvikine Dair Andlaşmanın, hakkaniyet ve nisfete dair m. 3.1 ve taahhütlere riayet kaydını içeren şemsiye kloz m. 3.5'in ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>57</sup>.

#### **4. Noble Ventures, Inc. v. Romania ICSID Tahkim Kararı (ARB/01/11)**

*Noble Ventures, Inc. v. Romania Kararı*, davacının Noble Ventures adlı bir Amerikan şirketi, davalının da Romanya olduğu ICSID tahkim yargılaması sonunda verilmiştir. Noble Venture özellikle doğu Avrupa ülkelerine demir – çelik sektöründe danışmanlık hizmeti veren bir şirkettir. Romanya'da, 1992 yılında, kamu kurumlarını özelleştirilmesi amacıyla, tüzel kişiliği haiz bir fon kurulmuş ve yabancı şirketler Romanya'nın bu özelleştirme politikası doğrultusunda, söz konusu tüzel kişiliği haiz fonla (SOF) yatırım anlaşmaları imzalamışlardır. Noble Ventures şirketi de, Combinatul Siderurgic Resita (CSR) isimli büyük bir çelik fabrikasının devralınması, yönetimi ve çalıştırılmasına ilişkin SOF'la bir özelleştirme anlaşması imzalamıştır.

---

<sup>56</sup> Eureko B.V v. Polonya Cumhuriyeti ad hoc Tahkim Kararı s.36, p. 78 vd.

<sup>57</sup> Eureko B.V v. Polonya Cumhuriyeti ad hoc Tahkim Kararı s.86, p. 262.

Özelleştirme sırasında iktidarda bulunan hükümet özelleştirme politikalarını destekliyordu. Ancak, anlaşmanın imzalanmasından sonra iktidarın değişmesiyle, yeni iktidar, yabancı yatırımlara karşı ayrımcı muamele ve kamulaştırma girişimlerinde bulunmuştur. Bu yüzden Noble Ventures şirketi ABD – Romanya DİYA'daki tahkim şartında yetkili kılınan ICSID'e başvurmuştur. Tahkim yargılaması sonucunda ICSID hakem heyeti, tüm yatırım sözleşmesi ihlallerinin aynı zamanda andlaşma ihlali oluşturması gerekçesiyle yetkili olduğuna karar vermiştir.

**F. ICSID tahkimine gidilebilmesi için Konvansiyon m. 25' teki ev sahibi devletin rızası sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflar için de gerçekleşmiş midir? Ev sahibi devlet salt yatırım sözleşmesi ihlalleri için de ICSID'i yetkili kılmış mıdır?**

Yatırımcılar şemsiye klozda yer alan taahhütlere riayet kaydını, yatırımcı ev sahibi devlet arasındaki sözleşmede yer alan taahhütleri / yükümlülükleri de kapsar şekilde yorumlamakta ve bunun sonucunda ev sahibi devletin sözleşmeye aykırı tasarruflarının, aynı zamanda yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine ilişkin andlaşmanın ihlali niteliğinde olduğunu ve dolayısıyla DİYA'da yer alan tahkim şartının, yatırımcı – ev sahibi arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar hakkında da geçerli olduğunu iddia etmektedirler.

ICSID Konvansiyonu<sup>58</sup> m. 25/1<sup>59</sup> ICSID tahkim mekanizmasının işletilebilmesi için gerekli ön şartları düzenlemiştir. Buna göre “Merkezin yetkisi sözleşme tarafı devlet (veya bu devlet tarafından Merkeze bildirilmiş devlet dairesi veya makamı) ile diğer sözleşme tarafı devletin vatandaşı arasındaki bir hukuki ihtilaf hakkında, tarafların ihtilafı Merkeze götürme konusunda yazılı rıza vermeleri halinde söz konusu olur. Taraflar yazılı rıza verdikten sonra, bu rızalarını tek taraflı geri alamazlar.

<sup>58</sup> ICSID CONVENTION, REGULATIONS AND RULES  
[www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm](http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm). s. 18 ET: 17.01.07

<sup>59</sup> 25 (1) “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.”

Yazılı rızanın varlığı tahkim mekanizmasını işletilebilmesi için gerekli ön şartlardan biridir, yazılı rızanın yokluğu halinde Merkez o ihtilaf hakkında yetkisizlik kararı vermek zorundadır. ICSID Genel Sekreterliğine tahkim başvurusu yapıldığı anda, tarafların Merkezin yetkisine yazılı rızaları bulunmalıdır; aksi halde sekreterlik tahkim ya da uzlaşma başvurusunu reddeder<sup>60</sup>. Bunun dışında konvansiyonda yazılı rızanın ne zaman, nasıl yapılmasına ilişkin bir hüküm yoktur. Merkezin yönetim kurulunun hazırladığı raporda yazılı rızanın niteliği hakkında biraz daha geniş bilgi vardır.

Konvansiyonda Merkezin yetkisinin tek bir sözleşmede yer alması gerektiğine ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. Dolayısıyla ev sahibi devlet, Yatırımların Teşviki ve Korunmasına ilişkin iç hukuk düzenlemesinde belli yatırım çeşitlerinden doğan ihtilafın Merkeze sunulmasına ilişkin bir teklifte (icap) bulunabilir<sup>61</sup> ve yatırımcı da bu teklifi kabul ederek yazılı rızasını verebilir. Bu şekilde icabın önce ve kabul beyanının da sonradan yapılmasıyla taraflar Merkezin yetkisi hakkında yazılı olarak uzlaşmış olurlar.

Sonuç olarak yazılı rıza, yatırım anlaşmasında gelecekte ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar hakkında;

- mevcut uyuşmazlığın ICSID tahkim mekanizmasıyla giderilmesine dair, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki bir anlaşma ya da
- Ev sahibi devletin mevzuatındaki yer alan bir hükmün, daha sonra yatırımcı tarafından kabulü ya da
- Devlet tarafından andlaşmada yapılan icabın daha sonra yatırımcı tarafından kabul edilmesi şeklinde olabilir<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> ICSID Konvansiyon m. 28/3 ve m. 36/3.

<sup>61</sup> SPP v. Mısır davasında Mısır yatırım mevzuatı uyuşmazlıkların çözümünü için taraflara 3 seçenek vermiştir: taraflar arasındaki anlaşma ya da devletlerarası andlaşmada yer alan uyuşmazlıkların çözümüne dair şart ya da ICSID konvansiyonunda yer alan mekanizma. Taraflar arasındaki sözleşmede uyuşmazlığa dair bir şart bulunmadığından, hakem heyeti, mevzuatta yer alan bu hüküm sebebiyle ICSID tahkim mekanizmasının yetkili olduğuna karar vermiştir. SGS v. Pakistan s. 339, d. 126'dan naklen.

<sup>62</sup> **ICSID** Convention, Regulations and Rules / REPORT OF THE EXECUTIVE DIRECTORS ON THE CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES s. 43 p. 24,

**SGS v. Pakistan** davasında, davacı SGS adlı yatırımcı firmanın iddiasına göre, yatırımcı – ev sahibi devlet arasındaki sözleşmede ICSID tahkimini yetkili kılan bir şart yoktur ve dolayısıyla SGS ile yapılan sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda ICSID tahkimine gidileceğine dair bir uzlaşma yoktur. Ancak sözleşmeden sonra yürürlüğe giren DİYA'da böyle bir şart vardır. Ev sahibi devlet bu andlaşmada ICSID tahkiminin yetkili kılınması için açık bir icapta bulunmuş, böylece Konvansiyon m. 25 (1)' de gerekli rızasını ifade etmiş ve SGS de Pakistan Dışişleri Bakanlığına bir dilekçeyle, ICSID tahkimine başvuracağını belirtmiş, böylelikle bu icabı kabul etmiş ve uzlaşma gerçekleşmiştir<sup>63</sup>.

Pakistan savunmasında ise; Konvansiyon m. 25'te tarafların diğer tüm kanun yollarını devre dışı bırakan, münhasır bir yetki şartının bulunması gerektiğini ifade ediyor; maddenin görüşme tutanaklarına bakıldığında da burada amacın, aynı anda aynı uyuşmazlık hakkında birden fazla tahkim mekanizmasının işleminin engellenmesi olduğu görülüyor . SGS de ICSID'e başvurmadan önce başka bir tahkim mekanizmasını kabul etmiş ve hatta Pakistan'ın bu sözleşmeye dayanarak işlettiği Islamabad'taki tahkim sürecine katılmış, sonuç olarak SGS'in de ICSID tahkiminin münhasır yetkisini kabul etmemiştir<sup>64</sup>.

SGS, bu savunmalara cevap olarak, Islamabad'taki tahkim heyetinin yetkisinin, Pakistan devletiyle yapılan yatırım sözleşmesinde yer alan tahkim şartına dayandığı ve dolayısıyla bu heyetin sadece söz konusu imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında yetkili olduğu, bunun dışında kalan uyuşmazlıklarda yetkili olmadığı; ICSID hakem heyetinin ise yetkisini DİYA'daki tahkim şartından aldığı ve bu şartın tüm yatırım uyuşmazlıklarını kapsadığı, yatırımcının tahkime rızası için Konvansiyon m. 25'te bir süre ön görülmediğini, dolayısıyla ICSID hakem heyetinin halen münhasıran

---

[www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm](http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm) E.T.: 17.01.07

, SGS v. Filipinler s. 17, p. 45/d.

<sup>63</sup> SGS v. Pakistan Yetkiye İlişkin Karar s. 309 p. 4; s. 316 p. 32; s. 333 p. 87.

<sup>64</sup> SGS v. Pakistan Yetkiye İlişkin Karar s. 329, p. 70.

yetkili olduğu, ayrıca Islamabad'taki tahkimin ICSID tahkimini etkilemeyeceği iddialarında bulunmuştur<sup>65</sup>.

Hakem heyeti kararında DİYA'da ICSID'in yetkisinin münhasır olmadığına dair bir ifade olmadığını belirtmiş ve başka gerekçelere de dayanarak DİYA uyuşmazlıkları hakkında yetkili olduğuna karar vermiştir<sup>66</sup>.

**SGS v. Filipinler** davasında SGS, yine Konvansiyon m. 25 (1)' deki tüm şartların yerine gelmiş olduğunu ve hakem heyetinin göre yetkili olduğunu iddia etmiş, Filipinler de ICSID tahkimine yazılı rızalarının olmadığı savunmasında bulunmuş ve ICSID hakem heyetinin yetkisine itiraz etmiştir<sup>67</sup>.

SGS' ye göre Filipinler ICSID tahkimine rızasını, İsviçre ile Filipinler arasındaki Yatırımların Korunması ve Teşvikine ilişkin andlaşma m. 4'te vermiştir, Filipinlerin ICSID tahkimine yazılı ve bağlayıcı rızasının tarihi DİYA'nın yürürlüğe giriş tarihidir. SGS de tahkim talebinde bulunmuştur, böylelikle Konvansiyon m. 25'te yer alan tarafların rızası şartı gerçekleşmiştir<sup>68</sup>. DİYA'da tarafların ICSID tahkimine rızasının münhasır olmadığına veya önceki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin anlaşmaya tabi olduğunu gösteren bir emare de yoktur. DİYA m VIII /2 yatırımcıya açıkça, uyuşmazlığı yerel kanun yollarına ya da uluslararası tahkime gitme konusunda bir seçim hakkı vermektedir. Yani Filipinler yatırımcı ile aralarındaki imtiyaz sözleşmesinde hem de DİYA'da uyuşmazlıkların çözümüne dair iki farklı mekanizma ön görmüş, hangisinin önceliği olacağına dair son kararı yatırımcıya bırakmıştır. Hem imtiyaz sözleşmesinin DİYA'nın yürürlüğe girmesinden yaklaşık 8 sene önce akdedilmiş olması hem de DİYA m. VIII'de yer alan seçim hakkı sonucu, yatırımcı, uyuşmazlığı milli mahkemelere ya da uluslararası tahkime götürebilir. SGS, Filipinler'in uyuşmazlığı ICSID'e götürme konusundaki icabını kabul etmiştir. Aksi bir yorum yabancı yatırımcıyı, ev sahibi devletin meşru olmayan tasarrufları veya ihlalleri hakkında, uluslararası tahkim mekanizmasında karar verilmesi imkanından mahrum etmek

---

<sup>65</sup> SGS v. Pakistan Yetkiye İlişkin Karar s. 342, p. 119, 120.

<sup>66</sup> SGS v. Pakistan Yetkiye İlişkin Karar s. 357, p. 152.

<sup>67</sup> SGS v. Filipinler Yetkiye İlişkin Karar s. 6,7, p. 16,17.

<sup>68</sup> SGS v. Filipinler Yetkiye İlişkin Karar s. 17, p. 45,46,47.

anlamına gelir ve böyle bir sonuç DİYA'yı yatırımları teşvik olan amacından saptırmak olur<sup>69</sup>.

Filipinler bu iddialara cevap verdiği yetki itirazında tarafların rızasının, ICSID tahkiminin yetkisi için köşe taşı olduğunu ve böyle bir rızanın Filipinler tarafından verilmediği savunmasında bulunmuştur. İsviçre – Filipinler yatırım anlaşması, uluslararası hukuk kuralı niteliğinde olan yükümlülükleri düzenler ve ancak böyle bir yükümlülük ihlalinde Filipinlerin ICSID tahkimine rızası vardır. Hakem heyeti rızanın varlığını kabul etse bile, bu rıza ancak DİYA'nın yürürlüğe giriş tarihinden sonra ortaya çıkan ihlallere uygulanabilir<sup>70</sup>. Yani SGS'in faturalarının ödenmediğine ilişkin davada gene ICSID hakem heyetinin yetkili olduğu kabul edilemez; çünkü fatura tarihleri DİYA'nın yürürlüğe girmesinden daha öncedir<sup>71</sup>.

Bu iddia ve savunmalar ışığında, hakem heyeti tarafların rızası ve yetkiye ilişkin bir karara varmıştır. Buna göre ICSID tahkim yargılaması 2002'de başladığına ve de İsviçre – Filipinler DİYA 1999'da yürürlüğe girdiğine göre, bu tarihten sonra, imtiyaz sözleşmesindeki milli mahkemeleri yetkili kılan şart dahil, diğer tüm kanun yolları hariç tutulmuştur; yani bu tarihten sonra, uyuşmazlıklar hakkındaki tek yetkili kuruluş ICSID'tir. DİYA'nın hukuki etkisiyle ilgili bu gerekçeden ayrı olarak, en azından aynı konuda birbirinden farklı iki tane düzenleme olduğu gerçeği vardır. İmtiyaz sözleşmesi m. 12 ve daha ileri tarihli, ICSID tahkimini yetkilendiren DİYA m. VIII vardır. Kural olarak, tarafları ve konusu aynı olan sonraki anlaşma, öncekini ilga eder<sup>72</sup>. Görüldüğü gibi hakem heyeti, SGS'nin gerekçelerine dayanmamakla beraber, Filipinlerin ICSID tahkimine rızası olduğuna işaret etmektedir.

SGS v. Pakistan kararında ve SGS v. Filipinler kararında açıkça ifade edilmemekle beraber iki farklı yaklaşım vardır:

- SGS v. Pakistan kararında hakem heyeti Pakistan'ın sadece DİYA uyuşmazlıklarında ICSID tahkimine rızası olduğunu, yatırımcıyla aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili olmadığını belirtmiştir. Hakem

<sup>69</sup> SGS v. Filipinler Yetkiye İlişkin Karar s. 18,19, p. 50.

<sup>70</sup> SGS v. Filipinler Yetkiye İlişkin Karar s. 19, p. 51.

<sup>71</sup> SGS v. Filipinler Yetkiye İlişkin Karar s. 21, p. 59/d.

<sup>72</sup> SGS v. Filipinler Yetkiye İlişkin Karar s.55, p. 144 vd.

heyeti, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık ve taleplerde yetkisizlik kararı verdiği göre, ev sahibi devletin, yatırımcıyla yaptığı sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında ICSID tahkimine rıza göstermediği görüşünde olduğunu kabul edebiliriz.

- SGS v. Filipinler kararında ise hakem heyeti DİYA'dan kaynaklanan uyuşmazlıklar – yatırım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ayırımı yapmamış ve DİYA'daki yetki şartıyla yatırım sözleşmesindeki yetki şartını eş değerde görerek, sonraki anlaşma öncekini ilga eder kuralı gereği, ev sahibi devletin, hukuki temeli ne olursa olsun, tüm yatırım uyuşmazlıkları hakkında ICSID tahkimine rıza verdiği hükmetmiştir.

Devletlerarası yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine ilişkin andlaşmalarda da çoğu zaman uluslararası tahkim ve özellikle ICSID tahkim mekanizması, uyuşmazlıkların çözümü için ön görülür. Kuşkusuz bu tahkim şartı söz konusu andlaşmadan doğan uyuşmazlıklar içindir. Andlaşmalara baktığımızda ise yatırımcıyı koruyan hemen hemen benzer hükümlerin yer aldığını görürüz: örneğin hakkaniyet ve nisfete uygun muamele, yabancılara vatandaşlarla eşit muamele, en çok gözetilen ulus kaydı, tazminatsız kamulaştırmama gibi. Bunlar ev sahibi devletin DİYA'da yer alan, yatırımcıya güvenli ve uygun yatırım iklimi sağlamaya elverişli yükümlülükleridir: örneğin ev sahibi devlet ya da bir devlet kurumu yatırımcıyla bir yatırım sözleşmesi akdetse ve daha sonra ev sahibi devlet, yatırımlarını kamulaştırırsa ya da elverişli yatırım ortamını bozan ve yatırımcının yatırımdan beklediği faydayı azaltan ya da yatırımın devamı için gereken elverişli şartları ortadan kaldıran veya buna benzer tasarruflarda bulursa, sadece yatırım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle aykırı davranmış olmaz; aynı zamanda andlaşmadaki taahhütlerine / yükümlülüklerine de aykırı davranmış olur.

Andlaşmada ICSID tahkim mekanizmasını yetkili kılan şart hiç şüphesiz bu andlaşmadan doğan uyuşmazlıkların halli içindir, ancak yukarıda da görüldüğü gibi, andlaşmada yer alan hükümlerin ihlali, ev sahibi devletin yatırımcıyla akdettiği sözleşmenin ihlali halinde de söz konusu olabilir. Fakat ev sahibi devletin hangi tasarruflarının, örneğin tazminatsız kamulaştırmama ya da hakkaniyet ve nisfete uygun

muamele yükümlülüğüne aykırı olduğu belirlenebiliyorken, hangi tasarruflarının taahhütlere / yükümlülükler riayet kaydını içeren şemsiye kloza aykırı olduğu belirlenemiyor şimdilik; çünkü bu hükmün kapsamı, anlamı henüz çok soyuttur.

Sonuç olarak, ev sahibi devletin yatırımcıyla akdettiği sözleşmedeki yükümlülükler aykırı bazı tasarrufları hem andlaşma hem de yatırım sözleşmesinin ihlali anlamına gelebilir; öyleyse ev sahibi devletin “Yatırımcıyla akdedilen yatırım sözleşmesinde, ICSID tahkimini yetkili kılan şart yoktur, dolayısıyla bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde Konvansiyon m. 25 / 1’ de gereken rızam da yoktur.” savunması uluslararası hukuk ilkesi yaratan DİYA hükümleri için kanımızca doğru kabul edilemez.

SGS v. Pakistan ve SGS v. Filipinler davalarında şemsiye kloza ilişkin geniş bir inceleme yapılmıştır. Fakat her iki hakem heyetinin konuyu irdeleme tarzı birbirinden farklıdır. Her iki hakem heyeti de şemsiye klozu tek bir başlık altında incelememiş, şemsiye klozun anlam ve kapsamını tesbit etmek için farklı sorulara cevap aramışlardır. Şemsiye kloz başka kararlara da konu olmuştur, ancak kapsamlı olarak incelenmemiştir. Söz konusu kararlara bakıldığında hakem heyetlerinin ya SGS v. Pakistan ya da SGS v. Filipinler kararından etkilenmiştir. Şemsiye kloz hakkında ilk kapsamlı inceleme yapan SGS v. Pakistan hakem heyetinin şemsiye klozu inceleme tarzı ve izlediği yol öncelikle verilecektir. Sonrasında SGS v. Filipinler hakem heyetinin inceleme tarzı verilecektir.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TAHKİM KARARLARI

#### A) SGS V. PAKİSTAN ICSID KARARI<sup>1</sup>

SGS v. Pakistan hakem heyeti, şemsiye klozu kapsamlı şekilde inceleyen ilk uluslararası hakem heyetidir. Uluslararası tahkim mahkemelerinde daha önce bu konuda kapsamlı bir inceleme yapılmamıştır<sup>2</sup>. SGS v. Pakistan hakem heyeti şu soruların cevabını aramıştır:

- i. Davacının ev sahibi devletin yatırım andlaşmasının bazı maddelerini ihlal ettiğine dair andlaşma talepleri hakkında mahkemenin yetkisi var mıdır?
- ii. Yatırım andlaşmasının ihlali hakkında ICSID hakem heyetinin yetkisi var mıdır?
- iii. ICSID hakem heyetinin yatırım sözleşmesi ihlalleri ve talepleri hakkında yargı yetkisi var mıdır?
- iv. Şemsiye Klok, Yatırım Sözleşmesi İhlalini, DiYA İhlaline Dönüştürür mü?

Hakem heyeti, şemsiye klozla yukarıdaki sorunları birbiriyle bağlantılı görmüştür. Aşağıda SGS v. Pakistan hakem heyetinin, bu sorulara verdiği cevaplar ve bakış açısı yer almaktadır:

#### 1. Davacının ev sahibi devletin yatırım andlaşmasının bazı maddelerini ihlal ettiğine dair andlaşma talepleri hakkında mahkemenin yetkisi var mıdır?

ICSID'i yetkili kılan tahkim şartı yatırım andlaşmasında yer alır. Mahkeme, bu tahkim şartına dayanarak yetkisinin kapsamını araştırmıştır. Hakem heyeti sadece andlaşma ihlalleri hakkında mı yetkilidir? Yoksa yatırım sözleşmesi ihlalleri bakımından da yetkili midir?

Kural olarak, aynı olaylar iç hukuk ve uluslararası hukuk düzenlerine dayalı olarak farklı talepleri ortaya çıkarabilir. İç hukuka göre meşru bir fiil, uluslararası hukuka aykırı olabilir. Yatırım andlaşmasında yer alan bazı maddeler, iç hukuktan bağımsızdırlar; iç hukuka aktarılabilirler; ancak başlı başına bir uluslararası hukuk kuralı değildirler. Buna göre yatırım andlaşmasının ihlali, sözleşme ihlali anlamına gelmeyebileceği gibi; sözleşme ihlali de illâki

<sup>1</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Islamic Republic of Pakistan ARB/01/13 [www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf).

<sup>2</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 362, p. 164.

yatırım andlaşması ihlali anlamına gelmez. Devletin bir fiilinin uluslararası hukuka göre “haksız” olarak nitelendirilmesi, uluslararası hukuka tabidir. Bu nitelendirme, iç hukukun aynı fiili meşru olarak nitelendirmesinden etkilenmez. Bu genel kuraldan yola çıkarsak; bir andlaşma ihlalinin mi yoksa sözleşme ihlalinin mi söz konusu olduğu, farklı sorunlardır. Bunlara ilişkin sorunlar tabii oldukları hukuka göre değerlendirilecektir: Andlaşma talepleri uluslararası hukuka göre, yatırım sözleşmesi talepleri de sözleşmedeki âmir hukuka göre değerlendirilecektir<sup>3</sup>.

Uluslararası sorumluluk konusunda, uluslararası ve iç hukukun ayırımı ILC m. 3 şerhlerinde şu şekilde yer almıştır: “İç hukuka uyma ve andlaşma şartlarına uyma farklı meselelerdir. Andlaşma maddesinin ihlali olan bir tasarruf, iç hukuka uygun ya da iç hukuka aykırı bir fiil andlaşmaya göre tamamen meşru olabilir. Kamu kurumunun tasarrufunun, iç hukuka aykırı olması, aynı fiilin bir andlaşma maddesinin ihlali ya da başka şekilde mutlaka uluslararası hukuka da aykırı olduğu anlamına gelmez<sup>4</sup>. Hakem heyetine göre, sözleşme ihlalleri ve andlaşma ihlalleri farklı kavramlardır, dolayısıyla bu ihlallere dayalı talepleri sözleşme talepleri ve andlaşma talepleri olarak nitelendirmek gerekir.

Uluslararası bir tahkim mahkemesi önüne gelen davada, uyuşmazlığın temeli bir yatırım sözleşmesiye, mahkeme bu sözleşmede yer alan geçerli bir yetki şartını dikkate alacaktır<sup>5</sup>. Diğer taraftan uyuşmazlığın esası bir tarafın ihlal ettiği iddia olunan ve yatırım andlaşmasında yer alan, iç hukuktan bağımsız uluslararası bir hukuk kuralıysa, sözleşmede yer alan münhasır tahkim şartı andlaşmadaki yetki şartının uygulanmasına engel olamaz<sup>6</sup>.

## **2. Yatırım Andlaşmasının İhlali Hakkında ICSID Hakem Heyetinin Yetkisi**

İsviçre – Pakistan DİYA m. 9, ev sahibi devlet ile diğer devletin yatırımcısı arasında, yatırıma ilişkin uyuşmazlıkların çözümü konusunda yetki şartını içerir.

Andlaşma M. 9:

- (1) Taraf devlet ile diğer taraf devlet arasında yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların halli için ilgili taraflar arasında müzakereler yapılacaktır.
- (2) Bu müzakereler on iki ay içinde sonuç vermez ve ilgili yatırımcı yazılı rıza verirse, uyuşmazlık ICSID’e götürülecektir.

<sup>3</sup> Vivendi p. 95, 96, SGS v. Pakistan p. 146, s. 352.

<sup>4</sup> Vivendi p. 97, SGS v. Pakistan p. 147, s. 353.

<sup>5</sup> Vivendi p. 98, SGS v. Pakistan p. 148, s. 353.

<sup>6</sup> Vivendi p. 101, SGS v. Pakistan p. 150, s. 356.

Lafzen bu maddede andlaşmadan kaynaklanan – sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık şeklinde bir ayırım yapılmamıştır. Ancak bu, ev sahibi devletin diğer taraf devletin yatırımcısına karşı muamele esaslarını oluşturan ve yatırım andlaşmasında yer alan iç hukuktan bağımsız uluslararası hukuk kurallarının ihlalini oluşturan bir uyuşmazlık olmalıdır<sup>7</sup>. Yukarıdaki maddede yatırımcının başvurabileceği tek kanun yolu ICSID'dir. DİYA'dan kaynaklanan veya başka bir şekilde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar için seçimlik bir hak tesis edilmemiştir<sup>8</sup>. Taraf devletler de ICSID'in yetkisinin DİYA anlamında münhasır olmadığını belirtmemişlerdir.

DİYA (11.07.1995) yatırım sözleşmesinden (29.09.1994) sonra imzalanmıştır. Bu yüzden tarafların, andlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıklar ve talepler hakkında yatırım sözleşmesindeki tahkim yargılamasını ve Pakistan Tahkim Kanununu yetkili kıldıkları söylenemez. Ancak andlaşma önceki yatırım ihtilaflarına uygulanabilir<sup>9</sup>. Dikkat edilmesi gereken başka bir husus da, tarafların andlaşma ihlalleri hakkında sözleşmede yetkili kılınan tahkim sürecini başlatmamış olmalıdır. Ayrıca İslamabad'daki tahkim sürecinde de taraflar DİYA ihlalleri hakkında karar verilmesi talebinde bulunmamışlardır; yani taraflar da DİYA ihlali - sözleşme ihlali şeklinde bir ayırım yapmışlardır. Böyle bir talep olsa ve İslamabad tahkim heyeti DİYA ihlalleri hakkında karar vermiş olsaydı bile, bu, ICSID hakem heyetinin DİYA talepleri ve ihlalleri hakkında karar verme yetkisini ortadan kaldırmazdı<sup>10</sup>.

Sonuçta ICSID hakem heyetinin DİYA ihlalleri ve talepleri hakkında karar verme yetkisi vardır. ICSID hakem heyetinin DİYA talepleri hakkındaki yetkisi, hiçbir surette İslamabad hakem heyetiyle ortak değildir<sup>11</sup>.

### **3. ICSID Hakem Heyetinin Yatırım Sözleşmesi İhlalleri ve Talepleri Hakkında Yargı Yetkisi**

Genelde Devletlerarası yatırım andlaşması ve ev sahibi devlet – yatırımcı arasındaki sözleşmede, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin iki farklı mekanizma öngörülür. Bu iki farklı yetki şartının varlığından, hangisinin önceliği ya da üstünlüğü olduğu, kapsamlarının aynı olup olmadığı gibi bazı sorunlar doğar. Sözleşmedeki tahkim şartını taraflar özgür iradeleriyle kararlaştırdıkları ve DİYA'ya nazaran yabancı yatırımcının yatırımla daha yakından ilgili olduğu için, üstün mü tutmak gerekir; yoksa sonradan yürürlüğe giren DİYA'daki yetki şartı,

<sup>7</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 357, p. 150.

<sup>8</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 357, p. 151.

<sup>9</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 358, p. 153.

<sup>10</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 358, p. 154.

<sup>11</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 358, p. 155.

sözleşmedeki farklı yetki şartını ilga mı etmiştir? DİYA'daki tahkim şartı yabancı yatırımla ilgili her uyuşmazlığı kapsar mı; yoksa sadece uluslararası hukuk kurallarının ihlallerini mi kapsar? Bu gibi sorular ICSID hakem heyetinin, yatırımla ilgili bir uyuşmazlıkta iki farklı yetki şartı bulunduğu durumlarda karşılaştığı sorulardır.

DİYA m. 11'de yer alan şemsiye kloz bu şartlar altında değerlendirildiğinde, hakem heyeti, söz konusu maddenin SGS'nin, yatırım sözleşmesinden doğan taleplerini andlaşma taleplerine dönüştürdüğü görüşünde değildir. Burada DİYA'da yer alan ilkelerin ihlali niteliğinde olmayan, yatırım sözleşmesi ihlalleri hakkında mahkemenin yetkisi olup olmadığı araştırılacaktır<sup>12</sup>.

SGS v. Pakistan davasında, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin farklı mekanizmalar ön gören, tarafların aynı olduğu iki sözleşme söz konusu değildir. DİYA ve sözleşme tarafları özdeş değildir. Sorun daha temel bir konuya ilişkindir: Bir tarafta âkit taraflar, yatırım sözleşmesinde uyuşmazlıkların çözümü hakkında anlaşmış; diğer tarafta ise âkit ev sahibi devlet, söz konusu yatırım sözleşmesinin akdinden sonra, DİYA'da uyuşmazlıkların tahkime götürülebilmesi için genel bir icapta bulunmuştur. Önce akdedilen yatırım sözleşmesi, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların bir kısmı ya da tümü için DİYA'ya nazaran önceliğe sahip midir? Yoksa DİYA mı yatırım sözleşmesine nazaran önceliğe sahiptir<sup>13</sup>?

Yatırım sözleşmesi m. 11.1'e bakıldığında, İslamabad'daki tahkimin, en azından yatırım sözleşmesinden doğan, DİYA ile ilgili olmayan uyuşmazlıklar hakkında yetkili olduğu rahatlıkla söylenebilir; buna mevcut davanın konusu olan sözleşmenin haksız feshi de dahildir. Bu nedenle hakem heyeti davacının, şemsiye klozun, tüm yatırım sözleşmesi ihlallerini DİYA ihlallerine dönüştürdüğü iddiasını kabul etmemiştir<sup>14</sup>.

Yatırım sözleşmesinden ve DİYA'dan doğan uyuşmazlıkların hepsinin "yatırım uyuşmazlığı" olarak nitelendirilebileceğini, hakem heyeti kabul etmiştir. Bu, uyuşmazlıkların *esasına* ilişkindir, yoksa uyuşmazlığın *hukuki temeline* ilişkin değildir. Başka deyişle, DİYA m. 9'da yer alan "yatırım uyuşmazlığı" tabirinin illâki, hem DİYA hem de yatırım sözleşmesi ihlallerini kapsamasını gerektirmez. Ayrıca DİYA m. 9'daki tahkim şartının, İsviçreli yatırımcılarla davalı ev sahibi devlet arasındaki yatırım sözleşmesinde yer alan ve ICSID' ten farklı bir tahkim mekanizması ön gören geçerli bir yetki şartının yerine geçtiği ya da bunları ortadan kaldırdığı

<sup>12</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 359, p. 156.

<sup>13</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 360, p. 159.

<sup>14</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 360, p. 160.

söylenemez. Hakem heyeti, bu sebepten dolayı, ne ICSID' i öngören DİYA m. 9'da ne de DİYA'nın diğer hükümlerinde, salt sözleşmeden doğan taleplere ilişkin yetkinin münhasıran ICSID' te olduğu anlamına gelen bir ifade göremediğini belirtmiştir. Zaten davacı ve davalı da salt yatırım sözleşmesinden doğan talepleri İslamabad'daki tahkime götürmüştür. Hakem heyetine göre, yatırım sözleşmesindeki tahkim şartı, aynı zamanda andlaşma ihlali anlamına gelmeyen sözleşme ihlallerine ilişkin olduğu sürece, geçerli bir tahkim şartıdır. Hakem heyeti, tarafların anlaşmayla, salt sözleşmesel talepler hakkında ICSID' i yetkili kılamayacaklarını iddia etmemiştir. Taraflar, aynı zamanda DİYA ihlali oluşturmayan yatırım sözleşmesi ihlalleri nedeniyle ICSID' i yetkili kılabilirler. Eğer söz konusu uyuşmazlıklar hakkında taraflar yatırım sözleşmesinde ICSID' i yetkili kılarlarsa, hakem heyetinin salt yatırım sözleşmesi ihlalleri hakkındaki yetkisi bu anlaşmaya dayanır; yoksa ICSID yetkisini DİYA'daki ICSID'i yetkilendiren tahkim şartından almaz<sup>15</sup>.

Aynı soruyla, Salini & Italstrade v. Fas<sup>16</sup> davasındaki hakem heyeti de karşılaşmıştır. 16.07.2001 tarihli bu ICSID kararında, davacı taraf Salini Costruttori S.p.A. ve Italstrade S.p.A adlı İtalyan şirketleri ve davalı taraf da Fas Krallığıdır. Société Nationale des Autoroutes du Maroc adlı sınırlı sorumlu (limited) şirketi (kısaca ADM), ilgili Bakanlıkla bir imtiyaz sözleşmesi imzalar ve otobanların devlet adına yapımı, bakımı konusunda anlaşır. ADM şirketi 1994'te imtiyaz sözleşmesinin kapsamı dahilinde, Rabat – Fès otobanının yapımı için uluslararası bir davet yapar ve yukarıda belirtilen İtalyan şirketlerle anlaşır. Söz konusu otobanın yapımı, davacının iddiasına göre, kötü hava, maddi engeller vs. gibi nedenlerle, sözleşmede kararlaştırılan süreden daha uzun sürer. Fas Krallığı da, müteahhit İtalyan şirketlerinin defalarca başvurusuna rağmen ödemeyi yapmaz. Bunun üzerine İtalyan şirketi, DİYA ve yol yapımına ilişkin sözleşmenin ihlal edildiği gerekçesiyle İtalya – Fas DİYA'da yetkili kılınan ICSID tahkimine başvurmuştur. Mahkeme İtalyan şirketlerinin, DİYA ihlali oluşturmayan yatırım sözleşmesi ihlalleri hakkında yetkili olmadığına karar verdi<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 361, p. 161.

<sup>16</sup> Decision on Jurisdiction ARB/00/4 Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A

v. Kingdom of Morocco E.T.: 25.01.07

[www.investmentclaims.com/decisions/Salini-Morocco-Jurisdiction-23Jul2001.pdf](http://www.investmentclaims.com/decisions/Salini-Morocco-Jurisdiction-23Jul2001.pdf).

<sup>17</sup> Salini & Italstrade v. Fas Krallığı s. 610, p.1-6; s. 624.

Sonuç olarak ICSID hakem heyeti DİYA ihlali oluşturmayan yatırım sözleşmesi ihlalleri hakkında yetkili değildir<sup>18</sup>.

#### 4. Şemsiye Klok, Yatırım Sözleşmesi İhlalini, DİYA İhlaline Dönüştürür mü?

İsviçre – Pakistan DİYA m. 11’de şemsiye klok yer alır: DİYA m. 11: “ Her bir âkit taraf, diğer âkit tarafın yatırımcısının yatırımları bakımından üstlendiği taahhütlere uymayı garanti eder.”

DİYA m. 11’de yer alan şemsiye klokun hukuki etkisini inceleyecek ilk uluslararası tahkim heyeti SGS v. Pakistan hakem heyetidir. Daha önce ne ICSID ne de başka uluslararası bir tahkim heyeti bu konuda karar vermemiştir. Şemsiye klokun anlam ve kapsamının yorumunda, Andlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Konvansiyonu<sup>19</sup> m. 31<sup>20</sup> etkilidir. Şemsiye klozu incelerken, Viyana Konvansiyonu m. 31’in dikkate alınması gerekir. Bu nedenle şemsiye klozu yorumlarken, öncelikle söz konusu maddede kullanılan ifadeleri, bulunduğu cümle bağlamında, olağan

---

<sup>18</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 361, p. 162.

<sup>19</sup> **Vienna Convention on the Law of Treaties**

[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) E.T.:16.01.07

<sup>20</sup> Madde 31 - Genel Yorum Kuralı

1. Bir Antlaşma, Antlaşmanın içeriği ile bağlantılı olarak, konu ve amacının ışığında, terimlerin olağan anlamına uygun biçimde ve iyi niyetle yorumlanmalıdır.

2. Bir Antlaşmanın yorumlanması bakımından, Antlaşmanın içeriği, Antlaşmanın girişi ve eklerini kapsayan Antlaşma metnine ilaveten, aşağıdakileri kapsar:

a) Antlaşmanın akdedilmesi'yle bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan Antlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma;

b) Antlaşmanın akdedilmesiyle bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca Antlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.

3. Andlaşmanın içeriği ile birlikte aşağıdakiler de dikkate alınır:

a)Antlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili olarak taraflar arasında sonradan yapılan herhangi bir anlaşma,

b) Tarafların Antlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatım tespit eden Antlaşmanın uygulanmasıyla ilgili daha sonraki herhangi bir

uygulama,

c) Taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.

4. Tarafların bir terime özel bir anlam vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o anlam verilir.

anlamını yükleyerek ve İsviçre – Pakistan DİYA m. 11'in konusu ve amacı ışığında değerlendireceğiz<sup>21</sup>.

Bir andlaşma hükmü yorumlanırken, bu hükmün ve andlaşmanın bütünündeki amaç göz önüne alınmalıdır. Andlaşmanın yorumlanmasına dair uluslararası hukuk kuralları uygulandığında, DİYA m. 11'deki şemsiye klozun, yatırım sözleşmesinde yer alan geçerli bir tahkim şartı karşısında, bu sözleşmeden doğan tüm talepleri andlaşma talepleri seviyesine yükselttiğine dair, davacının iddiasını hakem heyeti aşağıdaki nedenlerden dolayı, ikna edici bulmamıştır<sup>22</sup>:

İlk olarak DİYA m. 11 lafzen davacının savunduğu anlamı yansıtmaktan uzaktır. Şemsiye klozun geniş yorumu, şu sonuca varılmasına yol açar: "Bir tarafın sürekli olarak riayet edeceğini garanti ettiği taahhütler, yatırım sözleşmesindeki taahhütlerle sınırlı değildir. DİYA m. 11'de belirtilen taahhütler, tüzel kişi olarak devletin ya da bir kurumunun taahhütleri olabilir. O zaman, söz konusu taahhütler kanuni, idari düzenlemelerde de yer alabilir.". Ancak kanuni, idari ya da sözleşmesel taahhütlere riayet edileceğine dair sürekli garanti, yeni bir uluslararası hukuk yükümlülüğünün oluşturulması ya da kabulü anlamına gelmez. Tek cümlelik bir maddenin sınırları çok genişler ve kapsamı belirsiz olur. Bu yüzden, davacı şemsiye klozdan bu anlamları çıkartsa da, söz konusu maddenin olağan anlamından bu sonuçlar çıkmaz<sup>23</sup>.

Genel kabul görmüş uluslararası bir hukuk kuralından daha önce bahsettik: bir ülkenin yatırımcısıyla ev sahibi devlet arasında yapılmış bir sözleşmenin ihlali, başlı başına bir uluslararası hukuk ihlali değildir. Davacının iddiaları, maddenin olağan anlamına çok uzak sonuçlar içermektedir ve bir tarafa çok ağır külfet yüklemektedir. Andlaşmadaki taahhütlere riayet kaydını içeren şemsiye klozda, tarafların niyetinin sözleşme taahhütleri dahil tüm idari, kanuni taahhütleri andlaşma kapsamına almak olduğuna dair açık ve inandırıcı bir delil yoktur<sup>24</sup>.

Davacının m. 11'de yer alan şemsiye kloza ilişkin geniş yorumunu kabul edersek, şu sonuçlar ortaya çıkar:

- a. Şemsiye klozun geniş yorumu, sınırsız sayıda yatırım sözleşmesini ve diğer iç hukuka tabi tüm taahhütleri DİYA'ya dahil etmesi sonucunu doğurur. Bunların ihlali, andlaşma ihlali olarak kabul edilir.

<sup>21</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 362, p. 164.

<sup>22</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 362, p. 165.

<sup>23</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 362, p. 166.

<sup>24</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 363, p. 167.

- b. Şemsiye klozun bu şekilde yorumlanması yatırımların teşvikine ilişkin 3. maddenin, yatırımların korunmasına ve adil ve hakkaniyete uygun muamele hakkındaki 4. maddenin ve tazminatsız kamulaştırmamaya ilişkin 6. maddeyi anlamsız bırakır. Ev sahibi devletin basit bir yatırım sözleşmesi ihlalini bile andlaşma ihlali olarak yorumlanması halinde bu maddelere ihtiyaç yoktur. Şemsiye kloz tarafların bu denli geniş taahhütlerini kapsıyor olsaydı, andlaşmadaki bu hüküm yeterliydi; diğer hükümlere gerek yoktu.
- c. O zaman yatırımcı istediği zaman tarafların serbest iradesiyle kararlaştırdığı, geçerli bir tahkim şartını etkisiz hale getirebilir, ortadan kaldırabilir. Bu şekilde menfaatler dengesi bozulur<sup>25</sup>.

Hakem heyeti DİYA m. 11'i bu şekilde yorumlamasına, bir başka gerekçe olarak da, söz konusu maddenin andlaşma içindeki yerini göstermiştir; şemsiye kloz, taraf devletlerin üstlendiği 3. ve 7. maddeler arasında yer alan esas yükümlülüklerinden<sup>26</sup> değildir<sup>27</sup>.

Hakem heyeti, İsviçre – Pakistan DİYA'sının yapısına ve düzenine dayalı olarak şu sonuca varmıştır; eğer İsviçre ve Pakistan asli bir yükümlülük oluşturmak isteseydiler, 3 ve 7. madde arasındaki yükümlülükler arasına koyarlardı<sup>28</sup>. Yukarıda açıklanan düşünceler ışığında, hakem heyeti DİYA m. 11'in davacı tarafından bu şekilde alışılmışın dışında genişleterek yorumlanmasının mantıklı olabilmesi için, söz konusu maddenin oldukça farklı bir ifade tarzına sahip olması gerektiği sonucuna vardı. Hakem heyetine göre, uygun yorum tarzı, öğretideki daha makul bir ilkedir: *in dubio pars mitior est sequenda* : tereddüt halinde uç yorumlardan kaçılır, orta yol izlenir<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 364, p. 168.

<sup>26</sup> M. 3 : Akit taraflar, kanunları ve düzenlemeleriyle yatırımları teşvik edeceğini kabul eder. M. 4: Haksız ve ayrımcı önlemlerle yatırımın değerinin düşürülmesi, yatırımdan beklenen yararın azaltılması; diğer devletin yatırımcılarına karşı hakkaniyet ve nısfete uygun muamele. M. 5 Kapsam dahilindeki yatırıma ilişkin ödemelerin serbest transferi. M. 6: etkili, yeterli ve haklı tazminat ve kamu yararı olmadan kamulaştırma veya kamulaştırma niteliğinde olan önlemler yasaktır. M. 7: en çok gözetilen ulus kaydı.

<sup>27</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 364, p. 169.

<sup>28</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 365, p. 170.

<sup>29</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 365, p. 171.

Davacı kendisinin yorumundan başka bir yorumun, DİYA m. 11'i etkisiz bırakacağını savunmuştur; davacıya göre bu, andlaşmaların yorumunda etkililik ilkesine aykırıdır<sup>30</sup>. Mahkeme sözleşme ihlallerinin DİYA ihlallerine dönüşeceği konusunda, tarafların anlaşma yapamayacağını iddia etmiyor. Taraflar tüm sözleşme ihlallerinin DİYA ihlali sayılacağını kararlaştırabilirler. Fakat burada İsviçre ve Pakistan'ın DİYA m. 11'i kabul etmekte niyetinin, sözleşme ihlallerini DİYA ihlallerine dönüştürme niyeti olduğuna dair açık ve inandırıcı bir ibare yoktur. SGS'nin m. 11'e ilişkin iddiaları, açık ve net gerekçelere dayanmadığı için reddedilmiştir.

Derdest davanın bulunması, davacıyı ICSID'e gitmekten alıkoyar mı? Ne bis in idem: aynı konu iki farklı yargılama yapılmamasına ilişkin ilke ve derdest davanın varlığı, ICSID tahkim yargılaması karşısında bir hukuki engel oluşturur mu? Mahkemeye göre talepler aynı olmadığı için iki farklı yargılama yapılabilir<sup>31</sup>.

## **B) SGS v. FİLİPİNLER KARARI<sup>32</sup>**

SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Filipinler Cumhuriyeti (kısaca SGS v. Filipinler Kararı) şemsiye klozu incelerken, aşağıdaki soruları incelemiş ve bu soruların cevapları ışığında, şemsiye klozla ilgili bir karara varmıştır. Bu sorular şunlardır:

- i. Şemsiye kloz, yatırım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar bakımından ICSID'i yetkili kılar mı?
- ii. "Yatırım uyuşmazlığı" ifadesi DİYA ihlali oluşturmayan salt yatırım sözleşmesi ihlallerini kapsar mı?
- iii. Mahkeme yatırım sözleşmesinde yer alan münhasır yetki şartına rağmen yargılama yetkisini kullanmalı mıdır?
- iv. Yatırım sözleşmesi ihlali niteliğinde olmayan salt DİYA ihlalleri hakkında yetkisi var mıdır?

Aşağıda SGS v. Filipinler hakem heyetinin bu sorulara verdiği cevaplar ve bakış açısı yer almaktadır:

<sup>30</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 366, p. 172.

<sup>31</sup> SGS v. Pakistan Kararı s. 367, p. 173.

<sup>32</sup> Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Republic of Philippines ARB/02/06 [www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf) E.T.:27.12.06

1. **Şemsiye kloz, yatırım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar bakımından ICSID'i yetkili kılar mı?**

Davacı yatırım sözleşmesindeki hizmet bedellerini ödememekle, davalının DİYA m. 10/2'de yer alan şemsiye klozu ihlal ettiğini ve mahkemenin de DİYA m. 8/2'de yer alan ve ICSID'i yetkili kılan tahkim şartına dayalı olarak bu ihlaller hakkında yetkili olduğunu iddia etmiştir.

Diğer yükümlülükler başlığı altında, daha lehte olan kanuni düzenlemelerin ve sözleşme hükümlerinin DİYA'daki hükümlerin üstünde olacağı yer alır. Hakem heyetinin görüşüne göre, bu madde DİYA çerçevesi içinde ev sahibi devlete yeni bir uluslararası borç yüklememektedir. İkinci fıkrada yer alan hüküm farklıdır:

DİYA m. 10/2 : Diğer Yükümlülükler

“ Her bir âkit taraf, diğer âkit taraf yatırımcısının yatırımlarıyla ilgili üstlenmiş olduğu yükümlülüklerle riayet edecektir.”

Hakem heyetine göre, burada emredici bir hüküm vardır ve “ yükümlülükleri“ ifadesi ulusal hukuktan, sözleşmeden doğan yükümlülükleri de kapsar niteliktedir. Bu maddeden ev sahibi devletin DİYA kapsamındaki yatırımlarla ilgili üstlenmiş olduğu veya gelecekte üstleneceği tüm yükümlülükleri kapsadığı mahkemeye göre, açıkça anlaşılır ve DİYA m. 10/2 bu andlaşma çerçevesinde etkili olarak yorumlanmalıdır<sup>33</sup>. DİYA'nın amacı da, söz konusu maddenin bu şekilde etkili yorumunu destekler. DİYA, yatırımın teşviki ve korunmasını amaçlar. İsviçre – Filipinler DİYA'nın önsözüne göre, tarafların niyeti ev sahibi devletin ülkesinde, diğer âkit tarafın yatırımcıları tarafından yapılan yatırımlar için elverişli koşullar yaratmak ve bunları korumaktır. Maddedeki belirsizlikler halinde yorum kapsam dahilindeki yatırımların korunması ve teşviki amacı göz önüne alınarak yapılmalıdır. Yatırımın ev sahibi ülkeye girişinde yapılan taahhütler, verilen garantilerin bağlayıcı olup olmadığı genelde ev sahibi ülkenin hukukuna tabidir. Eğer bu hukuka göre bağlayıcıysa, o zaman DİYA'nın kapsam ve amacı göz önüne alındığında, bu taahhütler ve garantiler DİYA'ya dahil edilmiş olur<sup>34</sup>.

Mahkeme SGS v. Pakistan davasına konu DİYA'daki şemsiye klozla, SGS v. Filipinler davasına konu İsviçre – Filipinler DİYA'sındaki şemsiye klozu ifade tarzı bakımından birbirinden farklı bulmuştur. İsviçre – Pakistan DİYA'sındaki şemsiye klozda yer alan “ yatırımlar bakımından

<sup>33</sup> SGS v. Filipinler s. 44, p. 115.

<sup>34</sup> SGS v. Filipinler s. 45, p. 117.

üstlenilen taahhütler” ifadesi, İsviçre –Filipinler DiYA’sında yer alan şemsiye klozda yer alan “ev sahibi devletin ülkesindeki yatırımlar bakımından üstlenilen yükümlülükler” ifadesine nazaran açık ve kesin değildir.

Mahkemeye göre SGS v. Pakistan hakem heyetinin şemsiye klozu bu kadar dar yorumlamasında dört neden vardır:

1. İlk neden şemsiye klozlarda yer alan ifade farklılıklarıdır. SGS v. Pakistan hakem heyeti şemsiye klozun çeşitli taahhütleri kapsayabileceğini ve SGS’nin yorumunun belirsiz genişlemeye yol açabileceği görüşündedir. İsviçre – Filipinler DiYA’sındaki şemsiye klozda sadece yatırım sözleşmesindeki yükümlülüklerle ilişkin değildir. İsviçre – Filipinler DiYA’sındaki şemsiye klozun uygulanabilmesi için hukuki bir yükümlülük olması ve bu yükümlülüğün belli bir yatırıma ilişkin olması gerekir. Yani genel karakterli herhangi bir hukuki taahhüt söz konusu değildir. Bu durumda bu maddenin geniş yorumlanması, SGS v. Pakistan heyetindeki endişelerin aksine, tüm kanuni, idari veya diğer tek taraflı taahhütleri uluslararası yükümlülük seviyesine yükseltmekten uzaktır<sup>35</sup>.
2. SGS v. Pakistan hakem heyeti şemsiye klozun geniş yorumuna karşı bir karine yaratmak için uluslararası hukukun genel ilkelerini uygulamıştır. dayanak yapılan ilke “yatırımcı – ev sahibi arasındaki bir sözleşme ihlalinin tek başına uluslararası hukukun ihlali olmadığı”dır. Bu ilke Vivendi davasındaki ad hoc heyetin kararıyla desteklenmiştir. Fakat Vivendi kararında şemsiye kloz yoktur. SGS v. Pakistan davasında ve SGS v. Filipinler davasında sorun, “yoruma” ilişkindir; yoksa uluslararası hukukun bir ilkesiyle ilgili değildir<sup>36</sup>.
3. SGS v. Pakistan hakem heyeti, şemsiye klozun geniş yorumunun, sözleşmelerde kararlaştırılan tahkim şartlarını ortadan kaldırıcı bir etkisi olduğu görüşündedir. SGS v. Filipinler hakem heyeti ise bunun, şemsiye klozun geniş yorumu sonucu olduğunu düşünmemektedir<sup>37</sup>. Filipinler kararının sonuç kısmında, ICSID hakem heyetinin yatırım sözleşmesinin ihlali hakkında karar verebileceği belirtilmiştir. Filipinler hakem heyetine göre, şemsiye kloz yükümlülüklerin ifasına ilişkindir; yani yatırım sözleşmesini ihlal edip etmediği hakkında karar verebilir. Ancak

---

<sup>35</sup> SGS v. Filipinler s. 46, p. 121.

<sup>36</sup> SGS v. Filipinler s. 46, p. 122.

<sup>37</sup> SGS v. Filipinler s. 47, p. 123.

borcun miktarını belirleme konusunda yatırım sözleşmesindeki hakem heyeti yetkilidir.

4. Son olarak, SGS v. Pakistan hakem heyeti görüşüne destek olarak, şemsiye klozun DİYA'nın sonunda yer almasını göstermiştir. Bu hakem heyetine göre şemsiye kloz eğer uluslararası bir hukuk ilkesi olsaydı, daha önce yer alırdı. Bu etmenin yorumda belli bir ağırlığı olabilir; fakat SGS v. Filipinler davasına konu DİYA'daki şemsiye kloz daha önce yer alır. Maddenin yeri yorum bakımından önemlidir; ancak şemsiye kloz her zaman sonda yer almaz. Bu yüzden bu gerekçeye dayanmak pek isabetli değildir<sup>38</sup>.

SGS v. Pakistan hakem heyeti, şemsiye klozun geniş yorumunun, yatırım sözleşmelerine geniş çapta uluslararası boyut kazandıracağı görüşündedir. Yatırım sözleşmeleri bu şekilde yatırım andlaşmasına dönüşecektir. Fakat İsviçre – Filipinler DİYA'sında durum böyle değildir. Andlaşma bağlayıcı olmayan, iç hukuk taahhütlerini uluslararası yükümlülüklerle dönüştürmemektedir ya da sözleşme hukuku sorunlarını andlaşmalar hukuku sorunlarına çevirmemektedir. Şemsiye kloz yatırım sözleşmelerindeki taahhütlerin kapsamına değil; üstlenilen yükümlülüklerin ifasına ilişkindir. Şemsiye klozun SGS v. Filipinler hakem heyetinin benimsediği şekilde yorumlanması; DİYA'daki yatırımların korunması ve teşviki amacına uygun olarak, yatırımcıya ev sahibi devletin yükümlülüklerine uyacağına dair bir güvence vermektedir<sup>39</sup>.

Özetle DİYA m. 10/2'de yer alan şemsiye kloz, ev sahibi devletin taraf olduğu yatırım sözleşmelerindeki taahhütleri ya da yükümlülükleri kapsar. Bu davada ev sahibi devletin sözleşmedeki esas borcu yatırımcının hizmetleri karşılığı olan parayı ödemektir. Bu da, ev sahibi devletin belli bir yatırımla ilgili üstlendiği bir yükümlülüktür. Fakat bu demek değildir ki, ev sahibi devletin ne kadar ödemekle yükümlü olduğu, yani borç tutarı bir andlaşma sorunudur. Borcun kapsamı yine sözleşmeye tâbidir ve sadece sözleşme hükümleriyle tesbit edilebilir<sup>40</sup>. Bu noktada hakem heyetinin görüşünü özetlersek; ev sahibi devletin sözleşmelerdeki yükümlülükleri dahil, tüm bağlayıcı taahhütlerini ihlal etmesi DİYA ihlalini oluşturur; ancak bu, taahhütlerin kapsam ve içeriğinin ne olduğu sorununu, uluslararası hukuk sorunu haline getirmez. Bu sorun (yatırım

---

<sup>38</sup> SGS v. Filipinler s. 47, p. 124.

<sup>39</sup> SGS v. Filipinler s. 48, p. 126.

<sup>40</sup> SGS v. Filipinler s. 48, p. 127.

sözleşmesine göre yatırımcının hizmetleri karşılığı ne kadar ödeneceği sorunu ) hâla yatırım sözleşmesine tâbidir<sup>41</sup>.

## 2. “Yatırım uyuşmazlığı” ifadesi DİYA ihlali oluşturmayan salt yatırım sözleşmesi ihlallerini kapsar mı?

Hakem heyeti, DİYA ihlali oluşturmayan yatırım sözleşmesi ihlalleri bakımından yetkili olup olmadığının tesbitini gerekli bulmuştur.

DİYA m. 8 âkit devlet ile diğer âkit devletin yatırımcısı arasındaki yatırım uyuşmazlıkların çözümünü düzenler. M. 8'e göre taraflar arasındaki uyuşmazlık müzakereler ışığında çözümlenemezse, yatırımcı, uyuşmazlığı “yatırımın yapıldığı ülkenin ulusal mahkemelerine ya da uluslararası tahkime götürebilir. Son halde yatırımcı, UNCITRAL’i ya da ICSID’i seçebilir<sup>42</sup>. Öncelikle m. 8’deki tahkim şartı, ev sahibi devlete karşı yatırımcının tüm yatırım uyuşmazlıklarını sunabileceği genel bir hükümdür. Maddede geçen “yatırım uyuşmazlıkları” ifadesi hukuki bir sınıflandırmayla sınırlandırılmamıştır. Tazminatsız kamulaştırmamaya ilişkin DİYA maddesine aykırı bir davranış da, yatırım sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık da “ yatırım uyuşmazlığı”dır<sup>43</sup>. Hakem heyeti hem yatırım sözleşmesinden hem de DİYA’dan doğan uyuşmazlıkların şemsiye klozda ifade edilen yatırım uyuşmazlığı olduğunu şu gerekçelere dayandırmıştır:

1. DİYA m. 8’de adı geçen çözüm merkezlerinin (ulusal mahkemeler, ICSID ve UNCITRAL hakem heyetleri) sözleşmelerdeki âmir sözleşme hukuku dahil, ev sahibi ülkenin hukukunu uygulama yetkisi vardır. Dahası, eğer DİYA tamamen iç hukuka dahil edilmediyse, ulusal mahkemelerin sadece kendi hukuklarını uygulama yetkisi olacaktır.
2. “Yatırım uyuşmazlığı” ifadesi âkit devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü düzenleyen DİYA m. 9’da yer alan ve daha özel bir ifade olan “bu anlaşmanın uygulanmasına ve yorumuna ilişkin uyuşmazlıklar” ifadesiyle karşılaştırılabilir. Eğer taraflar yatırımcı – evsahibi devlet arasındaki tahkimi DİYA ihlali oluşturan yatırım uyuşmazlıklarına indirgemek isteseydiler, bunu m. 9’daki gibi açıkça ifade ederlerdi.

<sup>41</sup> SGS v. Filipinler s. 49, p. 128.

<sup>42</sup> SGS v. Filipinler s. 49, p. 130.

<sup>43</sup> SGS v. Filipinler s. 49,50 p. 131.

3. DİYA'nın amacı daha önce belirtildiği gibi yabancı yatırımı teşvik etmek ve korumaktır. Yatırımcıya uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak seçimlik bir hak tanımak da bu amaçla uyumludur. DİYA'dan doğan ve yatırım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar şeklinde bir ayırım yapmak, aynı anda farklı yargılamaların olmasına ve yargı yetkisi konusunda belirsizliklere yol açar. İstisnaen böyle bir ayırım yapılabilir; ancak yatırım uyuşmazlıklarının tek bir mahkemede etkili bir çözümü için böyle bir ayırımdan uzak durmak gerekir.
4. SGS v. Pakistan hakem heyeti, şemsiye klozun geniş yorumlanmasıyla tüm yatırım uyuşmazlıklarının DİYA'daki tahkim şartı kapsamına sokulacağı ve bunun da yatırım sözleşmelerindeki tahkim şartını bertaraf edeceğini savunuyor. Pakistan hakem heyetinin görüşüne göre; eğer şemsiye klozun geniş yorumu kabul edilirse, o zaman yatırımcı ile ev sahibi devlet yatırım sözleşmesinde bir tahkim merkezi hakkında uzlaşsalar bile, yatırımcının elinde her zaman DİYA'da yer alan tahkim merkezine gitme konusunda saklı bir gücü olacaktır. SGS v. Filipinler hakem heyetine göre, devletlerin DİYA akdetmekle böyle bir sonucu kabul ettiklerine inanmak zor. Burada iki sorun vardır: birincisi "yatırım uyuşmazlığı" ifadesinin nasıl yorumlanacağı; ikincisi ise, sözleşmede yer alan münhasır yetki şartının DİYA'da yer tahkim şartına ve DİYA'da yer alan bu tahkim mahkemesinin yatırım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar / talepler hakkındaki yargı yetkisine etkisidir. DİYA'da yer alan genel ifadenin, sırf bazı yatırım sözleşmelerinde münhasır yetki şartı var diye sınırlandırılması gerektiğini öne sürmek mâkul değildir<sup>44</sup>.

Hakem heyeti, şemsiye klozu ve DİYA'da yer alan tahkim şartını, andlaşmanın bütünü içinde ve andlaşmanın amacını dikkate alarak yorumladığında şu sonuca varmıştır: Kural olarak, yatırım sözleşmesinden kaynaklanan mevcut uyuşmazlık için SGS'nin ICSID tahkimine başvuru yolu açıktır<sup>45</sup>.

### **3. Mahkeme yatırım sözleşmesinde yer alan münhasır yetki şartına rağmen yargılama yetkisini kullanmalı mıdır?**

---

<sup>44</sup> SGS v. Filipinler s. 50 - 52, p. 130 – 134.

<sup>45</sup> SGS v. Filipinler s. 52, p. 135.

Yatırım sözleşmesi m. 12 : “bu anlaşma taraflarının yükümlülüklerine dair uyuşmazlıklara ilişkin davalar Makati veya Manila (Filipinler) Bölge Mahkemelerinde açılır.” Öncelikle bu madde her iki taraf için de bağlayıcı bir yükümlülüktür. SGS'nin talebinin esasının, bu anlaşmadaki ev sahibi devletin ödeme yükümlülüğünün ihlaline ilişkin olduğu ve m. 12'nin kapsamı dahilinde olduğu açıktır<sup>46</sup>. SGS sözleşmede yer alan bu şartın, Filipinler hukukuna göre, Bölge mahkemesinin yetkisinin tesisi için geçerli ve bağlayıcı olduğuna itiraz etmiyor. Genel kurala uygun olarak, mahkemeler ya da hakem heyetleri taraflar arasındaki böyle bir maddeyi, başka bir hukuk kuralı buna engel değilse dikkate almalıdırlar. Dahası sözleşmeyle kararlaştırılan uyuşmazlık çözüm merkezinin yerel mahkemeleri mi yoksa ulusal ya da uluslararası tahkim mahkemesi olması sorun olmamalıdır. Her davada temel kural, sözleşmedeki bağlayıcı yetki / tahkim şartının, eğer geçerli başka bir madde tarafından bertaraf edilmediyse, dikkate alınması gereğidir<sup>47</sup>.

Münhasır yetki şartının DİYA veya ICSID Konvansiyonu tarafından bertaraf edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. İlk soru şudur: DİYA veya ICSID Konvansiyonu, yatırım sözleşmesindeki farklı bir yetki / tahkim şartına rağmen yatırımcıya sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları, DİYA'da yer alan tahkim mahkemesine götürme hakkı verir mi? İkinci soru da, DİYA m. 8'deki tahkim şartının yatırım sözleşmesindeki münhasır yetki şartını bertaraf etmek amacıyla konulup konulmadığıdır. İki düşünce SGS v. Filipinler hakem heyetini, bu soruları olumsuz cevaplamaya itmiştir:

1. *Generalia specialibus non derogant* (Genel hükümler özel hükümleri bertaraf etmez) ilkesi: DİYA'nın yatırım sözleşmesinden ya da sonra akdedilmiş olması, DİYA'daki hükümlerin genel hüküm niteliklerini değiştirmez. Genel bir hüküm, tarafların özgür iradeleriyle akdettiği özel bir sözleşme hükmünü bertaraf edemez.
2. Yatırımları korumaya yönelik çerçeve bir andlaşmanın, taraflar arasındaki yatırıma ilişkin düzenlemelerini bertaraf eder nitelikte değil; anlamını destekler nitelikte yorumlanması gerekir<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> SGS v. Filipinler s. 53, p. 137.

<sup>47</sup> SGS v. Filipinler s. 53, p. 138.

<sup>48</sup> SGS v. Filipinler s. 53-54, p. 139-141.

SGS v. Filipinler davasında, davacı şunu da iddia etmiştir: DİYA hükümleri daha sonra akdedilen yatırım sözleşmelerindeki tahkim şartını ilga edemezken, acaba DİYA'dan önce akdedilen sözleşmeler bakımından lex posterior derogat legi priori (sonraki hüküm öncekini ilga eder) ilkesini uygulayabilir miyiz? SGS v. Filipinler hakem heyetine göre bu ilkeyi uygulamak biraz güç; çünkü her şeyden önce bu ilke aynı hukuki nitelikteki hükümler hakkında uygulanır. Oysa ki burada bir tarafta yatırımlar için uluslararası hukuk koruması sağlayan bir yatırım andlaşması, diğer tarafta ise özel bir sözleşme vardır. Ayrıca DİYA son hükme göre andlaşma 10 sene sonra ve birinci yenilemeden sonra her beş senede bir yenilenir. Davaya konu yatırım sözleşmesi de, hakem heyetinin önüne gelmeden önce çeşitli defalar yenilenmiştir. Bu yüzden hangi hükmün daha önce, hangi hükmün daha sonra akdedildiğini tesbit olasılığı yoktur<sup>49</sup>.

Bu nedenlerden ötürü DİYA, yatırım sözleşmesindeki münhasır yetki şartını bertaraf etmez; yani DİYA'da yer alan tahkim şartı, sözleşmeye göre uyuşmazlıkları Filipinler mahkemesine götürmeye ilişkin yetki şartıyla bağlı SGS'ye, uyuşmazlığı başka bir mahkemeye götürme konusunda seçimlik bir hak bahşetmez<sup>50</sup>.

SGS v. Filipinler hakem heyetine göre, ortada SGS'nin talebinin özünü etkileyen geçerli ve uygulanabilir bir tahkim şartı vardır. Sorun bu şartın ICSID'in yetkisi mi yoksa "talebin kabul edilebilirliği" hakkında mı etkili olduğudur<sup>51</sup>.

Hakem heyetine göre "standart DİYA yetki / tahkim şartlarının, tarafların yatırım sözleşmesinde uzlaştıkları, bağlayıcı yetki / tahkim şartını bertaraf ettiği" görüşü kabul edilemez<sup>52</sup>.

#### **4. "Yetki" ve "Kabul Edilebilirlik" Ayırımı**

Uluslararası bir mahkeme önündeki bir talebin esasının, yatırım sözleşmesi ihlali olduğu hallerde, mahkeme, yatırım sözleşmesindeki yetki şartını dikkate alacaktır<sup>53</sup>. Hakem heyetine göre, bu kural, yetkiye ilişkin değil; kabul edilebilirliğe ilişkindir. Hakem heyetinin yetkisi, DİYA ve ICSID konvansiyonlarından kaynaklanır. Bir tarafın sözleşmeyle haklardan feragat etmesi ya da devletlerce andlaşmalarda kabul edilen yükümlülüklerin ifasından vazgeçmesi tartışmalı bir konudur. Uluslararası hukukta andlaşmalarda taraflara esasa dair ya da usuli haklar

<sup>49</sup> SGS v. Filipinler s. 54 -55, p. 142

<sup>50</sup> SGS v. Filipinler s. 55, p. 143.

<sup>51</sup> SGS v. Filipinler s. 57, p. 149.

<sup>52</sup> SGS v. Filipinler s. 58, p. 153.

<sup>53</sup> Vivendi Kararı p. 95 vd.

bahşedilebilir. DİYA'da da yatırımcılara ICSID'e başvurma hakkı verilmiştir. Bu yüzden açıkça belirtilmemişse, andlaşma hükmü sözleşme hükmü tarafından bertaraf edilemez.

Sorun şudur: yatırımcı sözleşmedeki münhasır yetki şartını göz ardı edip gene aynı sözleşmenin ihlali nedeniyle karşı tarafı dava edebilir mi? Talebini bu sözleşmeye dayandırabilir mi? Hakem heyetine göre, yatırımcı ızdırar hali gibi geçerli bir nedeni yoksa, bunu yapamaz. Bir tarafın kendisi sözleşmeye uymuyorken, diğer tarafı, sözleşmeyi ihlal etti diye dava edememesi kuralına dayalı bu hukuki engel, yetki meselesinden çok bir "kabul edilebilirlik" meselesine ilişkindir<sup>54</sup>. Özetle, hakem heyeti, yetkisini DİYA ve ICSID Konvansiyonundan alır; fakat burada hakem heyeti, yatırım sözleşmesinde yer alan münhasır bir yetki şartının bulunması nedeniyle, yetkisini kullanmaması gerektiği görüşündedir. Hakem heyetine göre, Filipinler mahkemeleri yatırım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar hakkında yargı yetkisine sahiptir<sup>55</sup>

SGS v. Filipinler hakem heyetinin şemsiye klozla ilgili kanaati kısaca şöyledir:

- a. SGS, Filipinler'de bir yatırım yapmıştır. Mevcut uyuşmazlık, bu yatırıma ilişkindir ve doğrudan doğruya bu yatırımdan kaynaklanır.
- b. DİYA m. 8'e göre, ICSID hakem heyetinin, yatırım sözleşmesinden kaynaklanan talepler hakkında, bu talepler DİYA'da yer alan ve iç hukuktan bağımsız bir ilkenin ihlali niteliğinde olsa bile yetkisi vardır.
  - c. Fakat aynı zamanda bir DİYA ihlali oluşturmayan sözleşme ihlalleri, yatırım sözleşmesi m. 12'de yer alan münhasır yetki şartı nedeniyle kabul edilebilir değildir; çünkü söz konusu münhasır yetki şartı, ne DİYA ne de ICSID Konvansiyonu tarafından bertaraf edilmiş değildir<sup>56</sup>.

## **G- EUREKO B.V v. POLONYA AD HOC TAHKİM KARARI<sup>57</sup>**

Hollanda – Polonya DİYA m. 3.5'e göre, her âkit taraf diğer âkit tarafın yatırımcılarının yatırımıyla ilgili üstlenmiş olabileceği yükümlülöklere riayet edecektir. Polonya, Eureko şirketinin

<sup>54</sup> SGS v. Filipinler s. 59, p. 154.

<sup>55</sup> SGS v. Filipinler s. 60, p. 155.

<sup>56</sup> SGS v. Filipinler s. 64, p. 169.

<sup>57</sup> Partial Award (Ad hoc Arbitration) Eureko B.V. v. Republic of Poland

[www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf](http://www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf) E.T.:02.01.07

yatırımları hakkında yükümlülük üstlendiğine ve hakem heyeti de davalının yükümlülüklerini ihlal ettiğini tesbit ettiğine göre, andlaşmadaki şemsiye kloz da ihlal edilmiştir<sup>58</sup>.

Devletin üstlendiği her yükümlülüğü ifa edeceğini garanti ettiği şemsiye klozun olağan anlamı açıktır. Şemsiye klozdaki bu ifade emredici ve kesindir. Söz konusu maddedeki taahhüt ifadesi sınırlandırılmamış, kapsamı geniş tutulmuştur. Bundan dolayı şemsiye kloz kapsamına devletin taraf olduğu tüm yükümlülükler girer<sup>59</sup>.

Burada hakem heyeti iki devlet arasındaki yatırımların korunması ve teşvikine dair bir andlaşmayı yorumlamaktadır; Dünya’da bu tür andlaşmalardan binlerce adet vardır. Dolayısıyla uluslararası hukuk kuralları uygulanmalıdır. Andlaşmaların yorumuna ilişkin başlıca uluslararası hukuk kuralları “Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Konvansiyonu”nda yer alır. Yorum Viyana Konvansiyonu m. 31’i dikkate alınarak yapılmalıdır.. Andlaşmanın amacı “yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması” olduğuna göre şemsiye kloz da kendi içinde bir anlam ifade edecek şekilde yorumlanmalıdır. Şemsiye kloz’un, andlaşmada yer alan hakkaniyet ve nısfete uygun muamele, ulusal muamele, en çok gözetilen ulus kaydı, yatırımların korunması ve teşvikine ilişkin hükümlerden ayrı, kendi içinde bir anlamı bir anlamı olmalıdır. Şemsiye klozun iki sonucu vardır: 1. Ev sahibi devletin yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde, DİYA’da gösterilen ICSID yetkilidir. 2. Ev sahibi devlet Polonya’nın yükümlülüklerini ihlali sadece hakkaniyet ve nısfete uygun muameleye dair ve yatırımların korunması ve teşvikine dair DİYA maddelerinin ihlalini oluşturmaz; aynı zamanda yükümlülüklerine uymayı garanti ettiği için şemsiye klozun da ihlalini oluşturur<sup>60</sup>.

Eureko v. Polonya davasındaki ad hoc hakem heyeti SGS v. Filipinler heyetinin şemsiye klozu çözümlene tarzını ikna edici bulmuş; SGS v. Pakistan hakem heyetinin dayandığı nedenleri ise ikna edici bulmamıştır<sup>61</sup>.

Eureko v. Polonya hakem heyeti SGS v. Filipinler kararındaki gerekçelere katıldığını belirterek şunu eklemiştir: şemsiye klozun olağan anlamı hiçbir şekilde, DİYA’da yer alan yatırımları koruyucu diğer hükümleri fuzuli hale getirmez<sup>62</sup>. Ayrıca SGS v. Pakistan hakem heyetinin iddia ettiği gibi şemsiye klozun yeri yorum bakımından belirleyici nitelikteyse; Hollanda – Polonya DİYA’sında yer alan şemsiye kloz, hakkaniyet ve nısfete uygun muamele, tazminatsız

<sup>58</sup> Eureko B.V v. Polonya Kararı s. 78, p. 244.

<sup>59</sup> Eureko B.V v. Polonya Kararı s. 78, p. 246.

<sup>60</sup> Eureko B.V v. Polonya Kararı s. 78,79, p. 247-250.

<sup>61</sup> Eureko B.V v. Polonya Kararı s. 84, p. 257.

<sup>62</sup> Eureko B.V v. Polonya Kararı s. 84-85, p. 258.

kamulaştırmama gibi uluslararası hukukun, iç hukuktan bağımsız kuralları arasında, DİYA'nın başında yer alır<sup>63</sup>.

Sonuçta hakem heyeti, davalı ev sahibi devlet Polonya'nın hakkaniyet ve nısfete uygun muamele hükmüne ve ayrıca taahhütlere riayet kaydını içeren şemsiye kloza aykırı davrandığına karar vermiştir.

#### ***H- NOBLE VENTURES, INC. V. ROMANIA ICSID TAHKİM KARARI (ARB/01/11)***

Davacı ABD – Romanya DİYA 'nın iç hukukun bir parçası haline geldiğini ve ayrıca uluslararası hukuk ilkelerini de iç hukuka dahil ettiğini; dolayısıyla davalı ev sahibi ülkenin yatırım sözleşmesindeki hükümlere uymamakla uluslararası hukuku ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bunun haricinde, davacıya göre DİYA'da yer alan şemsiye kloz, yatırım sözleşmesi ihlallerini, andlaşma ihlallerine dönüştürmüştür. Davalı ev sahibi devletine göre, şemsiye kloz, yatırım sözleşmesindeki taahhütleri veya diğer hukuki yükümlülükleri yerine getirmemeye yönelik devletin egemen güçlerinin uygulanmasına karşı, yatırımları korumayı amaçlar<sup>64</sup>. Hakem heyeti şemsiye klozun yatırım sözleşmesindeki yükümlülükleri, uluslararası yükümlülüklerle dönüştürüp dönüştürmediğini incelemiştir. Viyana Konvansiyonu m. 31 vd. andlaşmaların yorumuna ilişkin ilkeleri belirlemiş ve andlaşmaların iyi niyetle, olağan anlamına uygun olarak ve andlaşma içinde etki doğuracak şekilde yorumlanması gerektiğini düzenlemiştir. ABD – Romanya DİYA'daki şemsiye kloz şu şekildedir: m. II (2/c) Her bir âkit taraf, yatırımlar hakkında üstlendiği yükümlülüklerle riayet etmelidir<sup>65</sup>. Hakem heyetine göre yatırım sözleşmeleri pacta sunt servanta (ahde vefa) ilkesine tabidir, bunun ayrı bir maddede açıklanmasına gerek yoktur. Şemsiye klozda yer alan taahhütlere riayet kaydı özellikle, yatırım sözleşmelerine ilişkindir ve pacta sunt servanda ilkesi bir daha dile getirilerek, yatırım sözleşmelerindeki yükümlülükler DİYA kapsamına alınmış ve uluslararası yükümlülük haline getirilmiştir. Hakem heyetine göre aksi bir yorum, bu maddeyi anlamsız ve etkisiz bırakır. DİYA'nın kapsam ve amacı da bu yorumu destekler. Hakem heyeti her sözleşmeye aykırılığın başlı başına bir andlaşma ihlali olmadığını kabul etmektedir; ancak bu ihlal aynı zamanda uluslararası örf ve adet hukukundaki ya da andlaşmalar hukukundaki bir ilkeyi ihlal ediyorsa, o zaman devletin uluslararası sorumluluğu söz konusu olur. DİYA'da şemsiye kloz yer alıyorsa, devletin iç hukuka göre ve uluslararası hukuka göre sorumluluğu ayırımına bir istisna getirilmiş demektir. Bunun sonucunda, şemsiye kloz

<sup>63</sup> Eureko B.V v. Polonya Kararı s. 85, p. 259.

<sup>64</sup> Noble Ventures v. Romanya s. 57,58, p. 43-45.

<sup>65</sup> Noble Ventures v. Romanya s. 59, p. 46.

yatırım sözleşmesi yükümlülüklerini, uluslararası yükümlülük haline getirir; dolayısıyla iç hukuka göre sorumlu olan ev sahibi devlet, uluslararası hukuka göre de sorumlu hale gelir<sup>66</sup>.

Kararın sonuç kısmında, hakem heyeti davacının iddialarını göz önünde tutmuş ve yatırım sözleşmesi ihlallerinin, andlaşma ihlali sayılacağına; dolayısıyla ICSID'in yetkili olduğuna karar verilmiştir<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Noble Ventures v. Romanya s. 64.

<sup>67</sup> Noble Ventures v. Romanya s. 66, p. 62.

## - SONUÇ -

Şemsiye kloza ilişkin yaklaşımlar farklıdır; şemsiye klozun anlamı, kapsamı ve bu klozun DİYA'daki tahkim şartının uygulanması yolunu, açıp açmadığı hakkındaki görüşler farklıdır. Bu konuda bir açıklık fikir birliği yoktur.

DİYA'da yer alan tahkim şartıyla, yatırım sözleşmesinde yer alan tahkim şartının farklı olması ya da yatırım sözleşmesinde farklı bir yetki şartı bulunması halinde, uyuşmazlığın dava edildiği tahkim mahkemesi, davanın esasına geçmeden önce, yetkili olup olmadığı hakkında karar verecektir. Bu, davaya devam edilebilmesi için bir ön şarttır. Tezimize konu davaların hepsinde, davacının tâbi olduğu kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasında yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine dair bir andlaşma vardır. Bu andlaşmaların hepsinde, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin iki farklı tahkim şartı yer alır: Birincisi, andlaşma tarafı devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne; ikincisi ise andlaşma tarafı devlet ile diğer taraf devletin vatandaşı yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne yöneliktir. Değerlendirmemizde öncü kararlar olan ve en kapsamlı irdelemeyi yapmış bulunan SGS v. Pakistan ve SGS v. Filipinler kararlarını esas alacağız. SGS v. Pakistan davasındaki İsviçre – Pakistan DİYA'sında yer alan tahkim şartı ve SGS v. Filipinler davasındaki İsviçre – Filipinler DİYA'daki tahkim şartını hatırlayalım:

İsviçre – Pakistan DİYA m. 9: Taraf devlet ile diğer taraf devlet arasında yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların halli için ilgili taraflar arasında müzakereler yapılacaktır. Bu müzakereler on iki ay içinde sonuç vermez ve ilgili yatırımcı yazılı rıza verirse, uyuşmazlık ICSID'e götürülecektir.

İsviçre – Filipinler DİYA m. 8: Taraf devlet ile diğer taraf devlet yatırımcısı arasındaki uyuşmazlık, altı ay içinde müzakereler ışığında çözümlenemezse, yatırımcı, uyuşmazlığı, yatırımın yapıldığı ülkenin ulusal mahkemelerine ya da uluslararası tahkime götürebilir. Son halde yatırımcı ICSID ya da UNCITRAL ad hoc tahkimine başvurabilir.

İki tahkim şartında da uluslararası tahkim mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Tahkim mahkemesi bu yetki şartına baktıktan sonra, uyuşmazlık konusunun, yetkisi kapsamında olup olmadığını da inceleyecektir. Viyana Konvansiyonunda yer alan yorum ilkelerine göre, bir andlaşma hükmü andlaşmanın bütünü ve kapsamı göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Tahkim şartı da yatırım andlaşmasının bir hükmüdür ve bundan ayrı yorumlanamaz. Dolayısıyla,

DİYA'da yer alan tahkim şartı, bir DİYA hükmünün ihlalden kaynaklanan uyuşmazlıklara; yatırım sözleşmesindeki bir tahkim ya da yetki şartı ise, yatırım sözleşmesinin bir maddesinin ihlali dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlıklara şâmindir. Şemsiye kloz da bir andlaşma hükmü olduğundan, bunun ihlali de DİYA'daki tahkim şartı kapsamındadır. Ancak, şemsiye klozun anlamı, kapsamı DİYA'da yer alan diğer andlaşma maddeleri gibi açık değildir. “En çok gözetilen ulus kaydı”, “kamulaştırma yasağı” vs. gibi, aynı zamanda uluslararası bir ilkeyi açıklayıcı nitelikte olan hükümlerin anlamı, kapsamı açıktır. Şemsiye klozda yer alan, “ev sahibi devlet, yatırımlara ilişkin yükümlülüklerine riayet edecektir” ifadesinin anlamı tartışmalıdır. Yukarıdaki açıklamalarda da, kararlardaki ve öğretideki görüşleri yansıtmaya çalıştık. Kanımızca, şemsiye kloz ev sahibi devlete, belli bir şekilde davranma yükümlülüğü yükler. Ev sahibi devlet DİYA'daki diğer âkit devletin yatırımcısına karşı, başta yatırım sözleşmesi olmak üzere, yatırımla ilgili üstlendiği bütün yükümlülükler uyma borcu altındadır; yani ev sahibi devlet egemen güçlerini kötüye kullanarak, sözleşmeyi ihlal etmeyecek, yatırımı ve yatırımcıyı koruma ve teşvik amacından sapmayacaktır. Ancak bu açıklama, yatırım sözleşmesinde ayrıntılı olarak düzenlenen yükümlülüklerin, sadece DİYA'daki şemsiye kloz nedeniyle, yatırım andlaşması kapsamına dahil edildiği; andlaşma yükümlülükleri haline geldiği, anlamına gelmez. Yatırım sözleşmesi, yatırım andlaşmasından farklıdır; dolayısıyla yatırım sözleşmesinde yer alan hükümlerin, andlaşma hükmü olduğuna; yatırım sözleşmesi hükmü ihlalinin de andlaşma hükmü ihlali olduğu anlamına gelmemektedir. Yatırım sözleşmesinde taraflar, bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar hakkında ev sahibi devlet mahkemesini ya da ulusal bir tahkim mahkemesini ya da ad hoc hakem heyetini yetkilendiren bir yetki ya da tahkim şartı bulunabilir. Buna, uluslararası hukukta bir engel yoktur. Ancak, yatırım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar hakkında, andlaşmadaki tahkim şartının uygulanması, yatırım sözleşmesindeki yetki ya da tahkim şartını fiilen uygulanamaz hale getirir.

Yatırım sözleşmesinin taraflarına baktığımızda bir tarafta egemen bir devlet diğer tarafta ise bir devlet vatandaşı ya da genellikle bir şirket yer almaktadır. Taraflar arasındaki dengeye baktığımızda, taraflar arasında bir güç dengesi bulunmadığını, yatırımcı tarafın biraz daha korunmaya muhtaç olduğunu görürüz. Zaten devletler arasındaki, yatırımın korunması ve teşvikine ilişkin andlaşmalar da, yatırımcıyı korumaya, yatırım sözleşmelerindeki ev sahibi devlet – yatırımcı dengesini sağlamayı amaçlar. Bunu göz önüne aldığımızda, şemsiye kloz bu dengeyi sağlamaya yarar hem yatırımcı hem de devlet bakımından. Şemsiye kloz yatırımcı için, her zaman ev sahibi devletin aleyhine kullanabileceği bir hüküm haline gelmemelidir. Kanımızca,

şemsiye klozda düzenlenen, bir davranış yükümlülüğüdür; devlet egemen güçlerini kullanarak yatırım sözleşmesindeki yükümlülüklerini ifadan kasıtlı ve sürekli olarak kaçmamalıdır. Basit bir sözleşme ihlalini bile uluslararası tahkime götürmek bu sefer de, ev sahibi devlet – yatırımcı arasındaki dengeyi, ev sahibi devlet aleyhine bozacaktır. Ayrıca, yatırımcıyı korumak için böyle bir yol seçilseydi, DİYA'lara yatırıma ilişkin tüm yükümlülüklerin andlaşma yükümlülüğü sayılacağına ya da yatırım ihlallerinin, aynı zamanda andlaşma ihlali oluşturacağına ilişkin bir hüküm koyarlardı.

Şemsiye klozun yatırıma ilişkin tüm taahhütleri kapsadığını ya da andlaşmadaki yetki şartının, bu tür taahhütlerin ihlalini de kapsadığını savunan görüş benimsenirse, yatırımcı – ev sahibi devlet arasındaki, tarafların serbest iradeleriyle akdettikleri yatırım sözleşmelerini uygulanamaz hale gelir. Oysaki uluslararası hukuk, taraf iradelerine önem verir; bunları görmezden gelmez. Ayrıca uluslararası hukukun varlığı, iç hukuku yadsımaz, ancak devletlere uluslararası hukuku iç hukuka dahil etme yükümlülüğü yükler. Dolayısıyla şemsiye klozu geniş yorumlayarak, yatırım sözleşmelerindeki iç hukukun amir olduğu bir tahkim şartını ya da tahkim mahkemesini yetkili kılan bir şartı uygulanamaz hale getirmek; uluslararası hukukun iç hukukun uygulanmasını engellemesi olur ki, bu da uluslararası hukuka aykırı bir durum oluşturur.

Şemsiye klozu geniş yorumlayan görüş, ev sahibi devletin bir uluslararası hukuk ilkesi olan "pacta sunt servanda"yı (ahde vefa) ihlal ettiğini; dolayısıyla uluslararası alanda sorumluluğu doğduğunu iddia etmiştir. Uluslararası örf ve adet hukukunun temeli niteliğinde olan bu ilke, örneğin en çok gözetilen ulus kaydı gibi bir uluslararası hukuk ilkesinden farklıdır; çünkü pacta sunt servanda ilkesi sadece uluslararası hukukta yer alan bir ilke değildir; aynı zamanda bir iç hukuk ilkesidir. İç hukukta da, taraflar bağlı oldukları sözleşmeye uymakla yükümlüdür; ancak yukarıda gördüğümüz davalarda yatırımcı, taraf olduğu yatırım sözleşmesindeki farklı yetki / tahkim şartına uymamakta; söz konusu şarta rağmen, uyuşmazlığı başka bir mahkemeye götürmektedir. Yatırımcı, ev sahibi devletin yatırım sözleşmesini ihlal etmesini tahkime götürürken, kendisi aynı sözleşmede yetkili kılınan mahkemeden farklı bir merciye uyuşmazlığı götürmekle, aynı sözleşmedeki yetki şartını ihlal etmekte; böylelikle pacta sunt servanda ilkesine aykırı davranmaktadır.

SGS v. Filipinler davasındaki hakem heyetinin kararına baktığımızda, söz konusu hakem heyeti de yatırım sözleşmesinin ihlalinin, andlaşma ihlali sayılacağını kabul etmiş olmakla beraber, bu sözleşmeden doğan ihlaller hakkında, yatırım sözleşmesindeki farklı yetki şartı nedeniyle, davaya devam etmekten kaçınmıştır. Hakem heyeti yatırım ihtilaflarını, yatırım

sözleşmesinden ve DİYA'dan doğan ihtilaflar diye ayırmayı isabetsiz bulmuştur; oysaki karar kısmında, sözleşmedeki yetki şartı nedeniyle davaya devam etmemiştir. SGS v. Filipinler hakem heyeti, kararda ve gerekçelerinde, çoğu kez SGS v. Pakistan kararına muhalif bir tutum sergilese de, sonuçta davaya bakmaktan kaçınmıştır. Ancak bunu “yetkisiz” olmasına değil; davanın, yatırım sözleşmesindeki yetki şartı nedeniyle “kabul edilebilir” olmamasına bağlamıştır.

Kanımızca, DİYA'da ve yatırım sözleşmelerinde yer alan, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlığın çözümünü düzenleyen yetki ya da tahkim şartı, ait olduğu anlaşma maddelerinin ihlallerine uygulanır sadece. Örneğin DİYA'daki tahkim şartı sadece, DİYA ihlalleri hakkında; yatırım sözleşmesindeki yetki ya da tahkim şartı da sadece yatırım sözleşmesi ihlallerine uygulanmalıdır. DİYA'da çoğu kez uluslararası tahkim mekanizmaları yetkili kılınır. Basit bir yatırım sözleşmesi ihlali ile, örneğin yatırımcının yatırımlarının kamulaştırılması aynı ağırlıktaki ihlaller değildir. Oysa ki, şemsiye klozu tüm yatırım sözleşmesi yükümlülüklerini andlaşma yükümlülüğü seviyesine yükseltir şekilde yorumlarsak, en basit bir yatırım sözleşmesi ihlaline uluslararası tahkim yolunu açmış oluruz. Kanımızca, DİYA'da yetkili kılınan uluslararası tahkime gidilebilmesi için, ihlalin belli bir ağırlıkta olması gerekir. Ayrıca, devletler şemsiye klozu DİYA'ya dahil ederken, bu kadar geniş bir anlam yükleselerdi, yatırımcıyla ev sahibi arasında akdedilen yatırım sözleşmelerinde bir yetki ya da tahkim şartına gerek kalmazdı. Kanımızca DİYA'da yer alan tahkim şartıyla, yatırım sözleşmelerinde yer alan yetki ya da tahkim şartının uygulama alanları birbirinden farklıdır. Yatırım sözleşmesindeki yetki ya da tahkim şartı, tarafların yükümlülüklerini ifa etmemesi ya da kötü ifası vs. hallerde; DİYA'daki tahkim şartı ise ev sahibi devletin egemenlik haklarını kötüye kullanması halinde uygulanır; örneğin ev sahibi devlet, sözleşmede yer alan yükümlülüklerini haklı bir sebep olmaksızın sürekli bir şekilde ifa etmiyorsa ya da yatırımcı, yatırım sözleşmesinde yetkili kılınan mahkemede ev sahibi devlet aleyhine dava açıyor, fakat yargı erki ev sahibi devletin etkisindeyse ve adil bir yargılama hakkı sağlanamıyorsa, bu gibi hallerde, ev sahibi devlet egemenlik güçlerini kötüye kullanıyor demektir. Sonuçta, kanımızca, şemsiye kloz her türlü yatırım sözleşmesi ihlalini kapsar şekilde yorumlanamaz.

EK <sup>68</sup>

Avusturya Devletlerarası İkili Yatırım Andlaşma Modeli

Madde 9 – Diğer Yükümlülükler

Her bir sözleşen taraf diğer sözleşen taraf devletin yatırımcısının yatırımları bakımından girmiş olabileceği taahhütlere riayet edecektir.

Belçika ve Lüksemburg –Arnavutluk DİYA 1999

Madde 9 – Diğer Hükümler

Her bir sözleşen taraf diğer sözleşen tarafın yatırımcılarına karşı girmiş olabileceği taahhütlere riyeti her zaman garanti eder.

Danimarka DİYA Modeli Madde 3 Yatırımların Teşvik ve Korunması

Her sözleşen taraf diğer sözleşen tarafın yatırımcılarının yaptığı yatırımlar bakımından girmiş olabileceği taahhütlere riayet edecektir.

Finlandiya DİYA Modeli

Madde 12 Diğer Kuralların Uygulanması

Her bir sözleşen taraf diğer sözleşen tarafın yatırımcının belirli yatırımları bakımından girmiş olabileceği diğer borçlara da riayet edecektir.

Almanya DİYA Modeli Madde 8

Her bir sözleşen taraf diğer sözleşen tarafın vatandaşları ve şirketleri tarafından kendi bölgesi içerisindeki yatırımlar bakımından üstlendiği diğer yükümlülükler riayet edecektir.

Yunanistan DİYA Modeli Madde 11 Diğer Kuralların Uygulanışı

Her bir sözleşen taraf diğer sözleşen tarafın yatırımcısının belirli bir yatırımı bakımından girmiş olabileceği diğer yükümlülükler riayet edecektir.

Kore – Beyaz Rusya DİYA 1997 Madde 10 – Diğer Kuralların Uygulanışı

Her bir sözleşen taraf diğer sözleşen tarafın yatırımcısının kendi bölgesindeki yatırım bakımından girmiş olabileceği yükümlülükler riayet edecektir.

Hollanda DİYA Modeli

Madde 3 (4)

---

<sup>68</sup> OECD October 2006 s. 23 vd.

Her bir sözleşen taraf diğer sözleşen tarafın yatırımcısının belirli bir yatırımı bakımından girmiş olabileceği diğer yükümlölüklere riayet edecektir.

## - KAYNAKÇA -

- BALLINTINE**, Kathryn : How Far Do BITs Bite? A Comparison of SGS v Pakistan and SGS v. Philippines?  
[www.srcf.ucam.org/clsr/2006-1/Ballintine.pdf](http://www.srcf.ucam.org/clsr/2006-1/Ballintine.pdf), E.T.: 11.02.2007
- BROWNLIE**, Ian : **Principles of Public International Law** 4. Bası Clarendon Press – Oxford
- DOST**, Süleyman : **Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi** Asil Yayın 2006
- EKŞİ**, Nuray : Türkiye’de Yapılan Yabancı Yatırımlara İlişkin Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme **Yeditepe Üniversitesi Dergisi** Cilt: 1 Sayı: 2 Yıl: 2005
- GÜNDAY**, Metin : **İdare Hukuku** Güncelleştirilmiş 8. Baskı Ankara 2003
- GÜNDAY**, Metin : Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler  
[www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/ulustahkm alan.doc](http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/ulustahkm alan.doc), E.T.: 10.12.2007.
- ICSID** Convention, Regulations and Rules : [www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm](http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm)  
E.T.: 17.01.07
- NOMER**, Ergin / **EKŞİ**, Nuray/
- ÖZTEKİN**, Günseli : **Milletlerarası Tahkim** 2. Baskı 2003 Beta Yayınevi
- OECD** : Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements **Working Papers on International Investment** Number 2006/3 October 2006 15.01.2007
- ORAK**, Cem Çağatay : **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim** Dayınlarlı Yayınları Ankara 2006
- ÖZAY**, İl Han : **Günüşığında Yönetim** Alfa Yayınları 2002

- PARA, Antonio R.** : Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties **ICSID News** Vol.:17 No:2 Fall 2000 [www.worldbank.org/icsid/news/n-17-2-5.htm](http://www.worldbank.org/icsid/news/n-17-2-5.htm) E.T.:06.02.2007
- PAULSSON, Jan** : **Denial of Justice in International Law** Cambridge University Press, 2005 [www.cambridge.org/uk/catalogue/catalogue.asp?isbn=0521851181](http://www.cambridge.org/uk/catalogue/catalogue.asp?isbn=0521851181) E.T.: 02.05.2007
- PAZARCI, Hüseyin** : **Uluslararası Hukuk Dersleri 1.** Kitap Gözden Geçirilmiş 9. Baskı Turhan Kitapevi 2001
- RUFF, Deborah /**
- GEUTHER, Thomas** :International Disputes Practice Update *Bilateral Investment Treaties — Recent Developments* March 2006 **LeBoeuf Lamb Newsletter** [www.llgm.com](http://www.llgm.com) E.T.:30.01.07 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=871924](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871924)
- SANDER, Oral** : **Siyasi Tarih İlkçağlardan 1918'e** 8. Baskı İmge Kitapevi 2000
- SINCLAIR, Sir Ian** : **The Vienna Convention on the Law of Treaties** 2. Bası Manchester University Pres
- SUR, Melda** : **Uluslararası Hukukun Esasları Genişletilmiş** 2. Baskı 2006 Beta Yayınevi
- ŞANLI, Cemal** : **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları** 3. Bası Beta Basım 2005
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin** : **Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması** Dayınlarlı Yayınları Ankara, 2003
- Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü : **Uluslararası Doğrudan Yatırım Verileri Bülteni** [http://www.hazine.gov.tr/stat/yabser/ybs\\_bulten\\_kasim2006.pdf](http://www.hazine.gov.tr/stat/yabser/ybs_bulten_kasim2006.pdf) E. T. 12.12.2006
- United Nations Conference

on Trade and Development

(UNCTAD)

**: DRAFT CONVENTION ON INVESTMENTS ABROAD**

(ABS-SHAWCROSS DRAFT CONVENTION)

<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium//en/137%20volume%205.pdf> E.T.: 05.02.2007

UNCTAD

: Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement IIA MONITOR No. 4 (2006) International Investment Agreements UNITED NATIONS New York  
[www.unctad.org/sections/dite\\_pcbb/docs/webiteia200611\\_en.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite_pcbb/docs/webiteia200611_en.pdf), E.T.: 12.02.2007.

UNCTAD

: Bilateral Investment Treaties 1959-1999 United Nations New York and Geneva, 2000

[www.unctad.org/en/docs/poiteiad2.en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/poiteiad2.en.pdf) E.T.: 07.01.2007.

UNCTAD

: Analysis for BITs

[www.unctadxi.org/templates/Page\\_1007.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/Page_1007.aspx) E.T.: 10.01.2007

UNCTAD

: Investment Brief Number 1 2007 FOREIGN DIRECT INVESTMENT SURGED AGAIN IN 2006

[http://www.unctad.org/en/docs/iteiamisc20072\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiamisc20072_en.pdf) E.T.: 12.03.2007.

UNCTAD

: Investment Instruments Online “What are BITs?”

[http://www.unctadxi.org/templates/Page\\_1006.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/Page_1006.aspx) E.T.: 03.03.2007

United Nations

: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001

[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf)

United Nations

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries 2001

[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)

Vienna Convention on  
the Law of Treaties

:[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) E.T.:16.01.07

**YILMAZ, İlhan**

: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID Beta Basım 1. Bası 2004

**WONG, Jarrod**

"Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations and The Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes"

[www.law.gmu.edu/gmulaw/issues/14-1/documents/Wong](http://www.law.gmu.edu/gmulaw/issues/14-1/documents/Wong)  
Erişim Tarihi: 06.01.07

## **TAHKİM KARARLARI**

Eureko B.V. v. Republic of Poland

Partial Award (Ad hoc Arbitration) : [www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf](http://www.investmentclaims.com/decisions/Eureko-Poland-LiabilityAward.pdf) E.T.:02.01.07

Decision on Jurisdiction ARB/00/4

Salini Costruttori S.P.A

and Italstrade S.P.A

v. Kingdom of Morocco : [www.investmentclaims.com/decisions/Salini-Morocco-Jurisdiction-23Jul2001.pdf](http://www.investmentclaims.com/decisions/Salini-Morocco-Jurisdiction-23Jul2001.pdf) E.T.: 25.01.07

Decision on Liability ARB/02/01

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp.

LG&E International Inc.

v. Argentine Republic : [http://www.worldbank.org/icsid/cases/pdf/ARB021\\_LGE-](http://www.worldbank.org/icsid/cases/pdf/ARB021_LGE-)

[Decision-on-Liability-en.pdf](#) E.T.: 18.01.07

Decision on Jurisdiction ARB/02/13

Salini Costruttori S.P.A

and Italstrade S.P.A

v. The Hashemite Kingdom of Jordan : [www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf)

E.T.:02.01.07

SGS Société Générale de

Surveillance S.A v. Islamic

Republic of Pakistan ARB/01/13 : [www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf)

E.T.:27.12.06

Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction

SGS Société Générale de Surveillance S.A

v. Republic of Philippines ARB/02/06 :

[www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf)

E.T.:27.12.06

Award ARB/01/11

Noble Ventures, Inc. v. Romania : [www.investmentclaims.com/decisions/Noble-Ventures-Final-Award.pdf](http://www.investmentclaims.com/decisions/Noble-Ventures-Final-Award.pdf) E.T.:16.01.07

Award on Jurisdiction ARB/03/11

Joy Mining Machinery Limited

v. The Arab Republic of Egypt : [www.asil.org/ilib/Joymining\\_Egypt.pdf](http://www.asil.org/ilib/Joymining_Egypt.pdf) E.T.:16.01.07

Decision on Annulment ARB/97/3

Compania de Aguas del Aconquija,

Vivendi Universal

(formerly Compagnie Generale des Eaux)

v. Argentine Republic :

:[www.worldbank.org/icsid/cases/vivendi\\_annul.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/vivendi_annul.pdf)  
E.T.:19.01.07